

LA POLÍTICA:
UN LÍMITE A LA COMPETENCIA
DEL PODER JUDICIAL.
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA
DE LA CORTE SUPREMA
MARELIC CON SERVEL Y OTRO,
DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2017

POLITICS:
A LIMIT TO THE COMPETENCE
OF JUDICIAL POWER.
A PURPOSE OF THE JUDGMENT
OF THE SUPREME COURT MARELIC
WITH SERVEL AND OTHER,
OF NOVEMBER 8, 2017

*Luis Alejandro Silva Irarrázaval**
*Gustavo Adolfo Díaz***

Resumen

La sentencia *Marelic con Servel y otros* supone una rareza en la jurisprudencia de la Corte Suprema, porque declara la incompetencia del Poder Judicial para resolver un conflicto, arguyendo que, por su naturaleza, corresponde sea solucionado por los poderes colegisladores. El propósito de este comentario es extraer las premisas que sustentan la decisión de la Corte Suprema y proyectar sus alcances. Particularmente, interesa destacar la existencia de problemas cuya naturaleza es sobre todo política y que, por lo tanto, corresponde que sean solventados por los órganos *ad hoc*, que son el Congreso y el Ejecutivo, no el Judicial.

Palabras claves: Separación de poderes, derecho de sufragio, política.

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de los Andes, Chile. Artículo recibido el 5 de noviembre de 2019 y aceptado para su publicación el 3 de marzo de 2020. Correo electrónico: lsilva@uandes.cl.

** Ayudante de Investigación. Egresado de derecho. Correo electrónico: gustavodiaz-saez@gmail.com.

Abstract

The case of *Marelic con Servel y otros* is quite unique within the caselaw of the Chilean Supreme Court, because it declares a certain matter (i.e. the right to vote of inmates) as beyond the purview of judicial power. Correspondingly, it hands the solution on the political branches. The purpose of this commentary is to develop the premises on which the case rests, and to envisage its scope. Particularly, we intend to underscore how there are problems which are political in nature, and consequently they should be handled by the political branches, namely Congress and the Executive Power, not the Judiciary.

Key words: Separation of powers, right to vote, politics.

Introducción

Abruptamente, la Corte Suprema cambió su criterio respecto del ejercicio del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad. El 8 de noviembre de 2017, después de una seguidilla de sentencias en que acogió sendos recursos de protección en contra del Servel y Gendarmería, ordenando que se tomaran las medidas necesarias para que pudieran votar allí donde se encontraban detenidos o presos, la Corte rechazó un nuevo recurso interpuesto por el INDH, cuando todo hacía presagiar que sería acogido¹.

Lo interesante de este vuelco jurisprudencial no es tanto su radicalidad como el fundamento de la nueva línea adoptada por el tribunal. Desafiando los términos del discurso a que los jueces nos tienen acostumbrados en el ámbito de los derechos humanos, la Corte Suprema fundó el rechazo del recurso en su incompetencia para resolver la materia, que por su naturaleza correspondería al poder legislador.

La sentencia honra el principio de separación de los poderes, pero lo hace sin recurrir a norma expresa alguna, sino a la naturaleza misma de la decisión que se le pide pronunciar. En este sentido, el caso ofrece una excelente oportunidad para profundizar en una de las razones que explican dicho principio, que es la correspondencia entre el tipo de decisión y el marco institucional de su adopción. En otras palabras, esta sentencia manifiesta la lógica implícita en la distribución de materias según las distintas funciones estatales (*i.e.* juzgar, gobernar, legislar).

¹ CORTE SUPREMA (2017), rol 41361-2017.

I. Descripción

La sentencia de protección Marelic con Servel y otro, rol 41361-2017, abrió un nuevo capítulo en la discusión que hace años se arrastra entre el INDH, por una parte, y el Servel y Gendarmería, por otra, en materia de derechos políticos de las personas privadas de libertad.

Esta sentencia se pronunció sobre la acusación del INDH contra el Servel y Gendarmería, de haber incurrido en actuaciones arbitrarias e ilegales al no permitir que los presos con derecho a voto sufragaran en las elecciones del año 2017. En concreto, el INDH las acusó de “falta de actualización de los registros de domicilios”, e

“inexistencia de coordinación pertinente [...] para constituir mesas al interior del recinto penitenciario o disponer las medidas de traslado necesarias hacia los centros de votación”².

Esto, según dijo, vulneraba el derecho de opinión, sufragio e igualdad ante la ley de los reclusos.

El Servel respondió que su actuar fue plenamente ajustado a derecho, ya que la ley no le permitía establecer circunscripciones electorales *ad hoc*, es decir, en relación con un determinado establecimiento o recinto. Acceder a lo solicitado implicaba extralimitarse en sus facultades, debido a que las normas que los rigen son de orden público y, por lo mismo, “de interpretación y aplicación estricta y restrictiva”³. Por último, agregó que lo pretendido ameritaba una “modificación legal”⁴.

Por su parte, Gendarmería también solicitó el rechazo de la acción por no existir ninguna ilegalidad en su actuar. Según explicó, el domicilio electoral posee un vínculo objetivo cuyos elementos (residencia y ánimo) no se modifican por el solo hecho de permanecer en un recinto penitenciario. Para tal cambio, se requeriría una declaración del propio interesado ante la autoridad competente. Luego, la institución no tiene obligación alguna de informar un cambio de domicilio, pues “por esa sola circunstancia [estar recluso] no se produce el cambio, al no existir los elementos que lo constituyen”⁵.

También alegó “una imposibilidad legal para constituir una mesa receptora de sufragio en el Complejo Penitenciario y proceder a resguardarlo”, porque dicha decisión, conforme a la Ley n.º 18700, es competencia

³ CORTE SUPREMA (2017), rol 41361-2017, considerando 2º.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Op. cit.*, considerando 3º.

de otras instituciones⁶. En conclusión, agregó estar impedida de autorizar una salida para fines de votación, puesto que estas son dispuestas únicamente por orden de tribunales o autoridad administrativa⁷.

¿Qué resolvió el máximo tribunal? Rechazó la acción interpuesta, declarando que el conflicto superaba los márgenes de la decisión jurisdiccional:

“[la satisfacción de] la pretensión hecha valer [en este juicio] hace indispensable la dictación de normas legales que son de iniciativa exclusiva de los órganos colegisladores”⁸.

En definitiva, declaró su falta de idoneidad para resolver el problema.

Esta sentencia produjo un quiebre en la jurisprudencia de la Corte. En años anteriores, había conocido de idénticas pretensiones, formulada por los mismos intervinientes. Sin embargo, en aquel entonces falló de una manera distinta: sostuvo que el actuar de las instituciones había sido ilegal y arbitrario y ordenó que estas realizaran lo necesario para que las personas privadas de libertad ejercieran su derecho a voto⁹.

II. Precedentes de la sentencia

La sentencia que es objeto de este estudio tiene entre sus precedentes los informes anuales de derechos humanos elaborados por el INDH en los años 2013¹⁰ y 2014¹¹. Los estudios, que versaban sobre las condiciones penitenciarias de los privados de libertad, sugerían al Estado adoptar medidas para permitir la participación política de estas personas.

Sin embargo, el problema solo se hizo patente durante las elecciones municipales del año 2016. En aquella oportunidad, distintas sedes regionales del INDH comenzaron a interponer acciones de protección, afirmando que ni el Serval ni Gendarmería habían hecho lo necesario para

⁶ CORTE SUPREMA (2017), rol 41361-2017, considerando 3°.

⁷ *Op. cit.*, considerando 4°.

⁸ *Ibid.*

⁹ Véase CORTE SUPREMA (2017), rol 87743-2016, 2 de febrero de 2017; CORTE SUPREMA (2017), rol 87748-2016, 2 de febrero de 2017; CORTE SUPREMA (2017), rol 38742-2017, 26 de octubre de 2017; CORTE SUPREMA (2017), rol 39.698-2017, 26 de octubre de 2017; CORTE SUPREMA (2017), rol 39989-2017, 26 de octubre de 2017 y CORTE SUPREMA (2017), rol 39970-2017, 26 de octubre de 2017.

¹⁰ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual 2013*, pp. 111-115 y p. 268.

¹¹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual 2014*, p. 37.

que estas personas pudieran ejercer su derecho. Las acusaciones, desde un comienzo, fueron dos: falta de actualización de los registros de domicilio de los afectados y ausencia de coordinación interinstitucional para constituir mesas de sufragio al interior de los recintos o, bien, disponer salidas autorizadas para efectos de votación¹².

En los distintos juicios, las defensas de cada institución no siempre fueron idénticas, aunque sí compartieron un mismo fundamento. En el caso del Serval, a veces afirmó haber actuado conforme a derecho en virtud de cumplir con todas las obligaciones mandatadas por ley. En otras, en cambio, el argumento se remitió a las condiciones legales para establecer una circunscripción electoral.

Gendarmería, adujo no poder constituir mesas de sufragio en sus dependencias ni poder autorizar salidas con fines de votación por razones logísticas e impedimentos legales. En cambio, solo en ocasiones sostuvo no tener la obligación de informar un cambio de domicilio electoral, dada sus características y forma de determinación.

¿El fundamento común de las defensas? La afirmación de que lo solicitado excedía las facultades que la ley les confería.

La Corte Suprema acogió todos los recursos interpuestos durante el año 2016 y hasta noviembre del año 2017. Lo curioso es que en las sentencias no se dedicó palabra alguna a refutar lo sostenido por el Serval y Gendarmería. En cambio, el tribunal optó por recurrir a normativa nacional e internacional que, conjugadas, permitían concluir que el Estado tenía la obligación de disponer el ejercicio del derecho¹³. Sobre el punto concluyó que se debía privilegiar el derecho a sufragio de las personas “sin atender a restricciones materiales o reglamentarias para impedir o prohibir su ejercicio”¹⁴, aunque omitió toda referencia a las acciones concretas que las instituciones debían llevar a cabo para permitir el derecho a voto de los reclusos.

Lamentable, pero previsiblemente, ninguna de estas sentencias pudo cumplirse.

¹² CORTE SUPREMA (2017), rol 87743-2016, 2 de febrero de 2017 y CORTE SUPREMA (2017), rol 87748-2016, 2 de febrero de 2017.

¹³ Es el caso del art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 1° de la *Constitución Política de la República* y los artículos 2° y 5° del decreto supremo n.° 518.

¹⁴ CORTE SUPREMA (2017), rol 39698-2017, 26 de octubre de 2017, considerando 10°.

III. El problema

Existe un cambio evidente del criterio con que la Corte Suprema concibe su competencia respecto del ejercicio del derecho de sufragio de las personas privadas de libertad. Hasta la sentencia de 8 de noviembre de 2017, el tribunal entendió que el problema era eminentemente jurídico: una infracción ilegal que vulneraba la igualdad de trato que debe existir entre las personas con derecho a votar. Por lo tanto, era una materia propia del Poder Judicial. En la sentencia de noviembre de 2017, la aproximación al problema es distinta: aquí entiende que este excede la competencia del Poder Judicial y que toca al poder político (*i.e.* el legislador) resolverlo. ¿Por qué?

El considerando 4 de la sentencia responde:

“el conflicto planteado en autos excede con creces los márgenes, en general de una acción netamente jurisdiccional, lo que desde luego conducirá a desestimar la acción constitucional incoada, siendo de advertir que la pretensión hecha valer hace indispensable la dictación de normas legales que son de iniciativa exclusiva de los órganos colegisladores, todo ello sin perjuicio del derecho de los actores para instar ante la, o las autoridades competentes para que se provea de la regulación que, de acuerdo a lo expuesto, requieren”.

Esta justificación del cambio de criterio es problemática al menos en un punto: ¿qué explica la incompetencia de los tribunales de justicia para resolver este problema? En otras palabras, y parafraseando la sentencia: ¿qué elemento establece lo que puede esperarse, en general, de una acción en esencia, jurisdiccional? O también, ¿qué condición determina la necesidad de resolver un problema mediante la dictación de normas legales?

Esta consideración de la Corte Suprema es problemática porque contraría la tendencia del Poder Judicial –y, en particular, dentro del marco del recurso de protección– hacia la ampliación de su ámbito decisonal. En efecto, la trama tejida por una determinada concepción de los derechos fundamentales y su justiciabilidad, la eficacia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y el carácter supremo y normativo de la Constitución, han servido de sostén para el desarrollo de unos criterios cada vez más favorables a la intervención de los jueces en todo orden de materias.

Es realmente interesante descubrir las premisas que están operando en la base de esta decisión y que estarían sirviendo para contener este movimiento expansivo de la jurisdicción judicial. En primer lugar, por la nueva perspectiva que pueden ofrecer respecto de la justiciabilidad de los derechos fundamentales, la eficacia de los tratados sobre derechos

humanos y la aplicación judicial directa de la Constitución como norma suprema. En segundo lugar, por los alcances que podrían tener en el debate acerca del lugar de la justicia judicial en el concierto de las funciones estatales, desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales.

IV. El argumento

Se entiende que cuando la Corte Suprema declara la insuficiencia del recurso de protección y, en general, de cualquier acción “netamente jurisdiccional”, para resolver el conflicto suscitado por la imposibilidad práctica de que ciudadanos con derecho a voto ejerzan su derecho por estar privados de libertad, está reconociendo que enfrenta un problema de naturaleza política, que demanda una solución política (sección 5.3).

Este reconocimiento implica la afirmación de que existen, al menos, dos órdenes de problemas: unos para los que los tribunales de justicia son competentes –llamémoslos jurídicos– y otros para los que no, políticos (sección 5.1). Con ello, estaría admitiendo que existe una correspondencia entre la naturaleza del problema y el órgano llamado a ofrecer una solución. Los problemas jurídicos demandan una respuesta jurídica desde un órgano diseñado para dar ese tipo de respuestas, que para el caso son los tribunales de justicia. Por su parte, los problemas políticos demandan una respuesta política de parte de un órgano diseñado para ello. Para el caso se dirá que este es el Congreso Nacional (sección 5.2).

Esta distribución de competencias en razón de la naturaleza de los problemas/necesidades tiene una expresión institucional/constitucional que da cuerpo al principio de separación de los poderes/funciones. Aquí nos interesa el límite que de ello resulta para la actividad del Poder Judicial, y el efecto que tiene transgredirlo, que se ha conceptualizado como judicialización de la política (sección 5.4)¹⁵.

A la par, esta distribución de competencias significa que el Congreso tiene un ámbito que le es propio; un ámbito que comprende, por ejemplo, el problema de las personas con derecho a voto que no pueden ejercerlo porque se hallan privadas de libertad. La competencia del Congreso en esta materia y otras análogas remite a una idea antigua que esta sentencia redescubre, aunque no le ponga un nombre. se refiere a la *determinatio*, esto es, la concreción positiva que el legislador hace de exigencias de justicia natural (sección 5.5).

¹⁵ Para un panorama de la discusión y bibliografía véase Fernando CONTRERAS, “Judicialización de la política: algunas notas sobre el concepto y origen”.

IV. 1. LA EXISTENCIA DE UNOS PROBLEMAS DE NATURALEZA JURÍDICA Y OTROS DE NATURALEZA POLÍTICA

Si se tiene acuerdo en lo siguiente: que el problema de si un conductor que superó la velocidad máxima permitida en la ruta debe ser sancionado o no, es de naturaleza distinta al de establecer si la velocidad máxima permitida en la ruta debe ser de 100 km/hr o de 120 km/hr, entonces, vale la pena que se prosiga en el argumento siguiente. El primer tipo de problema en este ejemplo es calificable como jurídico y el segundo, como político.

La diferencia entre un tipo de problema y otro se puede caracterizar de la siguiente manera: el problema jurídico gira en torno a la aplicación de una regla para un caso particular, mientras que el político en torno a la creación/modificación de una regla para la generalidad de los casos. Esta diferencia se proyecta hacia las tareas auxiliares que acompañan a una y otra. En el caso del problema jurídico: esclarecer las circunstancias de hecho para reconocer la regla aplicable; lidiar con las dificultades hermenéuticas que ofrece la aplicación de la regla; determinar si hubo responsabilidad, y en qué grado; escoger y justificar la consecuencia asociada al hecho jurídico de entre las opciones posibles. En el caso del problema político, en cambio, se trata de identificar las circunstancias que justifican la creación/modificación de una regla (con todo lo que esto implica desde el punto de vista técnico y de la opinión pública); definir las palabras con que se expresará esa regla; acotar el alcance de la regla (geográfico, temporal y subjetivo)¹⁶.

La frontera que separa los problemas jurídicos de los políticos es porosa; la polémica sobre la naturaleza de un determinado problema puede extenderse indefinidamente, asistiéndole buenas razones a una y otra parte. Pero esto no impide defender la existencia de problemas de distinta naturaleza, como no impide distinguir el día de la noche la dificultad que se enfrenta para definir cuándo termina el día y empieza la noche (o al revés).

En el caso del ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad, se está, en realidad, frente a uno de esos casos difíciles. De hecho, la Corte Suprema entendió, en un primer momento, que se trataba de un problema político¹⁷; luego, cambió de opinión y defendió la naturaleza jurídica del problema. Al fin, en la sentencia Marelic con Servel

¹⁶ Cabría objetar que los jueces también crean reglas, puesto que están obligados a resolver los casos aun en ausencia de ley. Pero a esto habría que responder con el artículo 5 del *Código Civil*: la ausencia de reglas es una anomalía que obliga a los jueces a denunciar el caso al legislador para que subsane la omisión.

¹⁷ CORTE DE APELACIONES (2016), rol 1812-2016, informe.

y otro, volvió a su posición original, reconociendo la naturaleza política del problema.

IV. 2. LA CORRESPONDENCIA ENTRE EL DISEÑO DEL ÓRGANO Y LA NATURALEZA DEL PROBLEMA

Al remitir la solución del problema del voto de las personas privadas de libertad al Poder Legislativo, la sentencia Marelic con Servel y otro estaría admitiendo que existe una correspondencia entre el problema y el órgano competente para solucionarlo. Esta correspondencia, desde la perspectiva del órgano (o instrumento, que eso significa órgano) puede formularse en términos de función y diseño, en cuanto que para cumplir con una determinada función el instrumento requiere un diseño *ad hoc*.

Desde la perspectiva del problema que demanda una solución, la sentencia Marelic con Servel y otro estaría concediendo que su naturaleza orienta o determina de qué manera ha de resolverse, lo que, en definitiva, conduce a la pregunta, ¿quién debe resolverlo? En el caso específico de esta sentencia, la naturaleza del problema demanda que sea el legislador quien se haga cargo de él.

Esta correspondencia entre la naturaleza del problema y el órgano adecuado para resolverlo (función y diseño), explica la distribución de responsabilidades entre órganos distintos, según si la necesidad es juzgar, legislar o gobernar/administrar. La misma razón da cuenta de los límites que enmarcan los respectivos ámbitos de competencia. Así, el reclamo para que un tribunal de justicia se abstenga de legislar, puede motivarse en que es un órgano que no está diseñado para cumplir adecuadamente esa función, que es distinta a la de juzgar.

La naturaleza de los problemas que corresponde al legislador encarar es diferente de la que corresponde al juez. *Grosso modo*, el legislador trabaja con problema de naturaleza política mientras que el juez con problemas de naturaleza jurídica. En su sentencia Marelic con Servel y otro, la Corte Suprema está indicando que el problema del voto de las personas privadas de libertad es político.

IV. 3. LA NATURALEZA POLÍTICA DEL PROBLEMA DEL VOTO DE LOS PRESOS

En este apartado se intenta explicar por qué el ejercicio del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad es un problema político. Una primera respuesta –la más obvia– es que la solución pasa por modificar la legislación electoral vigente y, para ello, es preciso que se dicte una nueva.

Esto solo puede hacerlo, en principio, el Congreso Nacional, que es un órgano político; luego, la naturaleza del problema es política.

Sin embargo, esta primera respuesta es insuficiente desde distintos puntos de vista. Significaría, para muchos, condicionar la garantía de los derechos fundamentales a su desarrollo legislativo y, por lo mismo, desconocer la supremacía normativa de la Constitución y su aplicación directa, especialmente en el marco del recurso de protección. Por otra parte, son varios los precedentes en que la ley ha sido ignorada por el Poder Judicial con el fin de satisfacer a cabalidad su deber de protección de los derechos fundamentales. En suma, porque en casos que en la práctica son idénticos al de la sentencia *Marelic con Servel* y otro, la Corte Suprema desestimó el argumento acerca de la necesidad de una reforma legal para que los presos pudieran ejercer su derecho a voto.

¿Por qué, entonces, puede afirmarse que el problema es político? Una segunda respuesta nace del artículo 18 de la Constitución, al disponer que la organización y funcionamiento del sistema electoral es propio de una LOC. Al ser un órgano político, el Congreso, el único autorizado para dictar esta clase de leyes (las materias propias de LOC son indelegables, artículo 64 de la Constitución), no cabe más que concluir que se trata de un problema político. Cualidad que vendría reforzada por el quórum supramayoritario de las LOC¹⁸. En concreto, el artículo 18 de la Constitución estaría sancionando el carácter político del problema del voto de las personas privadas de libertad porque, en definitiva, este revelaría una falla en la organización y funcionamiento del sistema electoral, que solo puede ser enmendada por el Congreso.

Esta segunda respuesta es, a juicio de este estudio, también insatisfactoria, por su carácter exclusivamente formal. Contentarse con ella significaría admitir que, si el artículo 18 no hubiera existido o llegara a dejar de existir, el problema dejaría de ser político y la Corte Suprema sería competente para resolverlo al margen de cualquier intervención legislativa. Pero no se está en disposición de admitir esto, pues aquí se sostiene que el motivo es más profundo; de hecho, se rechaza este argumento por su contrario, es decir, la organización y funcionamiento del sistema electoral es materia de ley –de LOC, para ser más precisos– porque su naturaleza es política.

La tercera respuesta, entonces, sería que el problema es político porque la organización y funcionamiento del sistema electoral (y sus fallas) es una materia intrínsecamente política. Para fundamentar esta respuesta, se

¹⁸ Sergio VERDUGO, “Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales”.

examinarán los alcances que tiene para el sistema electoral la hipotética obligación del SERVEL de determinar un recinto penitenciario como local de votación y, en particular, la importancia del domicilio electoral para el conjunto del sistema.

En la sentencia Bahamondes con Servel y otro¹⁹, la Corte Suprema desestimó la defensa del Servel sobre la imposibilidad legal de satisfacer la demanda de los presos para votar, concluyendo que del artículo 52 inciso 3 de la Ley n.º 18700

“[el Servel] está facultado para determinar la instalación de locales de votación en un recinto penitenciario, toda vez que la norma no contiene una enumeración taxativa y excluyente de recintos” (considerando 5).

Con este argumento, la Corte Suprema estaría revelando una concepción tan sencilla de la organización del sistema electoral, que el problema del voto de las personas privadas de libertad se resolvería con sencillez, determinando que las cárceles funcionarían como locales de votación. Pero la realidad es bastante más compleja.

El ejercicio del derecho a sufragio está configurado por un entramado de cuatro elementos: mesas receptoras de sufragio, locales de votación, circunscripciones electorales y domicilio electoral. El artículo 11 inciso 1 de la Ley n.º 18556 dice:

“Todo elector con derecho a sufragio deberá estar inscrito en una mesa receptora de sufragios que pertenezca a la circunscripción electoral correspondiente a su domicilio electoral”.

El tejido que forman estos cuatro elementos responde tan directamente al diseño/organización del sistema electoral, que cualquiera de ellos que se modifique demanda una revisión completa del sistema, desde sus premisas estructurantes hasta los detalles operativos más prácticos.

La solución que la Corte Suprema creyó haber encontrado en el artículo 52 inciso 3 de la Ley n.º 18700 ignora, en realidad, la función que el domicilio electoral tiene en la correcta ejecución del proceso electoral. Así como el domicilio es un atributo de la personalidad –una condición que el derecho considera indispensable para el desenvolvimiento jurídico de un sujeto²⁰–, puede decirse que el domicilio electoral es una condición para el despliegue de los derechos políticos y, en efecto, del derecho a sufragio.

El domicilio electoral es un concepto legal específico (véase artículo 10 de la Ley n.º 18556), del que depende una serie de relaciones y efec-

¹⁹ CORTE SUPREMA (2017), rol 38.742-2017, 26 de octubre de 2017.

²⁰ Arturo ALESSANDRI *et al.*, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, p. 409.

tos jurídicos²¹. La inscripción en el Registro Electoral comprende, entre otros datos del elector, el domicilio electoral (artículo 8 Ley n.° 18556), exigencia que corre también para los chilenos que viven en el extranjero. La circunscripción electoral del votante queda determinada por su domicilio comisial. Y esta circunstancia es de importancia capital en un sistema electoral de representación organizado sobre la división territorial²².

El número de electores de cada circunscripción es un factor determinante del número de representantes en el Congreso. De allí que: “la distribución de las circunscripciones electorales es de importancia vital para las oportunidades electorales de los partidos políticos”²³. Esto permite vislumbrar el valor que el domicilio electoral tiene en la organización y funcionamiento del sistema electoral.

Las dificultades prácticas que deben superarse para que efectivamente las personas privadas de libertad puedan ejercer su derecho a sufragio no deben ser minusvaloradas. Pero más allá de todas ellas, pervive la cuestión del domicilio electoral como una limitación que se impone desde la base teórica del sistema electoral, que, a su vez, es funcional al régimen político²⁴. Esto es del todo visible en el caso de senadores y diputados y la estructura bicameral del Congreso: según sea la región donde tenga su domicilio electoral, los senadores por los que podrá votarse; según el distrito, los diputados. El mismo criterio definirá el número de representantes, que puede variar según la circunscripción.

Puede decirse que la legislación chilena considera el domicilio, al mismo tiempo, como una categoría social y de ejercicio de poder (o política)²⁵,

²¹ En un plano funcional, el domicilio condiciona la operación del sistema electoral, puesto que de él depende la configuración de los padrones electorales y, en algunos casos, las circunscripciones, según disponen los títulos II y IV de la Ley n.° 18556, respectivamente. Además, en el caso de elecciones parlamentarias, viabiliza la proporcionalidad de la representación y la igualdad del voto, según se lee en el *Mensaje* que dio origen a la Ley n.° 20840.

²² Esto es particularmente claro en el caso del sistema proporcional que rige las elecciones de diputados y senadores. Así, en la historia de la Ley n.° 20840 se lee: “El territorio nacional se divide en distritos plurinominales que eligen un número variable de diputados que se determina en atención al número de electores, propendiendo al mayor logro posible del principio de igualdad de voto...”. Y también uno de los objetivos del proyecto de ley que indica: “Se establece, finalmente, un mecanismo de actualización de la distribución de escaños que opere cada 12 años, en función de las variaciones en el número de electores de cada territorio”. CÁMARA DE DIPUTADOS, *Primer Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en Proyecto de Ley 9326-07*, pp. 8-9

²³ Dieter NOHLEN, *Sistemas electorales y partidos políticos*, p. 52.

²⁴ Mario FERNÁNDEZ, “Congreso Nacional y Sistema Electoral”, p. 23.

²⁵ Para una mejor comprensión de estas categorías véase Horacio CAPEL, “Las ciencias sociales y el estudio del territorio”.

en una relación de mutua dependencia entre ciudadano y territorio. Lo dicho significa que el sufragio comprometería su razón de ser si se ejerciera en un territorio con el cual el votante no tiene vínculo alguno.

En cuanto categoría social, el domicilio es concebido como la pertenencia de una persona a un lugar en virtud de elementos históricos, sociales, culturales y productivos. Es así, por ejemplo, que la autoridad, al presentar el proyecto de ley que creó la Región del Ñuble, fundó su propuesta en esta identidad territorialmente compartida, acotando que tal propósito contribuiría a alcanzar las metas políticas y administrativas del mismo²⁶. Similar argumento puede extraerse de la iniciativa que creó la Región de Los Ríos²⁷.

En cuanto categoría política, el domicilio se entiende como el vínculo que habilita a un individuo a participar en las instancias políticas del territorio donde, al menos, guarda algún vínculo objetivo, según reza la propia definición de la Ley n.º 18556. Esta concepción del domicilio fue de hecho cuestionada en el proyecto de ley que reguló el sufragio de chilenos en el extranjero y en las iniciativas que le precedieron²⁸. El legislador, al fin y al cabo no la modificó y, por ello, no admitió su voto en elecciones parlamentarias.

La base conceptual del domicilio es, a juicio de este trabajo, lo que determina su principal característica, esta es, que solo pueda modificarse a petición del propio interesado. Lo contrario (que Gendarmería o el Servel modifiquen de oficio el domicilio electoral de los reclusos) supondría desconocer el sentido que el legislador ha reconocido al domicilio como elemento articulador del ejercicio de los derechos políticos.

El legislador conceptualiza el domicilio electoral como un mecanismo que viabiliza la participación de las instancias democráticas. De allí que modificarlo implique, en la práctica, alterar las concepciones teóricas que el legislador ha plasmado en la legislación, amenazar las finalidades del sistema político e incidir en la determinación de las instancias políticas en las que cada persona podrá participar.

Es evidente, por lo dicho, que el poder político –el Congreso, especialmente– se interese por cualquier cambio que pueda alterar la función que cumple el domicilio electoral, en la misma medida que se interesará por la forma como se eligen los representantes políticos²⁹. El sentido común,

²⁶ Proyecto de ley, en *Boletín* 10.277-06.

²⁷ Proyecto de ley, en *Boletín* 4.049-06.

²⁸ Proyecto de ley, en *Boletín* 10.344-06.

²⁹ Como bien dice Joan Araujo: “Las normas electorales son cualquier cosa menos inocentes. De hecho, un cambio insignificante en cualquier elemento puede favorecer a unas fuerzas políticas y perjudicar a otras, y de ello son muy conscientes los partidos

por su parte, enseña que la competencia para introducir cualquier cambio al sistema electoral, tanto en su organización como en su funcionamiento, debe radicarse en los órganos políticos; en el Congreso, idealmente³⁰.

IV. 4. EL EFECTO DE ESTA SENTENCIA EN EL CONTEXTO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

La sentencia Marelic con Servel y otro constituye una rareza en el conjunto de la jurisprudencia de los últimos años de la Tercera Sala de la Corte Suprema. Dicha sala, en sus fallos, acostumbraba o daba a entender que nada escapa a la competencia de un tribunal de justicia cuando se trata de proteger los derechos humanos. Sirvan como ejemplos paradigmáticos la sentencia López y Ceballos, que acogió un recurso de protección en favor de unos venezolanos prisioneros en Venezuela³¹; Díaz Hernández con Fondo Nacional de Salud y otros, donde ordenó, *contra legem*, al Servicio de Salud el desembolso de más de \$600 000 000 para tratar la enfermedad de un menor de edad³², y; la sentencia Casillas Salas con JUNJI, en que declaró, *contra constitutionem*, que una mujer peruana “es ciudadana [chilena] aun cuando no ostente la nacionalidad chilena”³³.

Al traspasar al legislador el problema del voto de los presos, la Corte Suprema reconoció un límite a su competencia; un límite impuesto por la naturaleza misma del problema, que excedía las capacidades institucionales de un tribunal de justicia. Con esto, la Corte Suprema está declarando que no todas las injusticias encuentran solución en el foro judicial; que también el foro político es un lugar apto para hacerse cargo de ellas.

Vista desde esta perspectiva, la sentencia ilumina el sentido del artículo 5 del *Código Civil*³⁴. Esta disposición estaría reflejando las distintas

políticos. Por ello, la mayoría de las reformas electorales esconden, bajo argumentos de técnica jurídica o de mejora democrática, motivaciones políticas a veces poco confesables”. Joan Oliver ARAUJO, *Las barreras electorales: gobernabilidad versus representatividad*, p. 35.

³⁰ Aquí es de justicia señalar el contraargumento que representa la línea jurisprudencial abierta en Estados Unidos por la sentencia *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, en la que se declaró que la (re)definición de distritos electorales o *gerrymandering* –hasta entonces una cuestión política– era una materia que caía dentro de la competencia del Poder Judicial. Sin embargo, la Corte Suprema acaba de volver a declarar que el *gerrymandering* es una cuestión política y, por lo tanto, está fuera de su competencia, en la sentencia *Rucho et al. v. Common Cause et al.*, 27 de junio de 2019.

³¹ CORTE SUPREMA (2015), rol 17393-2015, 18 de noviembre de 2015.

³² CORTE SUPREMA (2018), rol 17043-2018, 6 de noviembre de 2018.

³³ CORTE SUPREMA (2018), rol 43005-2017, 18 de abril de 2018, considerando 5°.

³⁴ “La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas”.

maneras de satisfacer la necesidad de hacer justicia, atribuyendo al legislador aquellas que requieran la creación/modificación de reglas. Y esto porque existe un ámbito en que la justicia es indiferente a la solución que se adopte dentro de un cierto rango de opciones y la determinación de una u otra es una cuestión política que debe hacerse por un órgano *ad hoc*.

IV. 5. EL RESPALDO QUE ESTA SENTENCIA TIENE EN LA DOCTRINA DE LA DETERMINATIO

La gama de respuestas posibles para cada uno de los flancos abiertos –teóricos y prácticos– por el problema del voto de los presos, más los ajustes al sistema electoral que cualquier de ellas implica, es un buen motivo para convencerse de que la respuesta excede las posibilidades de un tribunal de justicia. Al mismo tiempo, esta circunstancia es precisamente la que amerita la intervención del legislador (*i.e.* Congreso), porque es este quien está diseñado para determinar la forma, entre las muchas posibles, en que se ejercen los derechos en general.

La *determinatio* legislativa del contenido de los derechos –o de las exigencias de la justicia natural, si se prefiere– es una idea antigua que se actualiza en el fallo *Marelic con Servel* y otro³⁵. Nadie discute la injusticia que resulta de que personas con derecho a voto no puedan ejercerlo porque se encuentran privadas de libertad. Pero la forma en que deba subsanarse esta injusticia sí está sujeta a discusión: ¿habrá un padrón especial?, ¿el padrón se configurará con plazos especiales?, ¿el domicilio electoral dejará de ser un elemento relevante para definir la circunscripción en que se vota?, ¿de qué forma accederán los presos a la publicidad electoral?, ¿podrán los candidatos hacer campaña en los recintos penitenciarios?, ¿quién velará por el orden y seguridad el proceso electoral?³⁶. Las interrogantes podrían multiplicarse, pero basta con estas para destacar la indeterminación que resulta de una premisa por tantos compartida, que es el derecho de los presos a votar.

Al deferir al legislador la solución del problema planteado en el recurso de protección, la Corte Suprema está admitiendo que la respuesta

³⁵ Con antecedentes en ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 7 1134b. La idea es desarrollada por Tomás de AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95 art. 2.

³⁶ Piénsese en los eventuales peligros de reunir en un solo acto de campaña a personas de pabellones distintos (*v.gr.* LGBT y Evangélicos), o distribuir material de propaganda prohibido por las normas internas de los recintos, como un lápiz o un llavero. Por otra parte, sería difícil (si no imposible) determinar cómo votará aquel que ingresa a la cárcel en el periodo que media entre el establecimiento del padrón definitivo y las elecciones o, al revés, donde votará aquel cuyo domicilio electoral se fijó en la cárcel, pero en el mismo periodo sale de ella. Finalmente, el resguardo de las elecciones: ¿a quién correspondería: a Carabineros y Fuerzas Armadas o a Gendarmería? Y luego, ¿cómo armonizar sus facultades?

jurisdiccional no es la única posible para resolver un problema de justicia. Cabe, al lado de aquella, una respuesta política ofrecida por el Congreso a través de la ley. Esta irreductibilidad de la satisfacción de las exigencias de la justicia al método judicial de adjudicación implica la existencia de un ámbito de indeterminación en que lo justo es indiferente a una u otra solución. Es este el terreno propio de la actividad legislativa³⁷.

V. Conclusión

La sentencia Marelic con Servel y otro enseña que la política es un límite a la competencia del Poder Judicial. Por política se debe entender aquí la cualidad de ciertas problemáticas cuya solución no depende tanto de criterios jurídicos como de criterios de conveniencia y oportunidad (*i.e.* políticos). El reconocimiento que la sentencia hace de la existencia de este tipo de problemas confirmaría que la distribución de las funciones de gobernar, legislar y juzgar entre órganos diferenciados entre sí –Presidente de la República, Congreso y Tribunales de Justicia, respectivamente– obedece a la necesidad de que haya una correspondencia entre función e institución. En este caso, la Corte Suprema se dio cuenta de que estaba frente a un problema de naturaleza política y que, por lo tanto, no le tocaba solucionarlo a ella porque su institucionalidad no está diseñada para hacerlo.

Bibliografía

- ALESSANDRI, Arturo, *et al.*, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, 8ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, tomo I.
- AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*, U.S., Emmaus Academic, 2012, tomes I-II.
- ARAUJO, Joan Oliver, *Las barreras electorales: gobernabilidad versus representatividad*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, España, Editorial Gredos, 2014.
- CAPEL, Horacio, “Las ciencias sociales y el estudio del territorio”, en *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. XXI, n.º 1149, Barcelona, 2016.
- CONTRERAS, Fernando, “Judicialización de la política: algunas notas sobre el concepto y origen”, en *Revista de Derecho Público*, número especial, Santiago, 2018.

³⁷ Para una ampliación de los fundamentos y alcances de la *determinatio* legislativa, John FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, pp. 266-274.

- FERNÁNDEZ, Mario, "Congreso Nacional y sistema electoral, en *Revista de Derecho Público*, vol. 75, Santiago, 2001.
- FINNIS, John, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual 2013*. Disponible en <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/605/INFORME%20ANUAL%202013.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2019].
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual 2014*, Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014.
- NOHLEN, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, 3ª ed., México D.F, Fondo de Cultura Económica de España, 2004.
- VERDUGO, Sergio, "Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIX, 2º semestre, Valparaíso, 2012.

NORMAS

- Código Civil*, 1857.
- Constitución Política de la República de Chile*, 1980.
- Ley n. °18556, 1986.
- Ley n.° 18700, 1988.
- Ley n.° 20840, 2015.

JURISPRUDENCIA CITADA

- CORTE SUPREMA, rol 17393-2015, 18 de noviembre de 2015.
- CORTE SUPREMA, rol 87743-2016, 2 de febrero de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 87748-2016, 2 de febrero de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 38742-2017, 26 de octubre de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 39698-2017, 26 de octubre de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 39970-2017, 26 de octubre de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 39989-2017, 26 de octubre de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 41361-2017, 8 de noviembre de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 43005-2017, 18 de abril de 2018.
- CORTE SUPREMA, rol 17043-2018, 6 de noviembre de 2018.
- U.S. SUPREME COURT, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 26 de marzo de 1962.
- U.S. SUPREME COURT, *Rucho et al. V. Common Cause et al.*, 27 de junio de 2019.

OTRAS REFERENCIAS CITADAS

CÁMARA DE DIPUTADOS, *Primer Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en proyecto de ley 9326-07.*

CORTE DE APELACIONES, Informe en causa rol 1812-2016.

Proyecto de ley, en *Boletín* 4.049-06.

Proyecto de ley, en *Boletín* 10.277-06.

Proyecto de ley, en *Boletín* 10.344-06.