

# Los Efectos de la vigencia del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Derecho Electoral Chileno

De acuerdo a la jurisprudencia unánime de la Corte Suprema y de la mayoría de la doctrina, el tratado debidamente ratificado, promulgado y publicado es una ley de la República. Así también lo entiende el decreto promulgatorio del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ya que ordena el Presidente que “en uso de la facultad que me confiere el artículo 5º del Decreto Ley Nº 247, de 17 de enero de 1974, dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como Ley de la República, publicándose copia autorizada de su texto en el Diario Oficial”. (1)

En el presente trabajo examinaré brevemente el caso de conflicto de un tratado con una ley interna, para centrarme a continuación en algunos de los efectos del Pacto en relación al sistema electoral público chileno vigente.

## I. COLISION DE UN TRATADO CON UNA LEY DE LA REPUBLICA

Tomaré como hipótesis de trabajo —cosa que he rechazado en la ponencia que efectué sobre el tema en 1988— que el tratado sea una verdadera ley de la República. Si así lo fuere el caso de conflicto entre leyes en el tiempo deberá resolverse por la aplicación del principio **lex posterior**, en tanto que de tratarse de un conflicto entre el tratado y la Constitución deberá aplicarse el principio **lex superior**.

No se piense que esto es un “divertimento académico”.

Por de pronto el conflicto entre la Constitución y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se da significativamente y aún en situaciones tales que está en juego no la preceptiva transitoria, sino el propio Capítulo I Bases de la Institucionalidad, formación constitucional aún granítica para efectos de su reforma y que el Consejo de Seguridad Nacional por el artículo 96 (b) está obligado a resguardar en contra de todo atentado grave.

No se piense que me refiero al artículo octavo, tema abundantemente tratado en nuestro medio y que ha merecido sobre estos tópicos un detenido examen de la Comisión Chilena de Derechos Humanos (2).

Me refiero, y sólo a título de ejemplo, a la Ley 18.314 de Conductas Terroristas y su penalidad que ordena en su artículo 2º: “Si a consecuencia del crimen o simple delito penado en esta ley se causaren lesiones de aquellas a que se refiere el número 1º del artículo 398 del Código Penal, la pena será presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo. Si se causare la muerte de alguna persona, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a **muerte**. Las mismas penas se aplicarán a los delitos descritos en los números 1 y 2 del artículo 1º”.

“Si con motivo u ocasión del secuestro se cometieren, además, algunas de las lesiones

**Jorge Enrique Precht Pizarro**

*Profesor titular de Derecho Internacional  
Público y de Derecho Administrativo*

*Universidad Católica de Chile. Profesor titular  
de Derecho Constitucional y de Derecho  
Administrativo. Universidad Diego Portales.*

comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, número 1º del Código Penal o la muerte del ofendido, la pena será de presidio perpetuo a muerte” (Diario Oficial de 17 de mayo de 1984).

Como sabemos, de acuerdo a la Constitución, el artículo 19 N° 1 inciso tercero señala que “La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado”.

Siendo la ley de conductas terroristas y su penalidad una ley de quórum calificado, requiriéndolo así el artículo noveno de la Constitución, debe entenderse cumplido dicho requisito.

Pero, el inciso final del artículo 9º nos dice a la letra: “No procederá respecto de estos delitos la amnistía ni el indulto, como tampoco la libertad provisional respecto de los procesados por ellos”.

Al entrar en vigencia el artículo 6º, párrafo 4 del Pacto se produce una abierta colisión.

En efecto, el Pacto dispone: “**Toda persona** condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos”

Así pues, en el evento descrito la Constitución chilena dispone algo contradictorio con una ley interna, en este caso el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos.

Si bien en el supuesto de contradicción entre una ley anterior y una ley posterior es clara la primacía de esta última, se dice que no podría invocarse teóricamente el tratado contra la propia Constitución del Estado. Así lo entendió el Tribunal Constitucional actuando en sede jurisdiccional en el fallo contra Clodomiro Almeyda. En efecto, en el considerando 27 afirmó que “las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales” y en el considerando 28 señaló: “Que la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta, por lo demás, del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 a 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, “salvo en aquellos casos excepcionadísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario”.

Ahora bien, aún dejando la errónea cita de Kelsen que sirvió como fundamento a estos párrafos, es muy grave que el Tribunal Constitucional haya olvidado la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados. El artículo 27 de la Convención citada señala: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho

interno como justificación del incumplimiento de un tratado". (Suscrita por Chile en 1969, entrada en vigencia el 27 de enero de 1980, promulgada como ley de la República D. Supremo 381, Diario Oficial 22 de junio de 1981).

La preeminencia de la Constitución sobre el tratado sustentada por la sentencia Almeyda ha sido objeto de un claro comentario de Rodrigo Díaz Albónico y Edgardo Riveros Marín: "Téngase presente que la norma citada -modificada en el Comité de Redacción de la Conferencia de Viena- **utiliza la expresión genérica "disposiciones de su derecho interno" sin distinguir la jerarquía de las mismas**; recordamos además, que esa disposición recoge una antigua jurisprudencia recaída en el Asunto Nacionales Polacos en Dantzig (C.P.J.I.A/8 NO 44) que prohibía precisamente invocar por parte de un Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponía un tratado, y es concordante, por otra parte, con la jurisprudencia nacional generada a propósito del Asunto de los barcos daneses, fallo de la Excm. Corte Suprema del Año 1955" (3).

Igualmente en este sentido, podrían citarse C.P.J.I. "Question des Communautés gréco-bulgares", Serie B, núm. 17, página 32: ... "es un principio generalmente reconocido del derecho de gentes que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado" y C.P.J.I. "Echange des populations grecques et turques", Serie B, núm. 10 página 20... "Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos adquiridos".

Constatan los autores que no es el Pacto el que modifica la Constitución, si no que la norma posterior es la Constitución de 1980: ... "Pero, aún en el caso de que el tratado fuera posterior a la Constitución, nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores en dos informes (Memorias de los años 1948 y 1950, a propósito del derecho de opción consagrado en el artículo 10 del Tratado de Lima de 1929) ha sostenido

la plena validez de este instrumento internacional, otorgándole aplicación en el sistema jurídico nacional. Ello no obstante su carácter abiertamente inconstitucional" (4).

El conflicto entre la Constitución y el Pacto, con predominio de la Constitución, ha sido también la jurisprudencia de algunos de los tribunales ordinarios chilenos. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 17 de agosto de 1976, considerando 5º: "El Decreto Ley 527 de 1974, en su artículo 4º, establece que la Junta de Gobierno ejerce, mediante decretos leyes, el Poder Constituyente; y el decreto ley 788 de 4 de diciembre de 1974, declaró en su artículo 1º que los Decretos Leyes dictados hasta la fecha por la Junta de Gobierno, en cuanto sean contrarios o se opongan o sean distintos a algún precepto de la Constitución Política del Estado, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, al correspondiente precepto de la Constitución" "Se ha alegado en estrados que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, al establecerse que la expulsión del país no puede verificarse respecto de nacionales, constituye un tratado que por haber sido ratificado por nuestro gobierno en febrero de 1972 y estar vigente desde el 22 de marzo de este año, debe aplicarse preferentemente a la legislación nacional y ha tenido, por tanto, efecto derogatorio del artículo 2º del decreto ley 81. Como puede advertirse, **esta es una materia que, por estar referida a un precepto con rango constitucional no tiene la prevalencia que se le atribuye**".

Recordemos que la Constitución Francesa de 1958 soluciona el problema de una manera preventiva mediante el artículo 54: "Si el Consejo Constitucional requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro o por el Presidente de cualquiera de las dos cámaras, declarar que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificarlo o aprobarlo no podrá producirse sino después de la reforma de la Constitución". Puede notarse la diferencia con el artículo 82 Nº 2 y cuerpo del

artículo 82 de la Constitución de 1980 que no obligan en Chile a modificar previamente la Constitución: 82 N° 2: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: sometidos a la aprobación del Congreso”... “En el caso del N° 2, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, **siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley**”.

No existiendo en el ordenamiento constitucional chileno una norma de esta naturaleza el problema permanece insoluble. Atendiendo al derecho interno tiene primacía la norma constitucional, pero atendiendo al derecho internacional y a los tratados citados no puede invocarse dicha norma constitucional, con el agravante que los tratados se han incorporado al derecho interno o —como lo entiende nuestra jurisprudencia—, son verdaderas leyes de la República a la vez que acuerdos.

Pero es evidente, en todo caso, que el conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno que pueda producir un incumplimiento de una obligación internacional, implica la responsabilidad del Estado de Chile (5).

Si tal es el status quaestionis en el caso de conflicto entre la Constitución y un tratado, resulta, como consecuencia de la sentencia redactada por don Enrique Ortúzar en el asunto Almeyda, que en el caso hipotético de contradicción entre una ley y un tratado cabría aplicar de lleno el principio **lex posterior** y por lo tanto la norma últimamente dictada derogaría tácitamente la primera.

Ello es derivado del hecho de concebir al tratado como una ley y por lo tanto una ley posterior derogaría al tratado anterior.

Procedamos a analizar en profundidad este punto.

Si buscamos luces esclarecedoras en la historia fidedigna de la Constitución de 1980 encontramos que en la Sesión 367 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución celebrada en martes 9 de mayo de 1978 (página 2511) don Jaime Guzmán “plantea la conveniencia de consagrar explícitamente que los

tratados prevalecen sobre las leyes. Conviene en que existe consenso acerca de que un tratado, poseyendo la fuerza de una ley, deroga todas las leyes anteriores contrarias a él. Sin embargo, señala que podría sostenerse, como alguna vez ha ocurrido en la doctrina que el legislador interno, por un acto posterior, pudiera modificar o derogar un tratado, desde el momento en que éste se encuentra situado en el mismo nivel jerárquico que la ley. Destaca que su proposición tiende a disipar toda duda en este punto y también a subrayar algo que en Chile tiene gran trascendencia, **como es el valor y la intangibilidad de los tratados**”.

“Don Enrique Bernstein (invitado a esa réu-

---

**Es evidente que el conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno que pueda producir un incumplimiento de una obligación internacional, implica la responsabilidad del Estado de Chile.**

---

nión) opina que la observación del señor Guzmán corresponde a la buena doctrina internacional”

“El señor Bertelsen expresa el deseo de formular un nuevo llamado a la prudencia en esta materia. En efecto, pone énfasis en la inconveniencia de comprometerse internacionalmente más allá de lo que es usual. A este propósito, recuerda que el artículo 55 de la Constitución francesa de 1958 dispone, a la letra: “Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen desde su publicación **una autoridad superior a la de las leyes**, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado de su aplicación por la otra parte”.



*Jaime Guzmán*

El señor Guzmán declara “no oponerse en absoluto a la inclusión de una salvedad como la recién leída, dado que la base de todo tratado es el elemento de la reciprocidad”.

“El señor Guzmán... **propone acoger, en términos virtualmente idénticos, el artículo 55 de la Constitución Francesa**”.

...En la página 2512, el señor Bertelsen declara “ser partidario de incluir en la Constitución el menor número de disposiciones relativas a asuntos internacionales, porque no es posible prever si en un momento dado ellas pueden volverse en contra del interés nacional, como ha sucedido en el pasado. **Fiel a dicho principio general, se pronuncia por no disponer absolutamente nada sobre esta materia** advirtiendo que se citó el artículo 55 de la Constitución Francesa, lo hizo únicamente para traer a colación una disposición menos mala que la expresada con antelación por el señor Guzmán”.

“...El señor Ortúzar (Presidente) considera indudable que la ley interna no puede modificar un tratado porque sería enmendar un contrato por la voluntad de una sola parte. **Estima que de no ser así el honor de la nación quedaría por el suelo**”.

“...El señor Guzmán pide votar su proposición.

El señor Bertelsen solicita postergar el pronunciamiento de la Comisión”.

Como queda demostrado los comisionados visualizaron el problema que nos ocupa, pero la prudente proposición de Jaime Guzmán fue bloqueada precisamente en nombre de la prudencia.

Si bien la jurisprudencia diplomática y la doctrina rechazan, en general, que un tratado internacional pueda ser alterado por una ley posterior (6), la jurisprudencia jurisdiccional es contradictoria e imprecisa.

Así, la Corte Suprema admitió que una ley posterior puede prevalecer en el orden interno sobre un tratado anterior y que es deber de la judicatura aplicar la ley posterior y no el tratado anterior cuyas disposiciones son opuestas a las de la ley, en el caso **Duncan Fox y Cía.** Corte de Apelaciones de Valparaíso (1932) y Corte Suprema **Revista de Derecho y Jurisprudencia** tomo XXX, 2ª parte, Sección 1ª, página 100... “si la sentencia que nos ocupa fuera contraria a dicho tratado, no sería ella la que lo desconocería sino la ley posterior (Ley de Impuestos a la Renta) que lo modificó y a la cual se amolda la resolución impugnada”.

Pero, en sentido contrario, la Corte Suprema en 1902 en el caso de un costarricense que invoca los beneficios concedidos por la Convención sobre Ejercicio de las Profesiones Liberales fundada en México, dijo: “es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por acto unilateral de uno de los contratantes” (7).

## II. EL PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS Y EL SISTEMA ELECTORAL PUBLICO CHILENO

Sobre este substrato jurídico se apoya la publicación reciente del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (8).

El artículo 25 de dicho Pacto dispone que “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de

las distinciones mencionadas en el artículo segundo, y **sin restricciones indebidas**, de los siguientes derecho y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, **realizadas por sufragio universal e igual** y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

c) Tener acceso, **en condiciones de igualdad**, a las funciones públicas de su país”.

El legislador chileno sometió a examen preventivo de constitucionalidad, muy recientemente, un Proyecto de Ley sobre Distritos Electorales y Determinación de Resultados de Elecciones de Senadores y Diputados, modificatoria de la ley 18.603 Orgánica Constitucional de Partidos Políticos y 18.700 Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, en que configura distritos electorales y un peculiar sistema electoral de lista binominal. Tanto la configuración de distritos como el sistema electoral fue objetado como inconstitucional, arbitrario e inigualitario por 6 profesores de Derecho Público en un escrito de Téngase Presente, ingresado al Tribunal Constitucional el 18 de abril de 1989 y por el Partido Humanista, en presentación ingresada al Tribunal el 28 de abril de 1989.

El Tribunal Constitucional Chileno determina por unanimidad de sus miembros que la objeción de constitucionalidad acerca de los **distritos electorales** carece de todo fundamento:

“considerando 10º A)... “ya que el Constituyente entregó al Legislador de la Ley Orgánica Constitucional respectiva la determinación de los distritos electorales. En efecto, el artículo 43 de la Carta Fundamental prescribe textualmente: “La Cámara de Diputados está integrada por 120 miembros elegidos en votación directa por los distritos electorales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva”. La Constitución dejó así amplia facultad al legislador para determinar los distritos electorales...”

Rechazó asimismo el Tribunal por unanimidad las objeciones levantadas referidas al siste-

**ma electoral...** “Considerando 10º B)... El proyecto en estudio, de acuerdo con la actual Constitución, siguió un sistema electoral diferente (al de la Constitución de 1925) basado en que cada distrito electoral y región eligen dos diputados y dos senadores, respectivamente, y que las declaraciones de candidaturas que presenten los partidos políticos o los pactos electorales podrán incluir en una misma lista hasta dos candidatos por distrito o región, según corresponda, y en el caso de los independientes, uno por cada nómina”.

**“Este tribunal no estima del caso ni le corresponde entrar al detalle del sistema que sigue el proyecto para determinar los candidatos elegidos”.**

“Resulta, entonces, que la Constitución en sus artículos 18, 43 y 45, dejó entregado al legislador de la Ley Orgánica Constitucional respectiva la determinación del Sistema electoral, por lo que carece de todo fundamento sostener que el proyecto infringe la Carta Fundamental”.

Como puede observarse el Tribunal evita pronunciarse derechamente sobre la violación del inciso final del artículo primero constitucional (“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”), sobre la violación del artículo 4º (“Chile es una República Democrática”), acerca de la violación del artículo 15 constitucional. “En las votaciones populares, el sufragio será personal, **igualitario** y secreto. Para los ciudadanos será, además, obligatorio”, entre otros y se parapeta detrás de los artículos 43 y 45 mencionados que habrían dado al Legislador carta blanca para fijar el sistema electoral y configurar los distritos como le plugiese (9)

Sin embargo, sabemos que el 29 de abril (sábado) se publicó en el Diario Oficial el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en tanto que la sentencia del Tribunal Constitucional fue dictada con fecha 12 de mayo de 1989.

A mi juicio el artículo 25 letra (b) del Pacto es acorde con el inciso 1º del artículo 15 de la Constitución, al disponer que las eleccio-

nes periódicas deben ser auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

Asimismo, la letra (c) es acorde con el inciso final de nuestro artículo 1º Constitucional al disponer que debe garantizarse la oportunidad de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del país.

Al promulgarse y publicarse el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se producen dos tipos de colisiones normativas:

- (a) Colisión entre la Constitución y el Pacto.
- (b) Colisión entre el Pacto y la Legislación Electoral.

### (a) Colisión entre la Constitución y el Pacto

Existe, por de pronto, colisiones aparentes. En efecto, el artículo 15 Constitucional no habla de "sufragio universal", en tanto la letra (b) del Pacto lo hace de manera expresa.

Entiendo que nuestro sistema constitucional no autoriza al legislador a establecer un sistema de sufragio no universal, pues ello chocaría de lleno con el artículo 19 Nº 2 que establece "La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado... Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias" y con el artículo 19 Nº 26 que prohíbe al Legislador afectar los derechos en su esencia.

Por lo tanto, no existe la pretendida colisión en torno a la universalidad del sufragio, pese a la reluctancia que tal concepto despierta en algunos chilenos connotados (10).

Tampoco existe una colisión entre el artículo 43 y el Pacto, pues el sólo hecho de entregar al Legislador el establecimiento de los distritos electorales no implica un ejercicio del poder legislador necesariamente opuesto al Pacto.

Pero, un problema grave se plantea con el artículo 15 de la Constitución de 1980. Este artículo constituye una excepción a la regla general del voto igualitario establecido en el artículo 15, pues como lo dice el fallo del Tri-

bunal Constitucional acerca de la Ley Modificatoria de la Ley 18.700, las regiones en Chile son fuertemente dispares: "El legislador del proyecto de que se trata se inspiró, sin duda, en los principios de regionalización y desconcentración del poder consagrados en la Carta Fundamental; y prueba de ello es que en el artículo 45, referente al Senado, estableció que ésta se integrará con miembros elegidos en votación directa por cada una de las trece regiones del país, correspondiéndole a cada región elegir dos senadores en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva y nadie puede olvidar las múltiples diferencias que existen entre las regiones, como

---

### Un segundo punto de fricción entre la Constitución de 1980 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos radica en los senadores designados, previstos en el artículo 45.

---

asimismo, las características que son propias de cada una de ellas. Baste señalar, a título de ejemplo, las regiones XI, de Aysén, General Carlos Ibáñez del Campo y la Metropolitana. Mientras la primera tiene una extensión de 110.000 kilómetros cuadrados y una población de poco más de un habitante por kilómetro cuadrado, la Región Metropolitana, con una extensión de quince mil kilómetros cuadrados tiene, aproximadamente una población de cuatro millones y medio de habitantes y de trescientos habitantes por kilómetro cuadrado".

"El proyecto, al determinar la conformación de los distritos electorales, se ciñó, pues, al mandato del artículo 43 de la Constitución y al

criterio que explícitamente siguió el constituyente en relación con la integración del Senado, cuyos miembros, como se ha dicho, se eligen por cada una de las trece regiones correspondiéndole a cada región elegir dos senadores". "Habiendo el legislador del proyecto sometido su acción a la Constitución, no cabe, pues hablar de infracción alguna a la Carta Fundamental" (considerando 10º A del fallo de doce de mayo de 1989).

Aunque de ello no se deduce que el Legislador actuó en forma no arbitraria sólo porque imitó el criterio del Constituyente y aunque la colisión con la Constitución no es reconocida por el Tribunal Constitucional, es evidente que desde el 29 de abril la configuración de las circunscripciones electorales choca con el requisito de voto igual establecido en el artículo 25 letra (b) del Pacto en examen respecto de los Senadores. En efecto, si el Constituyente puede establecer una regla especialísima que altere en el caso de los senadores el principio del voto igualitario fijado por el mismo Constituyente en el artículo 15, no puede el Estado de Chile alterar el principio del voto igualitario establecido bilateral o multilateralmente en un acuerdo internacional (11).

Un segundo punto de fricción entre la Constitución chilena de 1980 y el Pacto en su artículo 25 radica en los senadores designados previstos en el artículo 45.

En tanto que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 11, señala que "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural" y en su artículo 25 letra (a) señala que todos los ciudadanos gozarán... sin restricciones indebidas el derecho a "Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos", el artículo 45 de la Constitución Chilena establece un tercio del Senado designado. Esto viola, a mi juicio, el Pacto por cuanto la participación sólo es prevista directamente por el pueblo o por medio de representantes libremente elegidos (12).

En el sistema de formación de la ley establecido en la Constitución chilena de 1980 ese tercio juega un rol clave, que no es del caso explicitar en este artículo.

### **(b) Colisión entre el Pacto y la Legislación Laboral:**

Pero los conflictos jurídicos son graves con la Ley de Votaciones Populares y Escrutinios (Ley 18.700 D. Oficial 6 de mayo de 1988 y sus modificaciones en L. 18.733 de 13 de agosto 1988 y en especial L. 18.799 de 26 de mayo de 1989).

Aunque el Tribunal Constitucional Chileno haya escabullido el bulto de pronunciarse acerca del valor igualitario del voto, el Estado de Chile y su ordenamiento jurídico deberá hacerlo, so pena de caer en responsabilidad internacional.

En efecto, el Estado de Chile, al formular reserva al artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, declara que ha sostenido tradicionalmente la doctrina del respeto irrestricto de los tratados y más aún al "principio general de la inmutabilidad de los tratados". Expresamente además el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2 Nº 2 del Pacto señala: "Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter" y el artículo 3 nos señala que "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto" y el artículo 51: "Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en

el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.

Así, pues..., epursinnove, . cabe preguntarse si la configuración de distritos electorales y la determinación del sistema electoral binominal “sui generis” que establece la legislación electoral chilena es compatible con el artículo 25 del Pacto.

El concepto de “voto igual” no puede ser lógicamente dejado al arbitrio del Legislador interno. Como lo recuerda la Corte de Apelaciones de Arica: “El método de interpretación de las cláusulas (de un tratado internacional) es el contextual y finalista, al cobrar vigencia la Convención sobre “El Derecho de Tratados y sus Anexos”, suscrita por el Gobierno de Chile en Viena el 23 de mayo de 1963 y llevada a efecto como ley de la República, en virtud del Decreto Supremo Nº 381 del Ministerio de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981, cuyo artículo 31 dice: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de él” (13).

Deberemos, entonces, recurrir en estas materias al Derecho Internacional y al Derecho Comparado Electoral.

Si examinamos primero el **caso de los distritos**, encontramos jurisprudencia clara y coincidente en el Derecho Electoral Comparado. El sentido de lo “igualitario” del voto exige no sólo que cada ciudadano disponga de un sufragio de igual valor al de cualquier otro ciudadano, sino que, a la par, cada sufragio tenga la misma posibilidad de ganar o tener éxito, es decir, que tenga un poder igualitario en el resultado, o igualdad de oportunidades para decidir quiénes son las autoridades elegidas (14).

En el escrito de “Téngase Presente” al Tribunal Constitucional, ingresado el 18 de abril de 1989, y firmado por Carlos Andrade, Francisco Cumplido, Humberto Nogueira, Germán Urzúa, Mario Verdugo y el autor de estas líneas, todos profesores universitarios de Derecho Público en Santiago de Chile y en el escrito de “téngase presente” presentado por el Partido

Humanista el 28 de abril de 1989, con la asesoría de los profesores Nogueira y Precht, se aportaron al Tribunal Constitucional de Chile, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Carlsruhe como la del Consejo Constitucional Francés, ambos sistemas electorales mayoritarios, en los cuales existen gran cantidad de distritos pequeños y en los cuales hay Cortes Constitucionales que hacen efectivo el principio de supremacía constitucional.

Los fallos de la Corte Constitucional Alemana determinan que “el sufragio igualitario implica que cada sufragio tiene igual valor, pero es necesario además que cada sufragio tenga la misma posibilidad de ganar o tener éxito” (B. Verf. E. 1208 (244ff) y B. Verf G.E. 34,81 (98 ss.).

El sistema de configuración de distritos chileno determina diferencias de población promedio de 49,10% y una relación entre el distrito de menor población de 1 a 5,58 (5580%) con el distrito de mayor población (véanse anexos estadísticos A y B contenidos al final del artículo) (15).

En cambio la Corte Constitucional de Alemania Federal ha declarado que una estructura de distritos electorales que establece diferencias de población promedio igual o superior a un 330% exige necesaria y obligatoriamente a revisar los distritos electorales para restablecer el principio de igualdad de oportunidades (B. Verf. G.E. 16.130 Cfr. W. Rüdter), no aceptando diferencias de población por distritos iguales o superiores a 1 a 1.3.

Normas similares han emanado de fallos recientes de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica y de Japón.

En el caso francés, rigen constitucionalmente al respecto los artículos 2, 3 y 24 de la Constitución de 1958.

Dichos artículos regulados por una ley de 1986 disponen un sistema basado en la regla demográfica. Dice el artículo 2: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y respeta todas las creencias”; artículo 3, inciso primero: “La soberanía nacio-

*Clodomiro Almeyda*



nal pertenece al pueblo, que la ejercerá a través de sus representantes y por vía del referéndum; artículo 3, inciso tercero: "El sufragio podrá ser directo o indirecto, con las condiciones previstas por la Constitución, si bien será siempre universal, igual y secreto"; artículo 24: "El Parlamento comprende la Asamblea Nacional y el Senado. Los diputados de la Asamblea Nacional serán elegidos por sufragio directo. El Senado será elegido por sufragio indirecto. Asegurará la representación de las colectividades territoriales de la República. Los franceses establecidos fuera de Francia estarán representados en el Senado".

La decisión del Consejo Constitucional N° 86-208 DC de 1 y 2 de julio de 1986, *Journal Officiel* 3 julio 1986, página 8282, examina la Ley relativa a la elección de diputados la que autoriza al Gobierno a delimitar por ordenanza las circunscripciones electorales (bajo el requerimiento de los diputados, publicado *J: O: p. 8285*). (Véase *Actualité juridique—Droit Administratif* 1987, N° 4, p. 263 Note Jean Boulouis).

Los principios de dicha ley fueron examinados por el Consejo Constitucional y declarados conformes a la Constitución: (a) elección sobre bases esencialmente demográficas, atemperadas por imperativos de interés general en forma limitada; (b) representación de, al menos, dos

diputados por departamento; (c) 20% de diferencia en población media por circunscripción debe ser continuo; y (e) la delimitación no puede ser arbitraria.

A partir de dichos principios el Consejo declara la no contradictoriedad de esta ley a la Constitución, pero hace estrictas reservas de interpretación de los incisos 3 y 4 del artículo 5, a saber, la facultad de no respetar los límites cantonales en los departamentos que comprenden uno o varios cantones no constituidos por un territorio continuo o cuya población es superior a 40.000 habitantes no vale sino y estrictamente para estos solos cantones; la aplicación de la diferencia máxima mencionada en el inciso 4 del artículo 5 (1 a 1.20) debe estar reservada a casos excepcionales y debidamente justificados; la utilización de esta facultad no puede intervenir en una medida limitada y deberá apoyarse, caso por caso, sobre imperativos precisos de interés general. Por último, la delimitación de las circunscripciones no puede proceder arbitrariamente en caso alguno.

Tanto en esta decisión como en las decisiones de 8 y 23 de agosto de 1985, a propósito de Nueva Caledonia, vela el Consejo Constitucional por la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y establece que la Asamblea Nacional debe ser elegida sobre bases esencialmente demográficas: "Si el Legislador puede

tener en cuenta imperativos generales susceptibles de atenuar el ámbito de esta regla fundamental y ello siempre en una medida limitada” esta medida no puede ser sobrepasada sino cuando una diferencia de representación no concierne sino a un número muy restringido de departamentos y justificada por el deseo de “asegurar un lazo estrecho entre el electo por una circunscripción y sus electores”.

Una vez dictada la ley relativa a la delimitación de las circunscripciones para la elección de diputados el Consejo Constitucional se pronuncia en la decisión N° 86—218 DC de 18 de noviembre de 1986, J.O., 19 de noviembre de 1986, p. 13.769 (por requerimiento de los

---

---

**La discrecionalidad dejada por el Constituyente al Legislador en el artículo 43 tiene sus límites en las propias decisiones constitucionales previstas en diversos artículos, como los pone de manifiesto el artículo 18.**

---

---

diputados y senadores publicadas en dicho Diario Oficial, páginas 13.700 y 13.777) y establece que no existe contrariedad de esta ley a la Constitución. Afirma el Consejo Constitucional Francés que no le corresponde investigar si las circunscripciones han sido objeto de la delimitación más equitativa posible y no le incumbe hacer proposiciones al Legislador en este sentido (como puede hacerlo el Consejo de Estado en el ejercicio de sus funciones administrativas). (Véase note Jean Boulouis: *Le rétablissement du scrutin majoritaire devant le Conseil Constitutionnel AJ—Doit Administratif*, 1987, N° 4, página 263).

Dice la sentencia que “La Constitución no le

confiere un poder general de apreciación y de decisión idéntica a la del Parlamento... En estas condiciones “cualquiera que pudiere ser la pertinencia de algunas críticas presentadas por los requirientes, **no le parece** —tenida cuenta de la variedad y de la complejidad de las situaciones locales que puedan dar lugar a soluciones diferentes en el respeto de la misma regla demográfica, que las opciones efectuadas por el legislador hayan desconocido manifiestamente las exigencias constitucionales” (16).

Esta parte del fallo francés se asemeja a la parte final de aquel del Tribunal Constitucional de Chile cuando señala: “Finalmente, la prueba más evidente que la Constitución dejó entregado al legislador tanto la determinación de los distritos electorales como el sistema electoral, está en la propia conclusión del escrito de los abogados recurrentes, en la cual se pide “al Excmo. Tribunal inste al Legislador que, al elaborar estos últimos pilares del sistema electoral público se ajuste al espíritu y a la letra de la ley fundamental que tan solemnemente aprobara como Nueva Constitución de la República el 8 de agosto de 1980, y jurara luego respetar”, conclusión de la cual se desprende que quienes han formulado tales objeciones no han podido precisar una conformación de dichos distritos y del sistema electoral que, de acuerdo a su criterio, se ajuste a la Carta Fundamental y que, a su vez, olvidan que este Tribunal no tiene el carácter de poder co—legislator”.

Pero la semejanza es engañosa pues el Consejo Francés entra en su decisión al fondo del asunto y aprueba los criterios del Legislador como conformes a la Constitución y luego cuando se delimitan los distritos electorales manifiesta derechamente que no le parece que las opciones efectuadas por el legislador hayan desconocido manifiestamente las exigencias constitucionales, cosa que no hace el Tribunal Constitucional de Chile. (17).

En cambio, el Tribunal Constitucional chileno no entró al fondo de la objeción de inconstitucionalidad levantada, a saber: “No da el Estado de Chile el derecho de participación cívica en igualdad de oportunidades a los ciudadanos de los distintos distritos, violando el

artículo 1º inciso final, el artículo 15, el artículo 19 Nº 26, afectando por incumplimiento de un deber constitucional el artículo 6º y 4º de la Constitución, sin perjuicio que al establecer por esta vía "diferencias arbitrarias" viola la rotunda prohibición del artículo 19 Nº 2: "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". Al mismo tiempo se ve violado el artículo 18, ya que los derechos a sufragio igualitario y a participación en la vida nacional en igualdad de oportunidades son obligatorios para el Legislador al diseñar el sistema electoral público, ya que son elementos sustanciales previstos por el propio Constituyente. Dado que el mandato del artículo 18 al Legislador es a regular en su organización y funcionamiento al sistema electoral público "en todo lo no previsto por esta Constitución", la Junta de Gobierno excede en este proyecto el marco de la reserva legal específica, fijado para la presente ley orgánica constitucional... La discrecionalidad dejada por el Constituyente al Legislador en el artículo 43 ("distritos electorales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva") tiene sus límites en las propias decisiones constitucionales previstas en diversos artículos, como lo pone de manifiesto el propio artículo 18 y lo hemos resaltado anteriormente" (18).

La argumentación esgrimida ante el Tribunal Constitucional se ve reforzada hoy por el texto del artículo 25 del Pacto, ya que examinado el concepto de "voto igual" en la jurisprudencia electoral comparada y en la legislación electoral comparada, es claro que la delimitación de las circunscripciones electorales de la ley modificatoria de la Ley Chilena 18.700 viola la letra (b) de dicho artículo.

En efecto, si aplicáramos el criterio del Tribunal Constitucional Alemán 40 de los 60 distritos serían inigualitarios y de aplicarse el criterio francés 49 sobre 60 distritos, esto es, más del 80% de los distritos también lo serían.

Examinemos, entonces, el mismo problema ante la jurisprudencia internacional europea. Como es sabido el artículo 3 del Primer Protocolo Adicional a la Convención de Roma estable-

ce: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar a intervalos razonables, elecciones libres por escrutinio secreto, en las condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo" (8.12.51).

Nótese que si bien la Organización de la N.U. ha definido a los derechos políticos del pueblo y del individuo en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre el 10 de diciembre de 1948, el texto europeo en examen ha sido pionero al establecer un texto convencional, si bien es limitado en comparación a otros textos posteriores (19).

En efecto —y a título de ejemplo— no contiene el texto europeo el concepto de "sufragio universal" ni el concepto de "sufragio igual" que sí contiene el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25, letra b) y se limita a las elecciones de los cuerpos legislativos, y no a los plebiscitos o referéndums (artículo 25, letra a) e ignora otras varias cuestiones como lo pone de manifiesto el trabajo de Raymond Goy que utilizamos (20).

Si estudiamos el caso llevado ante la Comisión Europea de Derechos X... vs. Islandia, diciembre, 8 de diciembre de 1981, D.R., t. 27, p. 145 un ciudadano de Islandia ataca el sistema electoral de Islandia instituido por la reforma constitucional 51 de 1959.

De acuerdo a este sistema, 49 diputados son elegidos en forma proporcional en cada circunscripción y 11 escaños son entregados a los partidos para igualizar entre ellos el número de diputados —como un sistema correctivo— en relación al número de sufragios obtenido por cada partido.

El requirente muestra ante la Comisión la gran disparidad del número de votos que permite cada elección, en tanto que el artículo 3 del Protocolo Adicional exige que cada voto tenga un peso igual en cada circunscripción. Dicho de otra manera: "un hombre, un voto".

La Comisión responde que el artículo 3 se refiere a la "libre expresión de la opinión" en la "elección", pero que no se refiere a la igualdad.

Al contrario, entonces, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 15 de la Constitución chilena que consagran el carácter de "igualitario", el Protocolo Europeo no vincula a los Estados a otorgar ninguna condición de igualdad y no da un valor igual al voto de cada elector, sino que entrega este problema al sistema electoral de cada Estado (21).

Esta decisión de la Comisión Europea deja en pie el que de haber existido —como existe en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos— el concepto de igualdad del sufragio, la Comisión habría examinado el requerimiento, máximo cuando el encabezamiento del artículo 25 del Pacto habla de evitar **las restricciones indebidas** (22).

Pero, aún si se aplica la situación de Islandia al caso chileno, el sistema chileno sigue siendo inigualitario. El sistema islandés va de 1 a 48, ya que movimientos migratorios han tenido lugar de regiones débilmente pobladas a regiones densamente pobladas. Incluso la igualación estricta del peso de los sufragios haría elegir en Islandia la mayoría de los diputados por sólo dos circunscripciones.

Se podría argumentar que tal es también el caso chileno con una gran concentración en la región central del país, en especial la Región Metropolitana.

Pero, no olvidemos que en el caso chileno la relación es de 1 a 5,58 y por lo tanto existen aún aplicando el criterio islandés —y sin precepto que exija (como es el caso de Chile) un voto igualitario— 5 distritos sobre esa relación. Todos estos distritos están situados en la Región Metropolitana con poblaciones que oscilan entre 330.000 y 370.000 habitantes, **como lo muestran los anexos que contiene el presente trabajo**. (Véase al final del texto).

Pero además estos distritos tan densamente poblados manifestaron una votación contraria al régimen en el plebiscito de 1988, que oscila entre el 63.22% al 65.10% (distritos 18, 28, 25, 27, 20), lo que además de establecer respecto de estos chilenos restricciones indebidas e inigualitarias, permite abrigar fundadas sospechas de un "gerrymandering".

En efecto, como muy bien dice Rolando

Franco: "El principio del voto igual puede ser violado por la vía de las regulaciones del procedimiento electoral. Así, cuando se delimitan circunscripciones electorales que tienen cantidades muy diferentes de votantes **a que eligen el mismo número de parlamentarios**, se está logrando que ciertos votos tengan un mayor peso, una mayor capacidad de verse representados en el Parlamento (23).

Tal es el caso chileno que, como veremos, elige 2 y sólo 2 diputados por circunscripción.

Todo ello sin olvidar que el sistema islandés tiene un mecanismo correctivo: reserva un número de escaños para que se distribuyan entre los partidos de acuerdo al número de votos obtenidos a nivel nacional (24).

**En conclusión:** Parece suficientemente probado que la configuración distrital electoral chilena de la ley modificatoria a la ley 18.700 atenta abiertamente contra el Art. 25 ab initio y 25 letra (b) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y envuelve la responsabilidad internacional del Estado Chileno (Actual Ley 18.799; publicada en el D.O. de 26 de mayo de 1989). Está claro que esta configuración viola los principios normalmente aceptados por el derecho electoral comparado, recordados en la presentación del Partido Humanista al Tribunal Constitucional de Chile:

"(1) Los distritos electorales deben estar constituidos por entidades político-administrativas con continuidad geográfica, respetando la integridad de dichas entidades al máximo.

(2) Deben explicitarse los principios de racionalidad y justicia que lleven a optar por dicha configuración de distritos electorales, evitando la arbitrariedad.

(3) Constituir distritos electorales con la mayor homogeneidad posible y de similares densidades poblacionales. Tal principio puede atemperarse por razones de interés nacional, sin que dicha consideración afecte en su esencia el valor igualitario del sufragio.

(4) Deben explicitarse la cantidad mínima de parlamentarios que eligen los distritos electorales, cuando el valor igualitario del sufragio está atemperado por razones de interés nacional, cuya coherencia y consistencia debe mantenerse

para el conjunto de los distritos electorales del país”.

Miremos a continuación no sólo la configuración distrital, sino el sistema electoral en su conjunto.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 25 exige votar y ser elegido en elecciones “que garanticen la libre expresión de la voluntad de electores” (letra b) y el “tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del país” (letra c). Exige, asimismo, que se garantice el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos (letra a) y de las

---

**Plantea el Partido Humanista: “... se establece un sistema arbitrario que no obedece a ninguno de los dos principios o fórmulas del sistema mayoritario ni del sistema proporcional”.**

---

elecciones que “sean periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto” (letra b).

El Partido Humanista, con justa razón, ha señalado respecto del sistema chileno el siguiente reproche: “...se establece un sistema arbitrario que no obedece a ninguno de los dos principios o fórmulas (de decisión y de representación) del sistema mayoritario, ni del sistema proporcional” (25).

En efecto, el sistema electoral de lista binominal, regulado en el nuevo artículo 4º de la Ley 18.700 y 109 bis de dicha ley que: “Las declaraciones de candidaturas a Senadores o Diputados que presenten los partidos polí-

ticos o los pactos electorales podrán incluir hasta dos candidatos por región o distrito según corresponda”.

De acuerdo al nuevo artículo 109 bis de la ley 18.700 la determinación de los elegidos se hace por los siguientes principios:

– Si una lista duplica en número de votos a la lista que sigue en número de preferencias, la primera lista obtiene los dos diputados.

– Si la primera lista no logra duplicar a la siguiente, las dos listas, que obtienen las dos más altas cantidades de sufragios válidamente emitidos eligen un diputado, cuyo cargo corresponderá al candidato con mayor número de preferencias individuales de cada una de las dos listas señaladas.

– Las demás listas que presentaren candidatos no obtienen representación.

El profesor Humberto Nogueira ha comentado al respecto, reiterando las críticas levantadas ante el Tribunal Constitucional de la República: “En el caso del proyecto objetado, se establece un sistema arbitrario que no obedece a ninguno de los dos principios o fórmulas del sistema mayoritario, ni del proporcional. En el caso del proyecto (hoy ya ley de la República) objetado, se establece un sistema que el propio proyecto sitúa fuera del sistema proporcional”.

“Cabe sólo preguntarse si dicho proyecto que contempla un sistema electoral de distritos binominales es de carácter mayoritario”.

“En situación de normalidad y teniendo presente nuestra realidad del sistema de partidos y de pactos entre ellos, es evidente que el sistema electoral no es mayoritario en su principio de decisión, ya que en cada distrito electoral la segunda fuerza política obtendrá la misma representación o cargos parlamentarios que la primera. Así no se sobreprresenta a la mayoría que es el principio de decisión mayoritaria, sino que, contra dicho principio, se sobreprresenta a la segunda fuerza política y se anula el impacto del triunfo de la primera, obteniendo ambas la misma representación”.

“No responde tampoco al principio de representación mayoritario el proyecto de sistema electoral, ya que no busca convertir a la mayoría electoral en una mayoría parlamentaria absolu-

ta, sino que, por el contrario, busca, sobre-representar a la mayoría y sobrerrepresentar a la segunda fuerza, lo que es contrario a la lógica elemental del sistema mayoritario". (26)

Incluso más, toda minoría si baja del 30% queda sin representación, supuestos el efecto de la lista binominal y la autorización de los pactos electorales, lo que constituye no sólo un expediente antidemocrático, sino que va a impedir a esos votantes el acceso a funciones de elección popular y se establece respecto de ellos una restricción indebida, ya que se distorsiona la voluntad electoral.

Finalmente el empate político que genera este sólido sistema podría romperse por efecto de los senadores designados, estableciendo una artificial mayoría para la segunda fuerza electoral (27).

¿Es compatible este sistema insólito con lo establecido en el Pacto?

Mi respuesta es claramente negativa.

Es cierto que no podría derivarse del Pacto necesariamente un sistema proporcional ni necesariamente uno mayoritario, pero es obligatorio establecer uno que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores y el

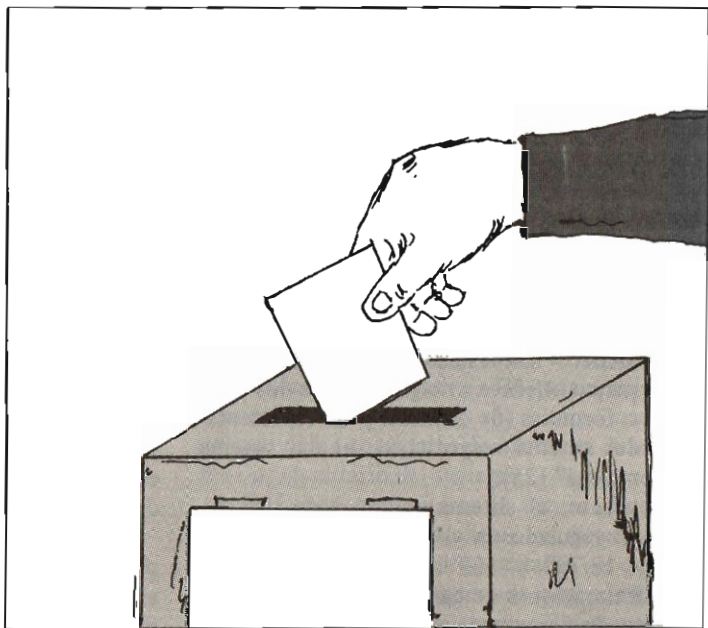
tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas del país.

Ello no se cumple en el caso en estudio.

Dejemos de lado el hecho doloroso que desde el año 1973 Chile no tiene Congreso, pese a haber ratificado y promulgado el Pacto en 1976. Como sabemos, la Comisión Europea de Derechos Humanos condenó a Grecia y el Consejo de Ministros hizo suya esta opinión en 1969, al declarar que la obligación de asegurar la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo implica ante todo la existencia de un cuerpo legislativo y que la ausencia del parlamento, si tiene carácter durable, es contraria al artículo 3 del Protocolo Adicional (28).

En varias decisiones, la Comisión Europea ha señalado que la obligación de asegurar la "libre expresión de la opinión del pueblo" permite diferentes sistemas electorales y que no se puede imponer ningún sistema electoral (29).

El artículo 2 dice la Comisión "no debe ser interpretado como imponiendo un sistema electoral determinado que garantizaría que el número total de sufragios emitidos por cada



candidato o grupo de candidatos debe necesariamente y siempre reflejarse en la composición de la Asamblea Legislativa”.

Pero se apoya para su decisión en los **trabajos preparativos** (30) y es sabido cómo la delegación británica se opuso en dichos trabajos para evitar “el riesgo que la Convención pudiera ser interpretada como imponiendo un determinado sistema de representación parlamentaria”. Por ello finalmente se eliminaron del artículo 3 las sucesivas fórmulas propuestas:

(a) “a fin de asegurar la concordancia de la acción gubernamental y de la legislación con la expresión de la voluntad popular”

(b) “en las condiciones propias para garantizar que el gobierno y el cuerpo legislativo representen la opinión del pueblo”

(c) “que la opinión del pueblo será representada por el gobierno y el cuerpo legislativo”.

En cambio, en el Pacto, si bien se habla de elecciones que garanticen la libre expresión de la voluntad de los electores, se añade la **letra (a)** derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos y la **letra (c)** derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (artículo 25). A ello debe agregarse que el Pacto supone una sociedad democrática (lo mismo que el artículo 4º de su Constitución, define a Chile como una República Democrática), ya que tanto al hablar del derecho de reunión como del derecho de asociación (artículos 21 y 22.2) el Pacto dice expresamente que: “el ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática”.

Ahora bien, un sistema electoral que distorsiona tan gravemente la voluntad popular sobrerrepresentando a la segunda fuerza electoral y no dejando representación alguna a la fuerza que obtenga menos de 30% de los votos, es por esencia ajena al sistema democrático occidental.

Si como lo ha definido George Vedel “la idea del diálogo expresa la filosofía profunda de la democracia”, es uno de los diálogos más fundamentales el que aquí es falseado en su

raíz misma, esto es, en la identidad de la mayoría y en la identidad de la minoría.

Las elecciones —como lo ha establecido la Comisión Europea de Derechos Humanos— no pueden ser arbitrarias y deben ser justificadas en un régimen democrático. La misma Comisión ha determinado que el artículo 3 del Primer Protocolo Adicional a la Convención de Roma garantiza el derecho de ser protegido contra las “presiones” del sistema electoral (31).

Mutatis mutandi, el actual sistema electoral chileno crea graves “limitaciones incompatibles con el sistema representativo” y el sistema democrático. Establece restricciones claramente indebidas que no pueden ser justificadas por el sistema mayoritario” (32).

En efecto, como lo señala Nohlen, debe evitarse el identificar elección proporcional con principio de representación y elección mayoritaria con principio de decisión.

Es preciso examinar —en un análisis lógicamente coherente— el sistema mayoritario tanto como principio de decisión como en tanto principio de representación. Luego deberá examinarse si el sistema chileno es de tipo mayoritario. Si no lo fuere —y dado que obviamente no es uno proporcional— estaríamos frente a una arbitrariedad del legislador chileno, incompatible con las obligaciones del Estado de Chile contraídas al ratificar el Pacto.

Se llama principio de decisión la fórmula para convertir los votos emitidos en un distrito electoral en asientos parlamentarios. El principio de decisión en un sistema mayoritario es que el candidato o lista que obtiene más votos, elige el o los parlamentarios cuyos escaños se disputan en dicho distrito.

Ahora bien, el sistema chileno no es mayoritario como principio de decisión, sino en el caso previsto en el artículo 109 bis “Si una lista duplica en número de votos a la lista que le sigue en número de preferencia, la primera lista obtiene los dos diputados”.

Pero no es mayoritario como principio de decisión en el caso en que no se da esta situación, ya que las dos listas que obtengan las dos más altas cantidades de sufragios válidamente emitidos eligen un diputado cada una y en ese

caso la segunda fuerza electoral obtiene la misma representación que la mayoría y el candidato de la segunda lista que obtiene más sufragios dentro de esa lista vence a todo otro candidato cualquiera sea su votación, a excepción del candidato que más sufragios obtenga dentro de la lista de mayoría.

Se sobrerrepresenta a la segunda fuerza electoral y se la equipara a la primera, anulando el impacto del triunfo dentro del distrito.

Tampoco el sistema es mayoritario como principio de representación.

Se llama principio de representación en los sistemas electorales la fórmula para traducir en escaños en el Parlamento las votaciones obtenidas en el país por las fuerzas políticas en competencia. El principio de representación en el sistema mayoritario busca fortalecer a la mayoría relativa, convirtiéndola en una mayoría absoluta en las Cámaras, por lo que la representación parlamentaria de la primera fuerza electoral siempre en los sistemas mayoritarios es superior a la proporción o porcentaje de votos obtenidos.

Como puede verse en el anexo Estadístico C de aplicarse el sistema y de proyectarse las votaciones obtenidas en el plebiscito de 1988, en el supuesto de una lista pro-régimen y una lista anti-régimen ambas fuerzas electorales estarían prácticamente en empate, siendo que la votación NO superó en 1988 el 50% de la votación. Ello se debe al juego conjunto de los distritos electorales y del sistema electoral, y los pactos con ello se esfuman.

Ello prueba claramente que el sistema no es mayoritario, y ha sido manipulado porque en ningún distrito el SI obtiene menos del 34% necesario para asegurar un diputado.

Como dice Humberto Nogueira: "El principio del gobierno de la mayoría del régimen democrático, en lo que difieren es si la minoría debe ser perjudicada sobrerrepresentándola (sistema mayoritario) o debe respetarse su representación parlamentaria en proporción al porcentaje de votos obtenidos (sistemas proporcionales) ... mecanismo (el chileno) sui generis, único en el mundo que además no es democrático ni en teoría ni en la práctica, amén de inconveniente

y paralizante del objetivo propio de la actividad política que es formar gobierno y hacer posible su funcionamiento eficiente" (33). (34).

EN CONCLUSION: La ley 18.799 modificatoria de la Ley Orgánica Constitucional de votaciones populares y Escrutinios (Ley 18.700), aprobada en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional de Chile, en fallo de 12 de Mayo de 1989, viola el art. 25, letra b, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en la configuración de los distritos electorales y las letras (a) y (c) del mismo artículo en lo referente al sistema electoral. Como el Pacto fue publicado en el D.O. de Chile, el sábado 29 de Abril de 1989, una ley posterior ha afectado un tratado internacional y el estado chileno ha incurrido en responsabilidad internacional, pese a que el Pacto no posee respecto del Estado Chileno un mecanismo ejecutivo de control y ejecución al no haberse ratificado por este país el protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos (Resol. 2:200 XXI de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de Diciembre de 1966).

Sin embargo, al haberse convocado a plebiscito de Reforma Constitucional para el 30 de Julio de 1989, la situación jurídica puede variar considerablemente. En efecto, el art. 25 del pacto será reconocido (como toda cláusula de un tratado internacional que regule un derecho esencial que emane de la naturaleza humana) como integrante de la Constitución, en virtud del nuevo art. 5º Constitucional de Chile que reza en sus incs. 2º y 3º: "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 los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Ello obligará a armonizar la Constitución de Chile y su ordenamiento jurídico a estos derechos esenciales, de los cuales los derechos políticos forman parte en la comunidad de las naciones civilizadas.

**ANEXO ESTADISTICO A  
DIFERENCIAS POR DISTRITO**

Cfr: Escrito de "Téngase Presente" de académicos de Derecho Público al Tribunal Constitucional

Distritos Electorales art. 179 L.O.C. votaciones	Población del Distrito x Diputado	Valor Diferencias Distrito 59 1,000	Valor Diferencias Distrito 15 1,000	Distritos Electorales art. 179 L.O.C. votaciones	Población del Distrito x Diputado	Valor Diferencias Distrito 59 1,000	Valor Diferencias Distrito 15 1,000
1º	76.093,5	2.293	1.409	31º	112.993,5	3.405	2,093
2º	61.478,5	1.852	1.138	32º	74.379	2.242	1,377
3º	70.928,5	2.138	1,313	33º	83.800,5	2.525	1,552
4º	99.922,5	3,011	1,850	34º	73.514,5	2.215	1,367
5º	55.406,5	1.669	1,026	35º	74.783,5	2,154	1,385
6º	57.797,0	1,742	1,071	36º	94.508,5	2.848	1,750
7º	65.790,5	1,982	1.219	37º	71.300	2.149	1,320
8º	84.808,5	2,556	1.571	38º	63.380,5	1.910	1,174
9º	59.289	1,787	1,098	39º	80.924	2,439	1,499
10º	106.808,5	3,219	1,978	40º	65.074,5	1.961	1,205
11º	82.580	2,488	1,579	41º	110.098	3,318	2,039
12º	92.291,5	2,781	1,709	42º	101.009	3,044	1,871
13º	137.487,5	4,144	2,547	43º	103.609,5	3,122	1,919
14º	131.887,5	3,975	2,443	44º	136.339,5	4,109	2,525
15º	53.983,5	1,627	1,000	45º	74.127,5	2,839	1,745
16º	88.602,5	2,670	1,641	46º	88.853	2,678	1,646
17º	154.062,5	4,643	2,853	47º	128.672,5	3,877	2,383
18º	185.170,5	5,580	3,430	48º	65.438,5	1,972	1,212
19º	125.508	3,782	2,325	49º	66.148	1,993	1,225
20º	164.524	4,958	3,048	50º	94.997	2,863	1,759
21º	142.184	4,285	2,639	51º	63.544,5	1,915	1,177
22º	116.333,5	3,506	2,154	52º	58.973	1,777	1,092
23º	136.015	4,099	2,519	53º	75.806,5	2,284	1,404
24º	108.875	3,281	2,017	54º	77.768,5	2,344	1,440
25º	173.086	5,216	3,206	55º	65.375,5	1,970	1,214
26º	95.941,5	2,891	1,777	56º	62.106,5	1,872	1,750
27º	169.495	5,108	3,139	57º	72.722	2,191	1,347
28º	179.216,5	5,401	3,310	58º	64.844,5	1,954	1,201
29º	103.103,5	3,107	1,90	59º	33.180,5	1,000	0,614
30º	64.563,5	1,946	1,19	60º	65.957	1,988	1,122

**Los 5 Distritos con mayor diferencia**

Si o/a No o/a Si No

18º	370.341	5,580	34,90	65,10	75,198	140,287
28º	358.433	5,401	34,95	65,05	80,578	154,519
25º	346.172	5,216	35,35	64,65	89,892	169,076
27º	338.990	5,108	37,95	62,05	78,307	127,941
20º	329.048	4,958	36,78	63,22	82,716	142,189

**Región Metropolitana de Santiago:**

- Distrito 18** : Cerro Navia, Quinta Normal, Lo Prado.  
**Distrito 28** : P. Aguirre Cerda, San Miguel, Lo Espejo  
**Distrito 25** : Macul, San Joaquín, La Granja  
**Distrito 27** : El Bosque, La Cisterna, San Ramón  
**Distrito 20** : Estación Central, Cerrillos, Maipú

ANEXO ESTADISTICO B.

Cfr.: Mensaje Nº 379, junio 1989. página 206.

Javier Martínez: Leyes Electorales: sin prudencia ni equidad" citado.

VALOR DEL VOTO SEGUN DISTRITO

Distrito	Si	No	Población 30/06/88	Valor del Voto	Mayores de 18	Inscritos
18	34,9	65.1	408,620	1.00	265.774	225,169
27	37,9	62.1	408,471	1.00	265.678	215,496
20	36.8	63.2	400,987	1.02	260,811	233,742
25	35.3	64.7	376,358	1.09	244,791	213,115
17	35.9	64.1	371,283	1.10	241,490	203,833
29	36.6	63.4	349,375	1.17	222,715	166,745
28	35.0	65.0	342,360	1.19	222,677	218,203
23	59.8	40.2	313,812	1.30	204,110	195,848
14	43.8	56.2	304,307	1.34	202,607	177,581
44	36.2	63.8	298,868	1.37	190,954	185,555
26	36.8	63.2	289,780	1.41	188,479	153,261
24	30.7	59.3	287,735	1.42	187,149	147,887
13	39.5	60.5	285,798	1.43	190,133	177,322
21	49.2	50.8	279,308	1.46	181,668	19,770
47	57.1	42.9	266,598	1.53	160,997	156,079
30	45.4	54.6	265,070	1.54	164,643	156,850
31	48.1	51.9	263,736	1.55	165,020	154,083
19	39.4	60.6	255,324	1.60	166,068	152,275
41	53.3	46.7	239,308	1.71	148,335	136,186
43	36.4	63.6	235,382	1.74	150,391	132,068
10	42.7	57.3	235,382	1.74	150,717	139,619
16	42.9	57.1	227,801	1.79	147,003	126,865
50	45.0	55.0	224,036	1.82	133,971	132,590
04	38.8	61.2	22,289	1.84	141,780	132,614
12	44.3	55.7	221,379	1.85	146,398	124,983
42	56.0	44.0	211,416	1.93	130,377	123,906
36	44.2	55.8	210,965	1.94	128,454	124,713
45	34.6	65.4	199,177	2.05	127,221	118,446
08	47.0	53.0	194,426	2.10	120,215	103,365
46	38.8	61.2	190,425	2.15	113,206	107,423
11	43.6	56.4	185,029	2.21	114,801	107,676
22	44.9	55.1	184,334	2.22	119,893	166,199
01	42.6	57.4	184,043	2.22	116,667	97,174
32	37.6	62.4	175,942	2.32	112,276	113,625
33	42.4	57.6	175,283	2.33	111,855	111,566
37	36.5	63.5	168,555	2.42	102,358	93,524
54	57.0	43.0	164,035	2.49	102,255	89,774
53	40.5	59.5	161,741	2.53	100,826	93,846
57	51.8	48.2	160,946	2.54	98,953	90,104
39	54.2	45.8	156,849	2,61	94,299	92,210
34	46.2	53.8	155,561	2.63	98,574	95,444
03	40.1	59.9	153,656	2,66	92,366	96,370
02	47.1	52.9	151,319	2,70	94,704	84,721
60	42.4	57.6	150,277	2,72	99,808	90,031

Distrito	Si	No	Población 30/06/88	Valor del Voto	Mayores de 18	Inscritos
07	48.1	51.1	148,162	2.76	93,857	87,996
55	43.3	56.7	143,792	2.84	89,842	85,599
48	56.3	43.7	141,182	2.89	82,342	79,358
40	64.4	35.6	140,948	2.90	85,100	83,602
56	54.4	45.6	139,945	2.92	86,660	74,053
49	60.1	39.9	139,534	2.93	82,501	75,200
38	48.1	51.9	138,782	2.94	84,276	76,402
58	55.7	44.3	138,239	2.96	84,765	77,081
51	53.8	46.2	135,444	3.02	80,993	73,804
52	62.3	37.7	128,112	3.19	76,608	71,367
35	52.6	47.4	127,173	3.21	80,580	77,038
09	42.0	58.0	125,617	3.25	75,478	71,734
15	43.5	56.5	121,059	3.38	79,420	73,266
05	41.9	58.1	119,950	3.41	73,935	72,212
06	46.7	53.3	76,516	5.34	48,594	47,826
59	50.0	50.0	76,430	5.35	44,740	41,519

### ANEXO ESTADISTICO C

Cfr.: Diario "El Mercurio", Domingo 16 de abril de 1989, página D 4.

Distrito	PROYECTO 1		PROYECTO 2		PROYECTO 3	
	o/o SI	o/o No	o/o SI	o/o No	o/o SI	o/o No
1	42.64	57.36	42.64	57.36	42.59	57.41
2	47.12	52.88	47.12	52.88	47.11	52.89
3	40.07	59.93	40.05	59.93	40.07	59.93
4	38.80	61.20	38.80	61.20	38.77	61.23
5	42.55	57.45	43.84	56.16	41.94	58.06
6	46.71	53.29	46.96	53.04	46.71	53.29
7	47.66	52.34	44.87	55.13	48.10	51.90
8	46.05	53.95	42.35	57.65	47.01	52.99
9	44.87	55.13	43.72	56.28	42.01	57.99
10	43.42	56.58	45.85	54.15	42.66	57.34
11	43.44	56.56	43.85	56.15	43.62	56.38
12	44.41	55.59	49.76	60.24	44.34	55.66
13	39.76	60.24	42.45	57.55	39.47	60.53
14	43.81	56.19	45.85	54.15	43.85	56.15
15	41.62	58.38	37.29	62.71	43.50	56.50
16	49.37	50.63	36.87	63.13	42.93	57.07
17	42.77	57.23	34.63	65.37	35.95	64.05
18	37.19	62.81	40.26	59.74	34.90	65.10
19	35.67	64.33	59.98	40.02	39.36	60.64

Distrito	PROYECTO 1		PROYECTO 2		PROYECTO 3	
	o/o SI	o/o No	o/o SI	o/o No	o/o Si	o/o No
20	36.69	63.31	58.60	41.40	36.78	63.22
21	37.13	62.87	35.73	64.27	49.22	50.78
22	59.76	40.24	42.98	57.02	44.87	55.13
23	46.51	53.49	40.59	59.41	59.83	40.17
24	44.09	55.91	42.64	57.36	40.67	59.33
25	36.43	63.57	36.47	63.53	35.35	64.65
26	36.34	63.66	35.78	64.22	36.81	63.19
27	35.78	64.22	35.45	64.55	37.95	62.05
28	34.90	65.10	36.90	63.10	34.95	65.05
29	36.85	63.15	36.91	63.09	36.56	63.44
30	37.64	62.36	34.53	65.47	45.44	54.56
31	38.37	61.63	35.47	64.53	48.05	51.95
32	43.46	56.54	38.83	61.17	37.64	62.36
33	49.80	50.20	45.48	54.52	41.56	58.44
34	44.19	55.81	48.09	51.91	46.75	53.25
35	36.29	63.71	38.27	61.73	52.62	47.38
36	48.22	51.78	44.44	55.56	44.18	55.82
37	64.43	35.57	49.83	50.17	36.46	63.54
38	54.16	45.84	44.19	55.81	48.11	51.89
39	60.83	39.17	40.76	59.24	54.16	45.84
40	51.79	48.21	56.60	43.40	64.43	35.57
41	36.24	63.76	55.80	44.20	53.32	46.68
42	34.84	65.16	59.17	40.83	56.01	43.99
43	37.13	62.87	48.55	51.49	36.38	63.62
44	41.59	58.41	54.41	45.59	36.24	63.76
45	58.42	41.58	59.69	40.31	34.62	65.38
46	57.65	42.35	36.38	63.62	38.80	61.20
47	58.97	42.03	36.24	63.76	57.14	42.86
48	44.99	55.01	32.35	67.65	56.30	43.70
49	55.14	44.86	45.36	54.64	60.12	39.88
50	60.76	39.24	58.25	41.75	45.02	54.98
51	40.47	59.53	44.99	55.01	53.82	46.18
52	57.07	42.93	55.58	44.42	62.34	37.66
53	46.14	53.85	60.16	39.84	40.47	59.53
54	57.40	42.50	40.47	59.53	57.04	42.96
55	50.96	49.04	57.07	42.93	43.26	56.74
56	53.83	46.17	46.14	53.80	54.33	45.67
57	47.77	52.23	52.83	47.17	51.82	48.18
58	53.08	46.92	55.71	44.29	55.71	44.29
59	40.52	59.48	50.00	50.00	49.49	50.01
60	47.52	52.48	42.36	57.64	42.36	57.64

#### Mirando hacia diciembre

Una proyección de los resultados del plebiscito muestra la variación porcentual del "Si" y el "No" de acuerdo a la composición de los 60 distritos en los tres proyectos de Mapa Electoral que propuso el Ejecutivo Del último Número 3) y definitivo se podría deducir que de repetirse los resultados del 5 de octubre la composición de la Cámara de Diputados quedará mitad y mitad para la oposición y las fuerzas afines al gobierno. Esto porque en ningún distrito el "si" obtiene menos del 34% necesario para asegurar un Diputado. Los distritos del 16 al 31 corresponden a la Región Metropolitana.

## NOTAS

(1) Véase mi ponencia: "Vigencia y Aplicación en Chile de los tratados no publicados" en el Seminario "Recepción de los Derechos del Hombre en la Legislación interna de Chile", organizado por el Colegio de Abogados, en el Instituto de Estudios Judiciales y la Universidad Diego Portales (17 al 24 de Noviembre y 1º de Diciembre de 1988).

La invocación hecha por el Presidente de la República del D.L. 247 se contradice con la jurisprudencia diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores. En efecto, por oficio 17.649 de fecha 1º de Septiembre de 1986 el viceministro, general Sergio Covarrubias Sanhueza, informaba a la Corte de Apelaciones de Santiago que el D.L. 247 fue orgánicamente derogado por la Constitución de 1980.

Véase Decreto Supremo Nº778 de 30 de Noviembre de 1976, que sólo vino a ser publicado en el Diario Oficial del Sábado 27 de Abril de 1989.

(2) Comisión Chilena de Derechos Humanos: Tres Estudios sobre los Derechos Humanos a la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia y la libertad de religión y el artículo octavo de la Constitución Política de 1980 (Jaime Castillo Velasco y Andrés Domínguez Vial), Santiago, Octubre de 1987.

(3) No es tan clara la jurisprudencia del asunto de los barcos daneses, ya que se trata de la aplicación de principios generales de derecho internacional y no directamente de un tratado internacional y se trata no de un fallo, sino de un *obiter dictum* en un fallo: "que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas —es decir que contemplara el caso de requisición de barcos extranjeros— los principios de Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos como se verá oportunamente" (J. Lauritzen y otros con Fisco (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LII, 2ª parte, sección 1ª, página 473)

(4) Sobre estos temas: Fernando Albónico Valenzuela: "El Derecho Internacional y el derecho interno" en *La Epoca*, Miércoles 20 de Julio de 1988; Jorge Precht Pizarro: "Los tratados internacionales como fuente del Derecho Administrativo" en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* volumen VII, año 1967, Nº7 Universidad de Chile.

(5) Recientemente se ha propuesto agregar al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución el siguiente texto que será sometido al plebiscito el 30 de Julio de 1989: "En el artículo 5º, agrégase la siguiente oración

final a su inciso segundo: "Es deber de los órganos del Estado respetar tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Por lo tanto a partir de su aprobación este nuevo texto impedirá a futuro alegar respecto de "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" contenido en las convenciones internacionales, la primacía de la Constitución.

A nuestro juicio, los derechos y oportunidades contenidos en el artículo 25 del Pacto son derechos esenciales y se encuentran tanto en el texto de la Constitución chilena como en tratados internacionales. La convocatoria a plebiscito ha sido hecha en el Diario Oficial de Viernes 16 de Junio de 1989, mediante Decreto Supremo Nº939.

Como el artículo 5º se encuentra dentro del Capítulo I de la Constitución: "Base de la Institucionalidad" sólo podrá ser modificado por los 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio (nuevo artículo 117 inciso cuarto y quinto).

Véase Constitución de la República Federal de Alemania de 23 de Mayo de 1949, especialmente art. 25 y art. 100; del Reino de los Países Bajos Art. 60; 61; 63; 64; 65; 66; 67 (texto revisado de la Constitución de 30 de Noviembre de 1887); de Austria (1 Octubre 1920 revisado) 9; 9a.; 19; 15a; 16; de Grecia (9 de Junio 1975 Art. 2; 28; De la República Portuguesa, de 2 de Abril de 1976: Art. 277; art. 280; Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978; arts. 95 y 96.

(6) Véase Hugo Llanos M.; *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, tomo I, páginas 440 y 441.

— Ernesto Barros Jarpa: *Manual de Derecho Internacional Público*, página 17.

— Informe Asesoría Jurídica del Ministerio de RR.EE. 7 de Febrero 1963.

— Reserva de Chile al Código Bustamente.

— Oficio Nº10.087 de 13 de Octubre de 1938, Ministerio de Relaciones Exteriores al Director General de Investigaciones, Identificación y Pasaportes.

— Nota 11.667 el 21 de Diciembre de 1939 a la Embajada de España.

El artículo 55 de la Constitución francesa de 1958 dice: "Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán desde el momento de su

publicación, una autoridad superior a la de las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte".

(7) El nuevo propuesto artículo 5º de la Constitución soluciona parcialmente el problema de colisión de una ley posterior con el tratado anterior. Como ya lo hemos indicado *supra* nota 5, de aprobarse esta modificación constitucional —pero sólo respecto de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana contenidos en el tratado anterior— la ley posterior no podrá derogarlos ni expresa ni tácitamente.

(8) Sobre el Pacto y el ordenamiento y práctica chilenos, véase: John A. Detzner: "Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos, "Comisión Chilena de Derechos Humanos, Junio de 1988 y "La Jurisprudencia Chilena sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" en el N°7 de la Revista Chilena de Derechos Humanos N°7, diciembre de 1987.

(9) Esta actitud del Tribunal Constitucional choca abiertamente con la exégesis anterior del propio Tribunal. Así, sanas reglas de hermenéutica fueron aplicadas para interpretar la frase "incurran o hayan incurrido" (artículo 80) y sus homólogas "atenten o hayan atentado" (artículo 82 N°8) al negar en el caso *Almeyda efecto retroactivo al artículo octavo más atrás del 22 de Marzo de 1981, fecha de entrada en vigencia de la Constitución.*

En efecto, esta sentencia en su considerando 20 hace expresa mención de principios jurídicos que se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental y cita expresamente artículos 1º y 4º, diciendo: "Que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismo, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución (considerando 21 del Fallo del Tribunal Constitucional de 21 de Diciembre de 1987) y con la interpretación que el propio Tribunal diera del artículo 18 Constitucional ("establecer la organización y funcionamiento del sistema electoral público y regular la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución) en su mandato al legislador de Ley Orgánica Constitucional en el fallo de 5 de Abril de 1988 en que sostiene que debe dar a las normas constitucionales una "interpretación razonable y no mecánica".

De aplicarse esas mismas reglas, el Tribunal debió interpretar el Art. 43 en concordancia con el artículo 1º, art. 4º y art. 18º y examinar si el ejercicio de la facultad legislativa se estaba haciendo o no se estaba haciendo de acuerdo con lo preceptuado por el Constituyente en los arts. 1º, 4º, 15º y 18º y sometido a lo dispuesto en el artículo 6º ("sometimiento de todo órgano público a la Constitución y las leyes").

Al no hacerlo dejó (en el caso de la Ley de Distritos Electorales y determinación de los elegidos en las

elecciones de diputados y senadores) a los principios constitucionales invocados como preceptos meramente declarativos frente a la voluntad omnimoda del legislador.

(10) Así, por ejemplo, don Jaime Guzmán, en la Sesión 243 de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios sobre la Constitución de 1980, señala: Tengo plena confianza en el pueblo, pero creo que el pueblo está formado por hombres que están expuestos y son víctimas del pecado original y que, por lo tanto, también tienen tendencia al mal y en consecuencia, suponer que el enfrentamiento de todas las doctrinas y de todas las corrientes y que de la difusión de todas las ideas del hombre simplemente escogerá las mejores, es desconocer la historia, es olvidar que uno de los primeros plebiscitos conocidos que se registraron en la historia es el del pueblo judío que, entre Cristo y Barrabás, eligió a Barrabás, agitado por demagogos o por intereses de pequeños grupos de la época, como ha ocurrido muchas veces, lo que tampoco ha cambiado cualitativamente, sino sólo en sus expresiones prácticas".

Idénticamente puede recordarse que el voto de minoría de don Pedro Ibáñez Ojeda y de don Carlos Francisco Cáceres expresaba: "14. Quienes concibieron el sistema político basado en autoridades generadas por sufragio universal, incurrieron en errores hoy evidentes. Pero ellos no pudieron imaginar, ni en forma remota, la ilimitada y desquiciadora amplitud que adquiriría dicho sistema con el correr del tiempo. El restablecimiento del sufragio universal como forma de generar prácticamente la totalidad del poder público, restablecerá a su vez necesaria y automáticamente, todos los vicios que otros artículos del nuevo proyecto de Constitución han tratado cuidadosamente de evitar. La raíz de tales vicios reside en que todas las decisiones públicas, por complejas o vitales que sean, quedan, en definitiva a merced de lo que resuelven masivas mayorías y es absolutamente irreal pretender que una mayoría, por el sólo hecho de serlo, sea también depositaria de la verdad, la sabiduría, la prudencia, el coraje y otras virtudes requeridas en la adopción de decisiones que competen al estado y al gobierno.. Basta la expectativa de la generación del poder mediante la restauración del sufragio popular, aunque sea al término de cinco años, para que se movilicen los mecanismos partidistas con la misma agilidad con que las actividades económicas se descuentan en el día los vencimientos a plazo.. Por su parte, esas mayorías, tampoco tienen especial deseo de ejercer el "derecho a sufragio". Para ellas está claro que el depositario de ese derecho no será el pueblo sino los partidos políticos y, específicamente, las oligarquías que los administran".

Don Carlos Cáceres es el actual Ministro del Interior del Régimen del General Pinochet.

(11) La propia argumentación de la sentencia redactada por don Enrique Ortúzar, ha tenido efímera vida. El Ejecutivo chileno envió a la Junta Legislativa un

proyecto de Reforma Constitucional en cuyo artículo transitorio trigésimo, se lee: "Mientras la ley orgánica constitucional no determine las seis regiones que se dividirán en dos circunscripciones senatoriales, se establece que se dividirán las siguientes: regiones de Valparaíso, Metropolitana de Santiago, del Maule, del Bío-Bío, de La Araucanía y de Los Lagos".

Este proyecto de reforma constitucional agrega al criterio de regionalización y de desconcentración del poder invocados por el tribunal, el criterio demográfico, esencial al requisito de voto igualitario:

En efecto, esas regiones tienen altas densidades de población (Más de 400.000 habitantes) (al 2 de Junio de 1989). La reforma Constitucional será plebiscitada el 30 de Julio de 1989.

De seguir la lógica del fallo y a contrario sensu debería el legislador al fijar los distritos seguir similar criterio: esto es otorgar mayor número de diputados a los distritos de mayor población, ya que las regiones con mayor población tendrán 4 y no 2 senadores cada una.

Incluso se anticipa que la división de esas regiones se hará atendiendo a la contiguidad geográfica y a la población, pero sólo para efectos de las circunscripciones senatoriales, lo que deja los distritos para diputados intocados.

(12) La reforma constitucional que se plebiscitará en Chile el 30 de Julio de 1989 prevee una disminución del peso relativo de los senadores designados, por la vía de aumentar los senadores libremente elegidos. Dice, el texto actualmente vigente de la Constitución de Chile que: "El Senado se integrará con miembros elegidos en votación directa por cada una de las trece regiones del país. A cada región corresponderá elegir dos senadores, en la forma que determine la ley orgánica Constitucional respectiva"

(artículo 45). Ello da un total de 26 senadores elegidos por 9 ó 10 senadores designados. Pero, la convocatoria a plebiscito en el Diario Oficial del Viernes 16 de Junio de 1989, reemplaza el inciso primero del artículo 45 por el siguiente: "El Senado se compone de miembros elegidos en votación por circunscripciones senatoriales, en consideración a las trece regiones del país. Cada región constituirá una circunscripción, excepto seis de ellas que serán divididas, cada una, en dos circunscripciones por la ley orgánica constitucional respectiva. A cada circunscripción corresponde elegir dos senadores."

(13) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica de 21 de Agosto de 1985, dictada en el recurso de protección deducido por Humberto Palza Carvacho, en contra de autoridades del Ministerio de Obras Públicas de Chile por utilización de las aguas del lago Chungará.

(14) Agradezco al profesor Humberto Nogueira de la Universidad Central sus valiosos aportes iniciales de jurisprudencia comparada, que permitieron la profundización de las páginas que siguen.

(15) Véase desde el punto de vista sociológico: Javier Martínez: "Leyes Electorales: Sin prudencia ni equidad" en *Revista Mensaje* N°379, Junio de 1989, páginas 205 a 207.

(16) Loïc Philip: "Le Conseil Constitutionnel en 1986" en *Revue de Droit Public* 1-1987 (janvier-fevrier 1987), páginas 208-209.

(17) Caben adicionalmente al fallo chileno las siguientes observaciones:

(a) Transforma en su fallo a "meros peticionarios" actuando en ejercicio del artículo 19 N°14 en "abogados recurrentes". Sabido es que salvo el caso del artículo octavo de la Constitución (artículo 82 N°7 y 8) y de las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecen en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones (artículo 82 N°10) en que existe acción pública, no hay recurso para un particular ante el Tribunal Constitucional.

(b) Resulta insólito, por decir lo menos, que se exija a un simple peticionario que al expresar su opinión acerca de la violación de una norma constitucional se le reproche "el no haber podido precisar una confirmación de los distritos electores y del sistema electoral que, de acuerdo a su criterio, se ajuste a la Carta Fundamental" Ello equivale a pedir al que ocurre al Tribunal aportar una legislación o una sentencia de reemplazo, lo que contradice abiertamente el artículo 19 N°14 que sólo exige: "sin otra limitación que de proceder en términos respetuosos y convenientes".

(c) Es cierto que debe el Tribunal Constitucional evitar convertirse en co-legislador. Pero ello no puede hacer olvidar cuál es la naturaleza jurídica de la función que le entrega a estos órganos públicos sea en el artículo 61 de la Constitución Francesa de 1958 ("Las leyes orgánicas antes de su promulgación y los reglamentos de las Asambleas Parlamentarias, antes de ser puestos en vigor, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre la conformidad de unas y otros en la Constitución) Sea en el Art. 82 N°1 de la Constitución chilena "Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución".

No estamos aquí frente a una función jurisdiccional stricto sensu, por cuanto como lo dice Kelsen a quien acostumbra citar el Excmo. Tribunal -y lo recuerda García de Enterría: "El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes se configura como una función constitucional que no sería propiamente judicial, sino, en los explícitos términos de Kelsen de "legislación negativa".

En concreto, el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular, sino solo el problema puramente abstracto de computabilidad lógica (abstracta) de la Constitución. Por eso sostiene Kelsen que no hay en ese juicio puramente lógico una verdadera aplicación de la ley a un caso concreto y,

por tanto, no se estaría en presencia de una actividad judicial que supone una decisión judicial... Para Kelsen el poder legislativo se ha dividido en dos órganos: uno, el Parlamento, titular de la iniciativa política, que es el "legislador positivo"; otro, el Tribunal Constitucional, que elimina para mantener la coherencia del sistema, las leyes que no respetan el marco constitucional". (La Constitución como norma jurídica en García de Enterría, Eduardo: "Curso de Derecho Administrativo, T.I. pp. 92, 93, Civitas, Madrid, 1980.

(18) Escrito de "Téngase Presente" de Académicos de Derecho Público, pág. 15, citado.

(19) Así, artículo 20 de la Declaración Americana de Derecho y Deberes (Bogotá, 1948) y Convención de San José (22 de noviembre de 1969). Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, adoptada en Nairobi, el 28 de junio de 1981 y en el Art. XI de la Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre del 12 de septiembre de 1981.

(20) Raymond Goy: "Le Droit a des libres élections législatives", en Revue de Droit Public, septembreoctubre 1986, p. 1275 a 1326.

(21) En este sentido el fallo del Tribunal Constitucional Chileno, muestra también su debilidad. Mientras se enfatiza que el actual Art. 43 de la Constitución reformó el Art. 37 de la Constitución de 1925 y señala que hoy la determinación es entregada a la libre decisión del legislador, resalta que en 1925 operaba una regla demográfica ("la Cámara de Diputados se compone de miembros elegidos por los Departamentos o por agrupaciones de Departamentos colindantes, dentro de cada Provincia, que establezca la Ley, en votación directa y en la forma que determine la Ley de elecciones. Se elegirá un diputado por cada 30.000 habitantes y por una fracción que no baje de 15.000"), no para en mientes el Tribunal Constitucional que el actual Art. 15 introdujo especialmente el concepto de voto igualitario, reformando el Art. 7º, inc. 3º de la Constitución de 1925 que sólo decía "en las votaciones populares el sufragio será siempre secreto" y no agregaba otras calidades al sufragio.

(22) Es este examen el que realiza el Consejo Constitucional francés en su Decisión Nº 87-227 DC del 7 de julio de 1987, Journal Officiel, 8 juillet 1987, p. 7456. Allí dicho Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la ley modificatoria de la organización administrativa y el régimen electoral de la ciudad de Marsella (a requerimientos de los diputados, publicado J.O. p. 7547) y afirma la no contrariedad de la ley con la Constitución, porque "las diferencias de representación entre los sectores según la importancia respectiva de su población, tal como ellas se desprenden del último censo no son inmanifiestamente injustificables ni desproporcionadas de manera excesiva".

(23) Rolando Franco: Los sistemas electorales y su impacto político. Cuadernos del Centro Interamericano de Asesoría y Promoción. Instituto Interamericano de Derechos Humanos Nº 20, página 26. La historia

nos muestra variados ejemplos de manipulaciones distritales. Citemos dos, de signo ideológico contrario: "El perjuicio sufrido por la Social Democracia alemana en las elecciones imperiales resultaba de la delimitación de las jurisdicciones electorales, que no se ajustaba al cambio demográfico, de manera que las áreas urbanas, donde la Socialdemocracia tenía mayor fuerza, la proporción poblacional por banca era mucho mayor que en las áreas rurales (de tendencia conservadora). En consecuencia, la socialdemocracia luchó por la representación proporcional, la cual fue introducida en la República de Weimar de tal modo que la delimitación de las jurisdicciones electorales dejó de tener importancia para la asignación de bancas, pues los partidos obtenían una banca por cada 60.000 votos" (Véase Dieter Nohlen: Elecciones y Sistemas Electorales, Friedrich - Ebert - Stiftung, Bonn, 1984, pág. 60) ... Lo propio hizo Lenin en la Unión Soviética: "... No podía hablarse de igualdad de derechos; o de un hombre un voto. De hecho, la votación para el Congreso Panruso de los Soviets incluía una manipulación fundamental de los distritos, pues los Soviets urbanos elegían un delegado por cada 25.000 habitantes, y en cambio los rurales (dónde los bolcheviques eran más débiles) tenía un representante cada 125.000 habitantes" (Paul Johnson, Tiempos Modernos, Javier Vergara, editor, ed. en español 1988, pág. 88). "Por Gerrymandering se entiende la delimitación de las jurisdicciones electorales con arreglo a consideraciones político-partidistas... El nombre de esta técnica de manipulación se remonta a mister Gerry, quien se "creó" una jurisdicción con triunfo garantizado y forma geométrica de Salamandra en la ciudad de Boston ("Gerry-Mandra") Dieter Nohle: o. cit., página 63.

(24) Recordemos que el Parlamento de Islandia, el Althing, es elegido por 4 años, salvo disolución y está compuesto de 60 miembros elegidos por sufragio universal directo (40 en la Cámara Baja y 20 en la Cámara Alta) en representación proporcional de listas: 49 representantes designados y por las 12 circunscripciones y 11 repartidos a nivel nacional entre las formaciones políticas, con lo que el sistema de corrección es altamente significativo.

El Parlamento Islandés, que se remonta al año 930 es el más antiguo del mundo. Véase Jacques Cadart: "L'Islande: Le système électoral islandais et les élections islandaises du 25 juin 1978 et des 2 et 3 décembre 1979 - 1979" en Cadart et autres: Les modes de scrutin des dix-huit pays libres de l'Europe Occidentale, PUF, 1<sup>er</sup> édition, 1<sup>er</sup> trimestre, 1983.

(25) Presentación del Partido Humanista al Tribunal Constitucional de Chile, ingresada el 28 de Abril de 1989, pág. 6 y siguientes.

(26) Humberto Nogueira: "Representatividad del Congreso" en el Seminario Congreso en Democracia, organizado por Revista Hoy Nº621, semana del 12 al 18 de Junio de 1989, página 13.

(27) Con toda razón Javier Martínez observa: "Un legislador prudente debió haberse preguntado qué ocurriría si, en este país de tres tercios, la derecha tuviera el tercio menor en una elección del Congreso (hoy o más adelante). ¿Se avendría la derecha a quedar enteramente marginada del proceso legislativo, o volvería a orientarse hacia la conspiración y el golpe militar? ¿Qué ocurriría en caso de ser marginado por entero del centro, quedando el Parlamento como campo de batalla de ambos extremos ideológicos? o ¿Cuánto tiempo podría resistir una institucionalidad en la que no participe la izquierda antes de que se fortaleciera en ella las tendencias foquistas e insurreccionales? (Art. citado, página 207).

(28) Req.: 3321, 3322, 3323 y 3344/67 Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos contra Grecia, decisión, 31 de Mayo de 1968, Rec. t. 26, p. 80 y siguientes, ad. pág. 90, 96, 101, 111, Ann. t. 11, p. 730. Informe de 5 de Noviembre de 1969 de la Comisión. Ann. t. 12, p. 1 - 510, ad 416, p. 180. Resolución Comité de Ministros Derechos Humanos (70), 15 de Abril 1970, Ann t. 12, p. 511.

(29) Véase en especial, Req. 7140/75 X...C. Reino Unido, decisión 6 de Octubre de 1976, D.R. t.7.p. 95.

(30) Es claro que los trabajos preparatorios pueden servir de base para interpretar un tratado. Primero, para confirmar la interpretación ya hecha de un tratado y en dos casos excepcionales como medio subsidiario: (a) Cuando aplicados los otros métodos, resulte una interpretación ambigua u oscura (b). Cuando la interpretación hecha en virtud del tenor literal lleve conclusiones absurdas e irrazonables.

(31) Req.9267/81 Mathieu-Mohin, Clerfayt c. Belgique rapport 15 Mars 1985, 91-108. El caso era el de habitantes francófonos de Hal-Vilvorde que, siendo numerosos, no podían designar representante a la Asamblea Regional, por cuanto enclavados en Región Flamenca y debiendo votar en un mismo acto por el Parlamento y la Asamblea, sólo podían hacerlo por un flamenco, ya que el juramento a la Asamblea debía hacerse en esa lengua. Ahora bien, si el electo prestaba juramento en francés manifestaba el "ser ajeno" al Consejo Flamenco y si prestaba juramento en flamenco no podía pertenecer al grupo de lengua francesa del Parlamento. La combinación de estos elementos -decidió la Comisión- "ejerce una presión sobre los electores francófonos" y crea "limitaciones incompatibles con el sistema representativo tal como está previsto en el Artículo 3".

Véase aquí como la Comisión aplica el artículo 3 no sólo al Parlamento como "cuerpo legislativo" sino igualmente a una Asamblea Regional, de acuerdo al sistema constitucional belga.

Pero en la decisión de la Comisión del 9 de Diciembre de 1987 en el asunto Etienne Tete contre France la Comisión no considera "cuerpo legislativo" al Parlamento Europeo. Véase Gerard Cohen Jonathan et Jean Paul Jacqué, Annuaire Francais de Droit

International XXXIII - 1987 - : Activité de la Commission Européenne des Droits de l'Homme, páginas 264-280, p. 266-267.

(32) Véase Comité de Derechos Humanos Caso Nº44/1979; 34/1978; 35/1978. Informe 1981: 5/1977. Informe 1971; 10/1977; Informe 1982, 28/1978, Informe 1981. Véase Jean D.Hommeaux: Le Comision Droits de l'Homme: 10 ans de jurisprudence, Ann. Francais Droit Int.: 1987, XXXIII, p. 445 y siguientes.

(33) Seminario Congreso en Democracia, citado, pág. 13.

(34) Véase desde el punto de vista de un jurista favorable al régimen chileno la proporción de una segunda vuelta parlamentaria como elemento para conservar el sistema mayoritario en tanto principio de representación y de decisión, con colegio múltiple uninominal. Carlos Cruz Coke O.: Proyecto de Sistema Electoral de Escrutinio Mayoritario Provincial a dos turnos "en Revista Chilena de Derecho vol. 6.: Febrero-Agosto 1979, páginas 186 a 191.

En el Informe del Consejo de Estado, recaído en la consulta formulada por S.E. el Presidente de la República acerca del anteproyecto sobre una nueva Constitución Política del Estado (acordado en sesión de 1º de julio de 1980) se establece un sistema mayoritario genuino y se evitaba la manipulación distrital: "El Senado tendrá una composición mixta: un cierto número será elegido por las Regiones, a razón de dos por región, salvo las regiones quinta y octava que elegirán tres cada una y la región metropolitana que eligirá seis". \*La Cámara de Diputados, por su parte, estará integrada por 120 miembros elegidos en votación directa por un número igual de distritos electorales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva, de manera que cada distrito elija un diputado. Será elegido el que obtenga mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos y, de no ocurrir así, se verificará una segunda vuelta en la que competirán las dos más altas mayorías".