

## ¿Qué derechos incluye la ciudadanía constitucional? (Tribunal Constitucional)

*Pablo Marshall Barberán\**

Santiago, veinticuatro de marzo de dos mil dieciséis.

(...)

### VII. NORMAS ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO, QUE EL TRIBUNAL DECLARARÁ CONFORME A LA CONSTITUCIÓN EN LOS ENTENDIDOS QUE SE INDICAN

(...)

#### 2. *Prohibición de afiliarse a un partido político*

DECIMOSÉPTIMO: Que el numeral 16, letra a), acápite ii) del artículo 1° del proyecto de ley, que modifica el artículo 18 de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, establece la prohibición de “afiliarse a partido político alguno” a un conjunto amplio de autoridades y funcionarios públicos. Entre ellos, a los “jueces, secretarios y ministros de fe de los tribunales de justicia; los ministros, relatores, secretarios y fiscales de los tribunales superiores de justicia (...)”;

Que esta prohibición es más intensa que las actuales reglas que establece el artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales que les impiden, *grosso modo*, “participar en los actos que las precedan” (a las elecciones populares) o “mezclarse en reuniones, manifestaciones u otros actos de carácter político o efectuar cualquier actividad de la misma índole dentro del Poder Judicial”. Por tanto, limitaciones relativas al derecho de reunión, al ejercicio activo de funciones electorales o al activismo político al interior de la organización. De esta manera, la prohibición establecida en este proyecto se constituye en una restricción adicional basada en fundamentos constitucionales legítimos como la independencia de la función judicial y la imparcialidad de la justicia;

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Glasgow. Profesor de derecho de la Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: pmarshall@uach.cl.

DECIMOCTAVO: Que el artículo 161 de la Ley Orgánica Constitucional que rige a esta Magistratura establece como norma supletoria a su organización “las disposiciones relativas al régimen de empleados del Poder Judicial”. Por tanto, las prohibiciones establecidas en este proyecto de ley son extensivas a los Ministros del Tribunal Constitucional;

DECIMONOVENO: Que pese a la prohibición dirigida a “los funcionarios del Tribunal” relativa a “intervenir en toda clase de actividades de índole política, con la sola excepción de la de ejercitar el derecho a sufragio” (artículo 158 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), cabe interpretar más allá de toda duda que los Ministros del Tribunal Constitucional no pueden afiliarse a partido político alguno y así se declarará, máxime si se trata del ejercicio de un derecho político básico para todos los ciudadanos;

### 3. *Afiliación de un extranjero a un partido político*

VIGÉSIMO: Que, la letra a) del numeral 16 del artículo 1º del proyecto de ley, en su acápite i), modifica el artículo 18 de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos estableciendo una ampliación de quiénes pueden afiliarse a un partido político incorporando al “extranjero avecindado en Chile por más de cinco años”.

Esta ampliación del derecho de participar activamente en política a los extranjeros avecindados exige contrastar los requisitos a partir de los cuales es reconocido el mismo derecho a los nacionales. Siendo así, hay un principio de igualdad connatural en la norma propuesta referido al trato entre un chileno y un extranjero que consiste en que se equiparan en su condición de “ciudadanos”;

Bajo este tratamiento la norma aparece más favorable para la afiliación a un partido político de un extranjero avecindado que de un nacional, puesto que a este último se le exige ser “ciudadano con derecho a sufragio”, lo que implica haber cumplido dieciocho años de edad y no haber sido condenado a pena aflictiva;

Por tanto, el derecho del extranjero avecindado por cinco años en Chile debe entenderse habilitado a tal ejercicio cuando cumpla los mismos requisitos que el nacional, cuestión exigida por el artículo 14 de la Constitución al referir a una regla de igualdad por equiparación que obliga a que los extranjeros, además del avecindamiento, “cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13” de la Constitución;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en consecuencia, esta Magistratura entiende como constitucional el precepto aludido bajo el entendido que el extranjero avecindado por más de cinco años ha de cumplir, adicionalmente, las exigencias que el artículo 14 de la Constitución Política le ha reseñado a su estatus normativo y que han sido explicadas anteriormente.

### 4. *Actualización de los registros de afiliados de los partidos políticos. Inhabilitados para ejercer el derecho de sufragio*

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que el criterio interpretativo inicial es distinguir, dentro de los derechos políticos, el derecho de sufragio respecto de los demás derechos que la Constitución o las leyes confieran (artículo 13, inciso segundo, de la Constitución);

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en este sentido, el derecho de afiliarse a un partido político está expresamente reconocido en el artículo 19, numeral 15°, inciso quinto, de la Constitución;

Por su parte, la Constitución diferencia entre la suspensión de un derecho y la pérdida de la condición de ciudadano.

Así, la suspensión solo aplica respecto de uno solo de los derechos políticos: el derecho de sufragio por causales tasadas y expresas mientras que la pérdida de la condición de ciudadano trae por consecuencia la inhabilitación para ejercitar los derechos políticos atribuibles a esa condición, esto es, “los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran” (artículo 13, inciso segundo, de la Constitución), siendo uno de ellos el derecho a afiliarse a un partido político;

VIGÉSIMO CUARTO: Que cabe constatar que los hechos delictivos generan consecuencias distintas dependiendo de la etapa del proceso penal en la que se encuentre su investigación. Si una persona es “acusada” por delitos que merezcan, abstractamente, pena aflictiva, el efecto es la suspensión del derecho de sufragio. En cambio, si recibe una condena efectiva y concreta a una pena aflictiva (3 años y un día o más), el efecto es la pérdida de la calidad de ciudadano. Incluyendo el derecho a afiliarse en un partido político;

VIGESIMOQUINTO: Que la inhabilitación de derechos políticos es una privación de derechos de tal naturaleza que solo opera restrictivamente y por decisiones adoptadas por el constituyente, el legislador o por jueces penales en el marco del debido proceso. En tal sentido, no existen modalidades administrativas autónomas de privación de derechos políticos ni que se correspondan con una concretización de una decisión constituyente, legal o judicial.

Las modificaciones que se introducen al artículo 20 del proyecto de ley le otorgan potestades al Servicio Electoral para mantener actualizado el registro de afiliados y adherentes de cada partido político. Esta actualización debe abarcar, en ambos tipos de registros, a las personas “inhabilitadas para ejercer el derecho a sufragio”;

VIGÉSIMO SEXTO: Que la historia de la ley no arroja mayores antecedentes de la discusión de este artículo, salvo en la sesión del 16 de diciembre de 2015 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados. Allí consta una explicación del Ministro Secretario General de la Presidencia que explica que “no estaba seguro si la ley, por el hecho de inhabilitar para ejercer el derecho a sufragio, lo inhabilita para efectos de ser militante o ejercer voto al interior de un partido político. Si no es el caso, no veía problema, si los partidos (...)”.

Lo anterior, exige despejar tales dudas y obliga a esta Magistratura a interpretar que el precepto legal explicado es constitucional en el entendido que la actualización de los registros de adherentes y afiliados realizada por el Servicio Electoral solo puede y debe referirse a las hipótesis definidas por el artículo 17 de la Constitución y no vincularse

a las hipótesis del artículo 16 de la Constitución por limitar un derecho no concernido en la presente regulación.

(...)

Rol Nº 2980-16-CPR

## COMENTARIO

Los considerandos transcritos forman parte de la sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió sobre la constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que *fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos y facilita su modernización* (Boletín Nº 10154-07). El presente comentario se centrará en la comprensión que el Tribunal expresa respecto del estatus de ciudadano, el sufragio y la relación de estos con otros derechos establecidos por la Constitución y las leyes. La sentencia que se comenta, en su sección transcrita, realiza tres interpretaciones del proyecto de ley y su relación con la Constitución que son dignas de analizar.

### 2.1. *El derecho de los funcionarios judiciales a afiliarse a un partido político*

En primer lugar, el Tribunal examina la prohibición dirigida a los jueces y otros funcionarios judiciales para afiliarse a un partido político. Tal prohibición, sostiene la sentencia, es una innovación respecto de las actuales limitantes que afectan a los mencionados funcionarios para intervenir en política, reforzando la regulación del Código Orgánico de Tribunales y estableciendo con más intensidad tal interdicción. El Tribunal consideró ligeramente la mencionada prohibición de afiliación, simplemente afirmando que está “basada en fundamentos constitucionales legítimos como la independencia de la función judicial y la imparcialidad de la justicia”.

Es preocupante tal ligereza cuando de lo que se trata es de justificar la masiva afectación de un derecho fundamental garantizado constitucionalmente y en que reside, además, la construcción de la legitimidad democrática de nuestros representantes. Pensar que la mera mención de la independencia e imparcialidad como características necesarias para el ejercicio de la función judicial constituye una justificación constitucional suficiente debe ser objeto de reproche. Visto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, conforme al cual debemos juzgar la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales en términos de la legitimidad de la finalidad buscada y de la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida que se busca implementar en relación con dicha finalidad, el razonamiento del Tribunal se queda en la identificación de la finalidad legítima (independencia judicial), pero no desarrolla ningún análisis ni ofrece ninguna razón de cómo la prohibición de afiliación satisface la finalidad propuesta, de si existían medidas que propenden a la independencia judicial de igual manera siendo menos lesivas para el derecho fundamental en cuestión, o si la independencia que potencialmente será obtenida mediante esta medida es realmente importante y debe ser garantizada a costa de una severa restricción al derecho a asociación política.

Las deudas del Tribunal, en este asunto, son significativas cuando se compara su razonamiento para dar por justificado un derecho político esencial para la democracia, con el celo con que analiza la constitucionalidad de la afectación a derechos constitucionales de carácter patrimonial. Pareciera que el Tribunal no se tomara en serio su trabajo cuando justamente debe tomárselo más seriamente, esto es, cuando debe ser el guardián del proceso democrático para que este no se clauseure a sí mismo y no limite los derechos democráticos de los ciudadanos de forma arbitraria. Puede que la restricción del derecho de asociación de los funcionarios judiciales sea razonable, esté justificado y, en definitiva, sea constitucional, pero es necesario que la ciudadanía y, en particular, los sujetos afectados por tal restricción entiendan claramente cuáles son las razones que hay detrás de la misma.

## 2.2. *Derecho de los extranjeros a afiliarse a un partido político*

La segunda interpretación de la ley conforme a la Constitución que el Tribunal realiza consiste en afirmar que el proyecto de ley no puede establecer un régimen de afiliación a un partido político que sea más favorable para los extranjeros que para nacionales chilenos. Eso, sostiene el Tribunal, afectaría la regla de igualdad por equiparación establecida por el artículo 14 de la Constitución, que en lo pertinente sostiene: “los extranjeros avocados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señaladas en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho a sufragio...” (destacado añadido). Detrás de dicha regla, establecida para el caso de la extensión del derecho a sufragio a los extranjeros, se encontraría un razonamiento que equipara a chilenos y extranjeros en una condición más general de “ciudadanos” (c. 20). Así, cuando la ley establece un sistema de afiliación a un partido político para extranjeros, deben entenderse incluidos en este, aunque no sean señalados por la ley, y ese es el elemento central de la interpretación del Tribunal, los dos requisitos establecidos en el artículo 13 inciso 1° de la Constitución: haber cumplido los 18 años de edad y no haber sido condenado a una pena aflictiva. Esto se basa en que la reforma legislativa examinada no contempla estos requisitos y que resultaría arbitrario que los requisitos que la ley demanda a los ciudadanos chilenos para su afiliación a un partido político no sean asimismo demandados por el régimen de afiliación a un partido político de los extranjeros.

En principio, dicha extensión resulta razonable en la medida que la interpretación del Tribunal busca solucionar un elemento que parece haber pasado inadvertido durante el proceso legislativo, y que, de hecho, podría producir una diferencia arbitraria. Sin embargo, extender interpretativamente el requisito de no haber sido condenado a una pena aflictiva debe considerarse con cuidado porque existen al menos dos problemas que están vinculados a dicho supuesto y que el Tribunal no parece tener en cuenta. En este sentido, pese a que el Tribunal parece intentar solucionar de buena fe un problema creado por el legislador, el proceso de revisión constitucional crea un problema adicional.

Por un lado, y como un comentario general, el supuesto de la pérdida de los derechos políticos (o en este caso, la ciudadanía) por condena penal es profundamente

problemático desde los principios democráticos más elementales<sup>1</sup>. Es así como en varias jurisdicciones en el derecho comparado e internacional, dichas prácticas excluyentes han sido consideradas como contrarias a los derechos humanos y a los principios democráticos constitucionalmente reconocidos<sup>2</sup>. No es posible concluir, por tanto, que el legislador, por defecto y de forma silenciosa, haya incorporado una restricción al derecho de asociación a un partido político, un derecho de participación democrática que debería, por tal razón, recibir la misma consideración que el derecho a sufragio. Cuando los derechos fundamentales son limitados por el legislador democrático, este debe explicitar dicha limitación en el texto de la ley y no debe un órgano jurisdiccional realizar esta labor. Aún más, cuando dicha limitación es, como se ha señalado, profundamente problemática desde que implica una restricción adicional a las establecidas expresamente por la ley.

Hay, sin embargo, una segunda razón para rechazar la interpretación del Tribunal Constitucional en este supuesto. El caso con el que el Tribunal pretende equiparar la situación de los extranjeros, esto es el caso de los ciudadanos, tiene una regulación constitucional que es distinta y más favorable, y por tanto no permite tal analogía sin consecuencias sumamente perjudiciales para la categoría de los extranjeros. Para entender esta situación y el efecto que implicaría la equiparación propuesta por el Tribunal, es necesario precisar que los efectos que una condena a una pena aflictiva tiene en el ejercicio de los derechos que emanan de la ciudadanía son diferentes. Deben distinguirse tres hipótesis. En primer lugar, el artículo 13 de la Constitución establece que “[s]on ciudadanos los chilenos que [...] que no hayan sido condenados a pena aflictiva”. Una interpretación razonable de este artículo sostendría que aquellos extranjeros que adquieren la nacionalidad chilena de forma derivativa, que han cumplido los 18 años y que han sido condenados a una pena aflictiva con anterioridad no son ni pueden ser ciudadanos chilenos. El efecto que tiene la condena penal previa a la adquisición de la nacionalidad es una exclusión electoral permanente. En segundo lugar, está el caso de aquellos que, conforme al artículo 17 inciso 1º, pierden su calidad de ciudadano por condena a pena aflictiva. En su inciso 2º, el mismo artículo sostiene que quienes hubiesen perdido la ciudadanía por tal causal, “la recuperarán en conformidad a la ley, una vez extinguida su responsabilidad penal”. Así, conforme a esta disposición constitucional, los que se hallasen en posesión de su ciudadanía y la hayan perdido por haber sido condenados a una pena aflictiva podrán recuperarla, y con ella, la posibilidad de ejercer sus derechos electorales. En virtud de esta disposición, la pérdida de la ciudadanía tendría un carácter temporal y no constituiría necesariamente una exclusión permanente. Finalmente, la regulación constitucional del voto de los extranjeros del artículo 14 se limita a expresar los requisitos consignados en el artículo 13 inciso 1º y, por tanto, carece de una regulación constitucional que garantice, como lo hace el inciso 2º del artículo 13 para los nacionales, que los extranjeros podrán recuperar su derecho a sufragio una vez extinguida

<sup>1</sup> Véase, Marshall, P. (2011), “La ciudadanía en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Marshall, P. (editor), *Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico*. Santiago: LegalPublishing, pp. 273-85.

<sup>2</sup> Véase un análisis de algunos de estos casos en Marshall, P. (2016), “El derecho a sufragio de los privados de libertad en perspectiva comparada”, en *Breviarios de Libertades Pública* Nº 1.

su responsabilidad penal o bajo otra circunstancia, lo que los coloca en el mismo estado de exclusión electoral permanente en que se encuentran quienes adquirieron la nacionalidad chilena sin adquirir al mismo tiempo la ciudadanía.

La interpretación que hace el Tribunal, por tanto, al asimilar la situación del extranjero con la del ciudadano en cuanto al estatuto que ambos deben disfrutar en el ejercicio de su derecho a asociación a un partido político, por equiparación al estatuto del derecho a sufragio, establece un régimen abiertamente más desfavorable para el extranjero, quien no contaría con un mecanismo para recobrar tal derecho si lo llegara a perder por condena a pena aflictiva. El Tribunal no toma en cuenta que el régimen que afecta a los extranjeros es diferente que el que afecta a los nacionales y que, por tal razón, no puede imponer las mismas reglas por medio de un razonamiento fundado en el principio de igualdad.

Que los extranjeros puedan estar sujetos a suspensiones en su derecho de asociación a un partido político, es algo que debe decidirse expresamente y considerando las particularidades de su caso. En este supuesto, el Tribunal podría haber rechazado el articulado de la ley sobre la base del principio de igualdad, pero no puede realizar una interpretación conforme a la constitución que resulta en la adopción de un régimen más desfavorable en el ejercicio de derechos fundamentales por parte de ciertos sujetos que el originalmente establecido por la ley.

### 2.3. *Los derechos contenidos por el estatus de ciudadanía*

Finalmente, y quizás de manera más trascendental, el fallo del Tribunal Constitucional realiza una interpretación del estatus de ciudadanía, determinando cuáles son los derechos que están incluidos en dicho estatus. Esta interpretación es formulada por el Tribunal con el afán de responder la siguiente pregunta: ¿debemos entender que quienes ven suspendido su derecho a sufragio o pierden su ciudadanía también ven suspendido o perdido su derecho a afiliarse a un partido político?

La respuesta del Tribunal es clara: la suspensión del derecho a sufragio del artículo 16 de la Constitución no afecta colateralmente el derecho a afiliarse a un partido político, pero la pérdida de la ciudadanía del artículo 17 de la Constitución sí afecta este derecho. La explicación es simple: la pérdida de la ciudadanía acarrea la consiguiente pérdida de todos los derechos asociados a esa condición. Esto es indudable para el caso del derecho a sufragio o a optar a cargos de elección popular, ya que el artículo 13 de la Constitución señala que el estatus de ciudadanía es el estatus que los confiere. Sin embargo, el artículo 13 de la Constitución señala que la ciudadanía puede estar asociada a *otros derechos* conferidos por la misma Constitución o la ley. La interpretación de esta cláusula por parte del Tribunal dista de ser clara. Lo único que puede decirse sin dudas es que la interpretación del Tribunal Constitucional consiste en considerar que uno de esos otros derechos aludidos por el artículo 13 es el derecho a afiliarse a un partido político, y que cuando una persona pierde la ciudadanía, pierde también este derecho.

Las conclusiones del razonamiento del Tribunal son peligrosas y su falta de justificación, asombrosa. En primer lugar, el Tribunal no aporta ningún argumento para sostener

que el derecho a libre asociación política, del artículo 19 n° 15 de la Constitución, incluso en su particular aspecto de asociación a un partido político, es uno de los derechos comprendidos en el artículo 13 y que, por tanto, se pierde junto con la ciudadanía. En segundo lugar, el Tribunal no señala qué otros derechos constitucionales cabrían dentro de los derechos “de la ciudadanía”, pero su interpretación abre la puerta para que otros derechos fundamentales consagrados en el artículo 19, reconocidos a toda persona y no solo a los ciudadanos, puedan ver su titularidad severamente restringida por medio de esta interpretación. En tercer lugar, si se adoptara, como parece hacer el Tribunal, la idea de que los derechos de ciudadanía son los derechos de participación democrática, se podría incluir entre los derechos perdidos, por ejemplo, la libertad de reunión y el derecho a libertad de expresión y prensa, en una constelación de privaciones que en derecho comparado ha sido asimilada a la muerte cívica de una persona. El Tribunal tampoco aporta ningún criterio que permita limitar ese efecto expansivo de su interpretación.

Para terminar, hay una cuestión que resulta sumamente preocupante respecto de la técnica de eliminar derechos fundamentales democráticos de ciertas personas por medio de su imputación a la ciudadanía cuya regulación en la Constitución es extremadamente excluyente con aquellos que son objeto de la persecución penal. La propuesta interpretativa del Tribunal lleva a la conclusión de que la justificación de la limitación de ciertos derechos fundamentales de aquellos sujetos que han perdido la ciudadanía quede relevada de toda importancia, en la medida que la titularidad del derecho desaparece. El Estado que pretende limitar tal derecho no necesita demostrar que dicha limitación es proporcional y que obedece a un fin constitucionalmente legítimo. Como puede verse, la interpretación hecha por el Tribunal adhiere a una teoría constitucional punitiva y excluyente que construye la noción de igualdad política no sobre la base de la clásica dicotomía ciudadano/extranjero sino sobre aquella que distingue entre ciudadanos y delincuentes. Esto resulta obvio si se analiza la regulación constitucional y la interpretación constitucional que, por regla general, equipara a los extranjeros con los ciudadanos en lo que respecta a su participación en el proceso político, pero que los distingue claramente de aquellos que han cometido delitos graves, quienes pueden verse excluidos temporal o permanentemente de la ciudadanía política activa.