



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE DERECHO A
VOTO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD A LA LUZ DE LOS
ESTÁNDARES INTERNACIONALES**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

MAGDALENA GÓMEZ ANINAT
SOFÍA HEREDIA MIRANDA

PROFESOR GUÍA
ÁLVARO CASTRO MORALES

SANTIAGO DE CHILE
2019

ÍNDICE

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. RESUMEN | 3 |
| II. INTRODUCCIÓN | 5 |
| III. SUSPENSIÓN DEL DERECHO A SUFRAGIO EN PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD: ANÁLISIS DOCTRINARIO | 9 |
| 1. La privación del derecho al sufragio no debe ser una prohibición aplicada genéricamente sobre toda la población privada de libertad | 9 |
| a. Democracia | 9 |
| i. Democracia universal..... | 11 |
| ii. Fuente de legitimidad del castigo..... | 13 |
| b. Rehabilitación y reinserción | 15 |
| 2. Requisitos para que la limitación del derecho a sufragio sea legítima | 17 |
| a. Fin legítimo | 18 |
| b. Lesividad y proporcionalidad | 20 |
| c. Debe ser un efecto de la condena penal | 22 |
| IV. SUSPENSIÓN DEL DERECHO A SUFRAGIO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL | 24 |
| 1. Síntesis de casos | 24 |
| a. Sudáfrica | 24 |
| i. August v. Electoral Comission..... | 24 |
| ii. Minister of Home Affairs v. NICRO..... | 26 |
| b. Tribunal Europeo de Derechos Humanos | 29 |
| i. Hirst v. United Kingdom..... | 29 |
| ii. Frodl v. Austria..... | 31 |
| c. Hong Kong | 33 |
| i. Chan Kin Sum v. Secretary for Justice..... | 33 |
| d. Canadá | 35 |
| i. Caso Sauvé v. Canadá..... | 35 |
| 2. Sistematización de los estándares de la jurisprudencia analizada | 37 |
| a. El derecho a voto no es absoluto | 37 |
| b. Respeto a la democracia | 38 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| c. Las personas privadas de libertad mantienen todos aquellos derechos de los que no se les haya privado por ley o mediante condena por sentencia firme | 39 |
| d. Requisitos que deben cumplir las limitaciones al derecho a voto de las personas privadas de libertad | 39 |
| i. Fin legítimo | 39 |
| ii. Test de proporcionalidad | 40 |
| e. Los Estados tienen la obligación de realizar acciones positivas que permitan garantizar el ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad | 41 |
| V. APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN EL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN LA MATERIA | 44 |
| 1. Argumentos de los recurrentes | 44 |
| 2. Argumentos de los recurridos | 46 |
| 3. Razonamiento de la Corte Suprema y estándares internacionales | 47 |
| a. Sentencias que acogen los recursos de protección | 47 |
| i. El derecho a voto no es absoluto | 49 |
| ii. La privación del derecho al sufragio no debe ser una prohibición aplicada genéricamente sobre toda la población privada de libertad | 50 |
| iii. Las limitaciones al derecho a voto deben cumplir con los criterios de fin legítimo, lesividad y proporcionalidad | 52 |
| iv. Las personas privadas de libertad mantienen todos aquellos derechos de los que no se les haya privado por ley o mediante condena por sentencia firme | 53 |
| v. El derecho a voto impone obligaciones positivas al Estado para facilitar su ejercicio | 54 |
| vi. Las limitaciones al ejercicio del derecho a voto deben ser un efecto de la condena penal | 56 |
| vii. Nuevas aristas: posición de garante e igualdad | 57 |
| b. Sentencias que rechazan los recursos de protección | 59 |
| c. En resumen | 59 |
| VI. CONCLUSIONES | 62 |
| VII. BIBLIOGRAFÍA | 64 |

I. RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto al ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad y determinar si esta cumple con los estándares internacionales que se han alcanzado en la materia.

Para esto, se realiza primeramente una sistematización de los argumentos en los que han coincidido tanto la doctrina nacional como internacional en lo que se refiere a las limitaciones que se pueden imponer al ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad. Se analiza el rol que juega el derecho a voto en la protección del sistema democrático, su importancia en la resocialización de las personas que se encuentran en prisión y los requisitos que deben cumplir estas restricciones en el ámbito penal y constitucional.

Luego se procede a sistematizar y desarrollar los argumentos en los que ha coincidido la jurisprudencia internacional, mediante el análisis de las sentencias emitidas por los tribunales superiores de Canadá, Sudáfrica, Hong Kong, Australia y dos fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Para finalizar, se analizan los últimos pronunciamientos de la Excelentísima Corte Suprema en la materia y se contrastan con los estándares internacionales, a efectos de determinar si es que sus razonamientos se condicen con estos o si, por el contrario, son deficientes a la luz de los mismos.

II. INTRODUCCIÓN

Actualmente en Chile, las personas privadas de libertad se ven impedidas de ejercer su derecho a sufragio. En virtud del artículo 16 inciso segundo de la Constitución Política de la República¹ (en adelante la Constitución), se suspende el derecho a sufragio de las personas acusadas de cometer un delito que merezca pena aflictiva o que la ley califique de conducta antiterrorista. Mientras que, en virtud del artículo 17 inciso segundo y tercero, las personas condenadas por un delito que merezca pena aflictiva pierden su calidad de ciudadanas y por tanto, su derecho a voto.

Dentro de este marco constitucional, las personas que se encuentran dentro de un recinto penitenciario pero que no han sido condenadas o acusadas de un delito que merezca pena aflictiva, mantienen plenamente vigente su derecho a sufragio. Sin embargo, en los hechos estas se han visto impedidas de ejercerlo debido a la inexistente adopción de medidas por parte del Servicio Electoral (en adelante Servel) y Gendarmería de Chile (en adelante Gendarmería) para ello.

El año 2011 la Corte Suprema se percató de esta situación y se pronunció mediante el Oficio N° 21-2011 sobre el Informe al Proyecto de Ley 54-2010.² En este señaló su preocupación por la omisión en dicho proyecto de una regulación que abordara la forma en que se haría efectivo el voto de todas aquellas personas privadas de libertad y habilitadas para sufragar. En particular, subrayó la necesidad de implementar mecanismos para hacer efectivo su derecho y así mantener el ejercicio igualitario del sufragio. Sin embargo, el proyecto no sufrió modificación alguna en este sentido y la cuestión volvió a quedar silenciada.

Posteriormente, en el marco de las visitas semanales que por mandato legal deben realizar los jueces de garantía a los recintos penitenciarios, el juez Daniel Urrutia del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, se percató de esta situación y ordenó al Servel constituir mesas de

¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Constitución Política de la República de Chile.

² Historia de la Ley N° 20.568. Oficio N° 21-2011 de la Corte Suprema al Senado en el primer trámite constitucional. 25 de enero de 2011. [en línea] <https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/4572/HLD_4572_4724757d40d27bd27502b49ccbc72230.pdf> [consulta: 3 de noviembre de 2019].

votación al interior de las cárceles. Esto ocurrió en dos ocasiones, la primera fue en 2013, mismo año en que las cifras de presos y presas habilitadas para votar alcanzaba las 13 mil personas,³ y luego en 2016. Sin embargo, en ambas ocasiones la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la orden señalando que el juez carecía de facultades legales y ordenó se le aplicarían las sanciones disciplinarias correspondientes.

Por esta razón, desde el año 2016 el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH), ha emprendido una estrategia judicial presentando recursos de protección en diferentes regiones del país, a efectos de obtener un pronunciamiento de los tribunales superiores de justicia que ordenen la adopción de medidas para facilitar el voto de las personas privadas de libertad. Esta estrategia se llevó a cabo por primera vez a propósito de las elecciones municipales que se desarrollaron en octubre de 2016, obteniendo una sentencia favorable por parte de la Corte Suprema, la que ordenó la adopción de medidas para que las personas privadas de libertad, que no tenían suspendido su derecho a voto, pudieran votar. Sin embargo, la sentencia se dictó meses después de haberse realizado el proceso electoral.

Ante esta situación, el INDH decidió interponer trece nuevos recursos de protección, en diferentes regiones del país, en el contexto de las elecciones presidenciales y parlamentarias que se celebrarían en noviembre de 2017, todos los cuales fueron conocidos por la Corte Suprema y cuyos fallos constituyen los últimos pronunciamientos en la materia.

Así, el 26 de octubre de 2017, la Corte Suprema acogió cinco de los recursos interpuestos en la segunda estrategia judicial emprendida por el INDH y resolvió que el Servel y Gendarmería se encontraban obligados a adoptar las medidas necesarias para facilitar el ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad. No obstante, dos semanas después, rechazó los otros ocho recursos restantes y resolvió que el conflicto planteado excedía los márgenes de una acción jurisdiccional, ya que la pretensión del recurrente hacía necesaria la dictación de normas legales, cuya iniciativa es exclusiva de los órganos colegisladores.

Desde el último pronunciamiento de la Corte Suprema el tema ha quedado suspendido y sin una respuesta jurídica clara. Frente a esto, no cabe sino cuestionar el cambio radical en el

³ Véase CIPER CHILE. 2013. Votando en la Cárcel. [en línea] <<https://ciperchile.cl/2013/08/27/votando-en-la-carcel/>> [consulta: 22 de noviembre de 2019].

razonamiento de la Corte Suprema, que en tan solo semanas ha dejado suspendida la discusión que años anteriores se había levantado en torno a la vulneración permanente en la que se encuentra un grupo no menor de personas privadas de libertad.

Por tanto, resulta esencial en el estado en que nos encontramos reabrir la discusión y analizar de manera crítica el razonamiento seguido por la Corte Suprema al acoger en un primer momento y luego rechazar los recursos de protección señalados.

Así, el objeto de este trabajo consiste en sistematizar la jurisprudencia de la Corte Suprema en sus últimos trece fallos en materia de limitación y ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad, y contrastarla con los estándares internacionales en la materia. Este ejercicio nos permitirá: (i) sistematizar y analizar los estándares doctrinarios y jurisprudenciales a fin de comprender las tendencias internacionales actuales con respecto a esta materia, (ii) determinar si la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia se adecua a los estándares internacionales reseñados en el punto anterior o si por el contrario es deficiente a la luz de los mismos, y (iii) determinar cuál es el razonamiento jurídicamente correcto para estos casos, cuestión esencial dada la urgencia de una pronta respuesta a este problema.

Para cumplir este objetivo, en el apartado III, se realizará un análisis de los estándares y razonamientos de la doctrina, nacional e internacional, en cuanto a la restricción del derecho a voto de las personas privadas de libertad. Se examinará lo establecido por diversos autores, tales como Pablo Marshall, Juan Pablo Mañalich, Ignacio Barrientos, Mandeep Dhimi, Luis Ríos Vega, Brandon Rottinghaus, Leonardo Filippini y Felicitas Rossi.

Luego, en el apartado IV, se procederá a sistematizar y desarrollar los estándares de la jurisprudencia internacional. Para ello se examinarán las siguientes sentencias: (i) la sentencia dictada por la Corte Constitucional de Sudáfrica el año 1999 en el caso denominado “August and Another v. Electoral Commission”, (ii) la sentencia dictada por el mismo tribunal el año 2003 en el caso “Minister of Home Affairs v. NICRO”, (iii) la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 6 de octubre de 2005 en el caso “John Hirst vs. United Kingdom”, (iv) la sentencia de dictada por mismo tribunal en el caso “Frodl v. Austria” en 2010, (v) la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Hong Kong en el caso

“Chan Kin Sum” en 2008 y por último (vi) la sentencia de la Corte Suprema Canadiense en el caso “Sauvé v. Canadá” en 2002.

En el apartado V, analizaremos los últimos trece fallos emitidos por la Corte Suprema en 2017, a propósito de las elecciones presidenciales y parlamentarias que se celebraron en noviembre de ese mismo año, para luego contrastarlos con los estándares que derivamos tanto de la doctrina como de la jurisprudencia internacional en el III y IV apartado.

Finalmente, se expondrán las conclusiones, donde responderemos la pregunta inicial que llevó a la creación de este trabajo, cual es si la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de derecho a voto de las personas privadas de libertad se encuentra alineada o no con los estándares internacionales en la materia.

III. SUSPENSIÓN DEL DERECHO A SUFRAGIO EN PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD: ANÁLISIS DOCTRINARIO

En este capítulo se realiza una sistematización de los planteamientos y argumentos en los que ha coincidido la doctrina nacional e internacional respecto al ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad. Para tales efectos, hemos estructurado el capítulo de la siguiente manera: en primer lugar, se desarrolla la idea en virtud de la cual las restricciones al ejercicio del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad no deben ser absolutas. Luego, y dado que a partir del raciocinio anteriormente expuesto se deja abierta la posibilidad de establecer limitaciones, en el segundo apartado se exponen y desarrollan los requisitos que ha elaborado la doctrina para determinar cuándo las restricciones a este derecho son legítimas.

1. La privación del derecho al sufragio no debe ser una prohibición aplicada genéricamente sobre toda la población privada de libertad

La doctrina mayoritaria concuerda en que la restricción al derecho a voto de las personas privadas de libertad no debe operar de forma absoluta, es decir, no puede afectar a la totalidad de estas personas. Por el contrario, esta restricción dependerá de determinadas circunstancias a verificarse, tales como la comisión de delitos que afecten algún bien jurídico en especial o que revistan una gravedad superior.

Para fundamentar esta idea se han brindado, principalmente, dos argumentos: (i) la democracia como modelo político y (ii) la reinserción o rehabilitación como fin último de la ejecución de la pena.

a. Democracia

La democracia, como sistema político, “exige que el poder del Estado derive del pueblo”,⁴ por lo que uno de los derechos básicos dentro de este sistema es que los ciudadanos tengan el derecho a elegir y ser elegidos, constituyéndose en legitimadores y limitadores del poder estatal.

⁴ MARSHALL, P. 2011. Notas sobre el contenido del principio de la democracia. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 2 (1), p. 30.

En este contexto, el voto ha sido el mecanismo que por excelencia han utilizado los estados democráticos a efectos de facilitar a los ciudadanos el ejercicio de este derecho y su universalidad ha sido considerada un elemento fundamental para alcanzar la representación de todos los sectores de la población y consecuentemente la legitimación del poder estatal.

Con el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) y el reconocimiento del voto como un derecho humano, se pusieron en tela de juicio las regulaciones que establecían amplias restricciones al ejercicio de este derecho, emplazando a los países a erradicar o disminuir las limitaciones existentes. Los países por su parte han ido levantando estas barreras, pero manteniendo la gran mayoría, la restricción del derecho a voto a los privados de libertad.⁵

Así las cosas, la discusión en torno a la privación del derecho a voto de las personas privadas de libertad actualmente presenta dos posturas antagónicas: (i) la privación del voto se justifica en la protección a la democracia, dado que los sujetos que se encuentran privados de libertad representan un peligro para la sociedad, por lo que su voto podría poner en riesgo la “virtud” o pureza de las urnas; y (ii) la universalización del derecho a voto, entendiendo que la democracia exige la representación de todos los sectores de la sociedad. Esta última postura es la que adopta este trabajo y cuyos argumentos analizamos a continuación.

El argumento de la democracia, utilizado por la mayoría de la doctrina se enfoca de dos maneras. Un primer enfoque argumenta que en una verdadera democracia se deben incluir, necesariamente, a todos los ciudadanos en la toma de decisiones; mientras que un segundo enfoque justifica el castigo, siendo la democracia, en último término, la fuente de legitimidad del castigo penal.

⁵ Para más información véase: ROTTINGHAUS, B., MANATT, C. y MANATT, K. 2003. Incarceration and enfranchisement: International practices, impact, and recommendations for reform. Washington. International Foundation for Election Systems.

i. Democracia universal

Con respecto al primer enfoque, no obstante que en la mayoría de los países se consagra una democracia universal, sus regulaciones⁶ privan todavía a un número importante de la población adulta de su derecho a votar, a saber: las personas privadas de libertad.

Frente a esto, la doctrina se ha mostrado sumamente crítica señalando que “el desempoderamiento político de un segmento de la sociedad pone en peligro la legitimidad de una democracia”.⁷ Para Dhami, la privación del derecho a sufragio conlleva dos costos: (i) el costo de la injusticia y (ii) el costo de la desigualdad,⁸ siendo ambos costos antidemocráticos. Por un lado, esta autora señala que “en la mayoría de los países, perder el derecho a votar no es una sanción penal, sino que es una sanción administrativa basada en una legislación sin carácter penal y que se impone automáticamente”;⁹ por otro lado, señala que la desigualdad se daría porque existe una parte de la población en específico que se encuentra encarcelada y es justamente a esta población a la que se la priva de su derecho. Por ejemplo, en Estados Unidos la población afroamericana presenta altos índices de encarcelación y, por ende, también de privación del derecho a sufragio. Filippini y Rossi apoyan esta idea y consideran que la restricción del sufragio es discriminatoria, ya que “su impacto recae sobre una porción de la población que ha sido seleccionada por el sistema penal por su condición de vulnerabilidad y que ya experimenta una serie de restricciones en virtud de una condena (...)”.¹⁰

El grupo recién identificado presenta diversas características (minorías raciales, sexuales, económicas, entre otros), según el país que se analice, pero todos constituyen “individuos pertenecientes a grupos económica y socialmente relegados, cuya situación de vulnerabilidad incluso ya ha sido agravada por el propio Estado”.¹¹ Todos estos países constituyen un modelo

⁶ Por ejemplo: Austria, Alemania, Chile, Estonia, España, Estados Unidos, Italia, Guatemala, Honduras, Rusia, entre otros.

⁷ DHAMI, M. 2009. La política de privación del sufragio a los presos: ¿una amenaza para la democracia? *Revista de Derecho* 22 (2), p. 128.

⁸ *Ibíd.*, p. 121.

⁹ *Ibíd.*, p. 130.

¹⁰ FILIPPINI, L. y ROSSI, F. 2012. Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho a voto de las personas condenadas. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (1), p. 202.

¹¹ *Ibíd.*, p. 203.

democrático excluyente, o también denominado democracia imperfecta o defectuosa,¹² ya que sustraen de la toma de decisiones a un grupo social específico de la comunidad.

Otros argumentos que ha esbozado la doctrina a propósito de la afectación democrática que produce la privación del derecho a voto de las personas privadas de libertad es que, en palabras de Filippini y Rossi, “el voto es un elemento esencial para la dignidad de las personas en tanto les reconoce la posibilidad de elegir a quienes mejor representan sus opciones y de influir, de este modo, en las decisiones colectivas que afectan su vida diaria”.¹³ Además, consideran que la condición en que se encuentran las personas privadas de libertad vuelve más necesario aún que puedan ejercer su derecho a voto, entendiendo que sufren de la “máxima restricción que puede imponerse en un Estado de Derecho”.¹⁴

Ríos Vega también se suma a este argumento y considera que “los quebradores del pacto (*lawbreakers*) no deben ser legisladores (*lawmaker*), pero no todo *lawbreaker* merece la privación del sufragio”.¹⁵ Su análisis parte sobre la base del concepto de “miedo electoral”,¹⁶ y señala que este es un “peligro para la libertad en la sociedad democrática”,¹⁷ ya que los riesgos que pretende evitar producirían “la propia privación inusual, desproporcional o excesiva del sufragio”.¹⁸

Dentro de la doctrina nacional, Marshall también se ha mostrado de acuerdo con este planteamiento. Para él, “la PDS (privación del derecho al sufragio), como mensaje democrático, es contradictorio”,¹⁹ ya que “sería mucho más natural defender el derecho a sufragio de los condenados, esto es su inclusión política, en lugar de su exclusión política”.²⁰

¹² RÍOS VEGA, L. 2015. La privación del sufragio. El debate contemporáneo en México. Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Getafe. Universidad Carlos III de Madrid, p. 116.

¹³ FILIPPINI, L., ROSSI, F., AMETTE, R. y CAVANA, A. 2012. El voto de las personas condenadas: un derecho pendiente. Buenos Aires, Argentina. Serie Documentos de Difusión de la ADC (1), p. 3.

¹⁴ FILIPPINI, L. y ROSSI, F. 2012, Op. Cit., p. 209.

¹⁵ RÍOS VEGA, L. 2015, Op. Cit., p. 138.

¹⁶ El autor lo define como un “tipo de miedo político que constituye, a mi juicio, la categoría principal sobre la cual las leyes de privación del sufragio explican su razón de ser: la conducta que quebranta el pacto representa una serie de riesgos, reales e imaginarios (posibles e imposibles), para los fines de la democracia electoral”.

¹⁷ RÍOS VEGA, L. 2015, Op. Cit., p. 138.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ MARSHALL, P. 2018. La privación del derecho al sufragio como castigo en la órbita del common law: análisis crítico. Política Criminal. [en línea] <https://www.academia.edu/36924398/2018_La_privaci%C3%B3n_de_derecho_a_sufragio_como_castigo_en_la_%C3%B3rbita_del_common_law_an%C3%A1lisis_cr%C3%ADtico> [consulta: 18 de agosto de 2019].

²⁰ *Ibíd.*

Así, la privación del derecho a sufragio es un símbolo de degradación y de rechazo social, y para reforzar la democracia lo que se debe hacer es incluir y permitir el voto de las personas privadas de libertad. En conjunto con esto, para el autor existe un problema de principios con respecto a la privación de derechos que sufren los presos, que radica en que “no es compatible con una democracia la exclusión de cierto grupo de sujetos del proceso de formación de la voluntad política”.²¹

Entonces, podemos observar cómo gran parte de la doctrina actualmente coincide en que es antidemocrático que exista una restricción general del derecho a voto de las personas privadas de libertad. Para todos los autores considerados, la existencia de esta restricción provoca discriminación y exclusión de esta parte de la población, vulnerando el valor fundamental de la democracia universal consagrado en la mayoría de los países.

ii. Fuente de legitimidad del castigo

Con respecto al segundo enfoque, Mañalich y Marshall desarrollan el siguiente planteamiento: para que el castigo penal sea legítimo es necesario que la persona que sea merecedora de este haya participado en la creación de la norma. Dicho de otra forma, para estos autores “lo que hace posible la condena de una conducta delictual (como un déficit de lealtad democrática) es la posibilidad de que el condenado, como ciudadano pueda cuestionar la ley dentro del proceso político”.²² Solo de esta forma el castigo recibido cumple con los requisitos del derecho penal democrático y permite que la conducta prescrita por la norma le sea exigible.

Un castigo impuesto sin este requerimiento de legitimidad no se puede considerar un castigo, ya que este mismo requiere que el sujeto sea un ciudadano, por lo que, para Marshall, no es más que una práctica de degradación y exclusión²³ y para Mañalich corresponde a una medida de seguridad.²⁴

²¹ MARSHALL, P. 2010. La pena y ciudadanía: Problemas constitucionales. En: CAZOR, K. y SALAS, C. Estudios Constitucionales. Santiago. Librotecnia, p. 261.

²² MARSHALL, P. 2018, Op. Cit., p. 13.

²³ *Ibíd.*

²⁴ MAÑALICH, J. 2005. Pena y Ciudadanía. Revista Estudios de la Justicia (6), p. 77.

De hecho, Marshall ha propuesto para la situación chilena “la completa inclusión de los privados de libertad”,²⁵ ya que, en palabras del autor, “resulta democráticamente problemático el castigar penalmente a alguien sin concederle una voz para participar en la decisión sobre qué conducta será sancionada y qué pena será aplicada”.²⁶ En definitiva, ambos coinciden en que la práctica de privación del derecho a sufragio a las personas privadas de libertad convierte al derecho penal en un auténtico derecho penal del enemigo que impone la privación de libertad bajo la negación de la calidad de ciudadano.

En resumen, podemos evidenciar cómo en la democracia es en específico la posibilidad de votar lo que constituye a un sujeto en ciudadano, y esta calidad de ciudadano es requisito indispensable para que pueda imputarse la infracción de la norma y se imponga una pena en consecuencia. De lo contrario, como lo establece Marshall, el castigo no es democrático, sino que es pura “coacción”,²⁷ ya que posee un déficit de legitimidad.

Ahora bien, teniendo en consideración que la privación absoluta del voto a quienes se encuentran privados de libertad se contrapone a los valores esenciales y característicos de una real democracia, a saber: la universalidad del voto, la igualdad y la dignidad de todos los individuos que conforman la sociedad, la tolerancia y el pluralismo,²⁸ surge la interrogante acerca de cuáles son los supuestos democráticos en los que se basan aquellos que argumentan que, para proteger la democracia, sería absolutamente necesario restringir el derecho a sufragio de los reclusos.

La posición anterior se fundamenta en la concepción de que las personas privadas de libertad constituyen sujetos peligrosos, por cuanto la cárcel es el lugar al que se dirigen las personas que representan un peligro para la sociedad y, como tales, no debiera permitírseles expresar sus opiniones mediante el derecho a voto. Al ser quebrantadores de la ley, su elección podría no ser benéfica para el pueblo. Así, “se parte de la idea de que el delincuente puede ser un riesgo para la voluntad general: si quebrantó la ley, tendrá intenciones de conformar un bloque

²⁵ MARSHALL, P. 2016. El derecho a sufragio de los privados de libertad en perspectiva comparada. *Libertades Públicas*, Colección Brevarios (1), p. 16.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ MARSHALL, P. 2010, *Op. Cit.*, p. 262.

²⁸ Véase BOREA, A. 2002. *Democracia. Derecho & Sociedad* (18).

de votación en contra de ella”²⁹ o promover leyes que le permitan realizar impunemente sus delitos.

Esta argumentación adolece de cuatro problemas fundamentales: (i) la ausencia de sustento empírico de que los presos votarían por derogar las leyes; (ii) la protección de la democracia no se alcanza excluyendo a un sector de la población en base a una presunción relativa a la forma en que votarían, sino, por el contrario, permitiendo a la totalidad de los individuos votar; (iii) si la forma de votar es un elemento a considerar, el sufragio se convierte en un privilegio que se otorga a quienes han cumplido las leyes o a quienes cumplan con ciertas características; y (iv) se limitaría el sufragio sobre la base de quién es el sujeto, lo que se sustentaría en la premisa de que la cárcel reúne a los sujetos más peligrosos de la sociedad, en palabras de Ríos Vega “limitar la libertad por la personalidad del sujeto que merece prisión, castiga, no el acto, sino el autor”.³⁰

Se concluye, entonces, que los argumentos sobre los cuales se sustenta el pensamiento de quienes afirman que se debe privar a los presos de su derecho a voto adolece de una contradicción fundamental: pretenden proteger la democracia, pero fundándose en supuestos completamente antidemocráticos.

b. Rehabilitación y reinserción

Para reforzar la idea de que la restricción del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad no debe ser absoluta, la doctrina mayoritaria presenta como segundo argumento que ejercer el derecho a sufragio puede contribuir a la rehabilitación y reinserción de las personas privadas de libertad.

La rehabilitación corresponde a la “interpretación terapéutica del castigo”,³¹ según la cual este último permitirá que el sujeto cambie su personalidad de tendencia a la criminalidad. No obstante, como lo señala Marshall, “la terminología moderna ha evolucionado desde la noción de rehabilitación al lenguaje de la reinserción”,³² en el cual el énfasis ya no está en la personalidad del sujeto, sino en entregarle herramientas que le permitan reintegrarse a la

²⁹ RÍOS VEGA, L. 2015, Op. Cit., p. 65.

³⁰ RÍOS VEGA, L. 2015, Op. Cit., p. 94.

³¹ MARSHALL, P. 2018, Op. Cit.

³² *Ibíd.*

sociedad. Bajo estos dos conceptos la doctrina se ha cuestionado si la medida de privación del derecho a sufragio contribuye a la rehabilitación o reinserción del sujeto, o si, por el contrario, perjudica estos fines.

En cuanto a la doctrina nacional, Marshall se pregunta sobre si la rehabilitación del condenado puede ser un argumento que respalde su privación del derecho a voto, toda vez que algunos autores lo utilizan para estos fines. Su respuesta es que esta posible utilidad que tendría la privación del derecho a sufragio para los fines de la rehabilitación no podría darse en casos en que la privación sea permanente o de una duración excesiva, ya que esto excluiría aún más a los condenados.³³ En este contexto, agrega que “incluso en la hipótesis menos restrictiva puede objetarse que la PDS (privación del derecho a sufragio) es incompatible con el compromiso re-educativo de las teorías de la rehabilitación”.³⁴

Para este autor, la estigmatización y degradación que se derivan de esta privación son incompatibles con la reinserción y, por el contrario, “dejar que los condenados voten podría contribuir a la construcción de un sentimiento de pertenencia a la comunidad e incluso contribuir a la transformación de ‘identidades criminales’”.³⁵ Marshall termina abogando por prácticas inclusivas, que incorporen a los condenados como forma de rehabilitación y de reinserción.

En cuanto a la doctrina internacional, Filippini y Rossi estiman que “demostrar que la privación del derecho a voto se justifica como forma de preparar al condenado para su reinserción futura, resulta un desafío insuperable”.³⁶ Sumándose a lo señalado por Marshall, consideran que la privación del derecho a voto “refuerza la exclusión y estigmatización del castigo penal”³⁷ y que, por ende, la prohibición de votar iría en contra de los objetivos resocializadores contenidos en distintas normas.³⁸

En la misma línea, Dhami, afirma que otorgarle el derecho a voto a las personas privadas de libertad puede ser beneficioso, ya que “psicológica y socialmente el derecho a voto podría

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ FILIPPINI, L. y ROSSI, F. 2012, *Op. Cit.*, p. 200.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.*

permitir a los presos percibirse a sí mismos como útiles, responsables, confiables y como ciudadanos respetuosos de la ley”.³⁹

Para esta autora la privación del derecho al sufragio tiene varias desventajas. En primer lugar, considera que “puede fomentar aún más el comportamiento criminal”,⁴⁰ debido a que incrementa la distancia que existe entre el condenado y la sociedad⁴¹ y esto contribuye a “sus sentimientos de alienación y aislamiento”.⁴² En segundo lugar, la autora advierte que “la privación del derecho sufragio (sic) también etiqueta negativamente a los individuos como ciudadanos de “segunda clase”,⁴³ para lo que se basa en una encuesta que realizaron Manza y Uggén⁴⁴ a 33 criminales en Estados Unidos, mediante la cual llegaron a la conclusión de que la “privación del sufragio fue estigmatizador y un signo de aislamiento social”.⁴⁵

En suma, la doctrina considera que otorgarle derecho a voto a las personas privadas de libertad contribuiría y favorecería la reinserción de los condenados, los haría sentirse parte de la comunidad, vinculados a las normas, y estimulados a seguirlas.

2. Requisitos para que la limitación del derecho a sufragio sea legítima

Llegados a este punto y dado que en la doctrina a favor de conceder el voto a los privados de libertad se encuentra asentada la premisa en virtud de la cual las prohibiciones o limitaciones al derecho a sufragio no deben ser absolutas, algunos autores se han planteado la siguiente interrogante: ¿cuándo resulta legítimo denegar el derecho a voto a los privados de libertad?, o, en otras palabras, ¿cuáles son las restricciones legítimas al derecho a sufragio de este grupo de personas? A continuación, se expondrán los requisitos que es posible desprender de sus trabajos, en virtud de los cuales podemos determinar la legitimidad o validez de las limitaciones a este derecho.

³⁹ DHAMI, M. 2009, Op. Cit., p. 13.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 127.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 131.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Para mayor información véase: UGGEN, C. y MANZA, J. 2004. Voting and subsequent crime and arrest: Evidence from a community sample. *Columbia Human Rights Law Review* 36.

⁴⁵ DHAMI, M. 2009, Op. Cit., p. 131.

a. Fin legítimo

En virtud de este requisito, se establece que no basta que la restricción a un derecho fundamental, como lo es el sufragio, se consagre en una norma de carácter legal, sino que esta, además, debe ir acompañada de una razonable y debida justificación sobre el fin que se pretende alcanzar con la limitación. Este fin, a su vez, debe ser legítimo, es decir, “las restricciones al sufragio están sujetas a una esfera de razonabilidad en donde el legislador tiene que justificar con motivos públicos, adecuados y suficientes que es idóneo, útil y necesario limitar el sufragio por (...) una finalidad constitucionalmente aceptable”.⁴⁶

Para dar mayor sustento a esta exigencia, Barrientos se remite al DIDH y agrega que la exigencia de un fin legítimo constituye una de las principales preocupaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que esta “viene sosteniendo desde hace más de una década que toda diferenciación o restricción en materia de derechos fundamentales requiere de una justificación suficiente, necesaria, razonable y proporcionada para alcanzar la finalidad deseada por el Estado, agregando que se exige además que esta finalidad estatal sea legítima”.⁴⁷ Nos permitimos agregar que la Observación General realizada al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en directa relación con lo anterior, establece que los Estados deben expresar, en sus leyes privativas del voto, los motivos por los cuales se prohíbe el ejercicio del sufragio, los cuales, subraya, deben ser objetivos y razonables.⁴⁸

Sin perjuicio de lo expuesto, nos parece prudente mencionar y criticar brevemente algunas de las razones que ha esbozado la doctrina y los gobiernos para justificar las prohibiciones al derecho a sufragio de los privados de libertad. Entre estas se encuentran, la protección a la democracia o pureza de las urnas, la rehabilitación de los condenados, disuasión a no cometer delitos, que aumenta la responsabilidad cívica, la imposibilidad de ejercer el voto al interior de los recintos penitenciarios, entre otras.⁴⁹

⁴⁶ RÍOS VEGA, L. 2015, Op. Cit., p. 94.

⁴⁷ BARRIENTOS, I. 2011. Suspensión del derecho de sufragio por acusación penal. Vulneración constitucional de la presunción de inocencia. Estudios Constitucionales 9 (2), p. 283.

⁴⁸ Observación General N° 25 al Pacto de Derechos Civiles y Políticos. 1996. La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto.

⁴⁹ DHAMI, M. 2009, Op. Cit., p. 126.

En primer lugar, respecto al argumento relativo a mantener “la pureza de las urnas”, tal y como se señaló en el primer apartado de este trabajo, no existen argumentos para considerar que las personas privadas de libertad votarán en contra de las instituciones democráticas y en caso de que lo hicieran, tampoco resulta legítimo en una democracia excluir a alguien por la forma en que vota.

En segundo lugar, con respecto al argumento que estima que la privación del derecho al sufragio ayudaría a disuadir a los sujetos a no cometer delitos lo cierto es que “las personas rara vez son conscientes de esta consecuencia y es poco probable que encuentren en ello un factor de disuasión suficiente”.⁵⁰

En tercer lugar, frente al argumento que apunta a que la privación del derecho al sufragio aumentaría la responsabilidad cívica y contribuiría a la rehabilitación de los condenados, consideramos que estos argumentos más que justificar la restricción del derecho a sufragio, son razones para promover su ejercicio ya que el ejercicio del derecho a voto le permitiría a los presos un acercamiento a la vida fuera de las rejas y a la participación en la comunidad. A nuestro juicio, la ausencia de una demostración empírica o estadística que compruebe la eficacia de la prohibición del voto de los presos para la consecución de dichos fines constituye uno de los principales obstáculos a los que se enfrentan las personas que utilizan este argumento. En este punto, Dhami señala que no hay “pruebas para demostrar que la privación del voto rehabilita, incapacita o disuade a los delincuentes”⁵¹, por el contrario, “la privación del voto socava el objetivo rehabilitador de desarrollar la personalidad de los delincuentes y reinsertarlos a la sociedad en cuanto ella puede reducir la autoestima de los delincuentes y alienarlos de la comunidad”.⁵²

Por último, respecto al argumento que sustenta la restricción del derecho a sufragio en la imposibilidad práctica de ejercerlo al interior de los recintos penitenciarios, cabe señalar que “una cosa es que alguien no pueda votar y otra que no tenga derecho a votar”.⁵³ Filippini y Rossi señalan que “donde hay un derecho hay siempre un remedio legal para hacerlo valer por cuanto las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 127.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*

⁵³ RÍOS VEGA, L. 2015, *Op. Cit.*, p. 94.

estar en la Constitución e independiente de sus leyes reglamentarias o de las dificultades fácticas que pudieran existir para concretarlo”.⁵⁴ Por lo que la doctrina a favor de restringir el voto confunde la falta de garantías para el ejercicio de un derecho con el fundamento de una restricción de derechos políticos.

Frente a una dificultad fáctica en el ejercicio de un derecho, la respuesta de los órganos estatales no puede ser excusarse de habilitar los medios para su ejercicio ni tampoco puede ser la dictación de leyes que priven a las personas de ese derecho con el objeto de subsanar una latente vulneración, sino la puesta a disposición de los mecanismos que sean necesarios para garantizarlo. Cabe agregar que existen países en los que se ha puesto en marcha el voto de los presos mediante carta, mediante la constitución de mesas al interior de los recintos penitenciarios o mediante el traslado de los presos a sus mesas de votación, por lo que no es correcto que sea imposible o dificultosa su implementación.⁵⁵

En definitiva, dado que el sufragio es un derecho fundamental del que gozan todas las personas en razón de su dignidad y por el hecho de ser ciudadanos, el Estado no puede mediante la dictación de leyes imponer restricciones sin justificar la finalidad que se persigue mediante estas. Cabe agregar que los argumentos presentados para justificar dichas restricciones han sido superados por las tendencias del DIDH, las nuevas concepciones penales y la falta de sustento empírico respecto a la supuesta utilidad que tendría la restricción del derecho a voto de los presos.

b. Lesividad y proporcionalidad

Este requisito ha sido desarrollado por los autores desde la perspectiva penal y constitucional. En primer lugar, en el ámbito penal, entendida la privación del derecho a sufragio como la sanción penal producto de la realización de un ilícito, exige el cumplimiento de dos principios básicos, estos son; (i) la existencia de un bien jurídico lesionado o efectivamente puesto en peligro, lo que se ha denominado principio de lesividad, y (ii) que exista proporcionalidad entre la sanción y el contenido del injusto, lo que se ha denominado principio de proporcionalidad.

⁵⁴ FILIPPINI, L. y ROSSI, F. 2012, Op. Cit., p. 193.

⁵⁵ Para más detalle, véase ROTTINGHAUS, B., MANATT, C. y MANATT, K. 2003, Op. Cit.

En cuanto al principio de lesividad, Ríos Vega establece que “no hay prohibición penal sin bien jurídico, de tal manera que las ofensas abstractas son injustificables”.⁵⁶ En efecto, desarrolla la función de garantía del bien jurídico, en virtud de la cual este actúa como limitador del poder estatal, por cuanto la acción punitiva del Estado es legítima en la medida que tenga por objeto la protección de bienes jurídicos relevantes para la convivencia social.

En cuanto al principio de proporcionalidad, lo que se requiere es que la sanción penal, en este caso, la privación del derecho a sufragio, sea proporcional a la lesión o puesta en peligro de este bien jurídico, en otras palabras, “la pena de suspensión de derechos políticos debe ser proporcional a la lesividad y al bien jurídico tutelado por el delito de que se trate”.⁵⁷ En este sentido, para Filippini y Rossi cuando la privación del derecho a voto se aplica de forma genérica sobre toda clase de delitos “constituye, (...) una consecuencia jurídica que no tiene relación ni proporción con el contenido del acto injusto y es, en consecuencia, una restricción de derechos inválida”.⁵⁸

En segundo lugar, en la perspectiva constitucional, se exige el cumplimiento del test de proporcionalidad que “constituye hoy en día (...) el más conocido y el más recurrente ‘límite de los límites’ a los derechos fundamentales”.⁵⁹ Barrientos establece que “una determinada medida o actuación infringirá el principio de proporcionalidad: por inútil, si apreciada, a priori, se muestra absolutamente incapaz para lograr la consecución del fin propuesto; por innecesaria, si existen de manera evidente otras alternativas menos gravosas e igualmente eficaces; por desequilibrada o desproporcionada en sentido estricto, si genera de manera permanente más perjuicios que beneficios en el conjunto de derechos, bienes o intereses en conflicto”.⁶⁰

En lo que respecta a la necesidad, esta constituye uno de los subprincipios que conforman el test de proporcionalidad y es al que más han hecho referencia los autores cuando se refieren a la perspectiva constitucional en la limitación de derechos fundamentales. Ríos Vega señala

⁵⁶ RÍOS VEGA, L. 2015, Op. Cit., p. 58.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 136.

⁵⁸ FILIPPINI, L. y ROSSI, F. 2012, Op. Cit., p. 201.

⁵⁹ CARBONELL, M. 2008. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. p. 10.

⁶⁰ BARRIENTOS, I. 2011, Op. Cit., p. 286.

que “no basta que la privación de un derecho pueda ser razonable, oportuna o conveniente, es menester argumentar y probar la necesidad de la medida para salvaguardar los fines de la sociedad democrática”.⁶¹ Asimismo, Filippini y Rossi, a propósito de la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derecho Humanos⁶² afirman que las restricciones a los derechos humanos deben cumplir con ciertos parámetros de legitimidad, entre los que se encuentra la necesidad, ya que “que no debe existir otra vía menos gravosa para lograr el mismo fin”.⁶³

Por último, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, aún si la privación del derecho a voto se considera útil y además necesaria, en tanto no haya otra medida menos gravosa para alcanzar el fin perseguido, la medida es ilegítima si ocasiona más perjuicios que los beneficios que genera.

c. Debe ser un efecto de la condena penal

De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Política de la República, en Chile se priva del derecho a sufragio a las personas que hayan sido acusadas de un delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista. La doctrina nacional ha tenido sus reparos respecto a esta norma. En este sentido, Barrientos, por ejemplo, ha señalado que esta situación es jurídicamente ilegítima y constituye una anticipación de la pena, afirmando que “el artículo 16.2 es una norma profundamente injusta e irrazonable, que (1) adelanta los efectos de una sentencia condenatoria y que, en consecuencia, pasa por alto que la culpabilidad debe ser demostrada en juicio por el Estado; (2) que no persigue ningún fin estatal legítimo, y (3) que es desproporcionada por ser inidónea, innecesaria y desequilibrada”.⁶⁴

Asimismo, agrega que “constituye un exceso, de cara a los objetivos del proceso penal, que una persona sea privada temporalmente de sus derechos políticos, si con ello no se beneficia la obtención de la verdad procesal ni la realización del derecho penal”.⁶⁵ En resumidas cuentas, el objetivo perseguido tras la limitación debe estar relacionado con los fines del procedimiento, lo cual no se cumple en este caso.

⁶¹ RÍOS VEGA, L. 2015, Op. Cit., p. 34.

⁶² Opinión Consultiva 5/85.

⁶³ FILIPPINI, L. y ROSSI, F. 2012, Op. Cit., p. 198.

⁶⁴ BARRIENTOS, I. 2011, Op. Cit., p. 278.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 286.

Así también se manifiesta Marshall, quien ha señalado que “la privación del derecho a sufragio debe ser considerada un efecto de la condena penal, y por tanto, no puede aplicarse anticipadamente”.⁶⁶ Mañalich también considera esto, pues estima que la propia Constitución consagra explícitamente una anticipación de la pena al establecer que el derecho al sufragio se suspende por la acusación de un delito que merezca pena aflictiva.⁶⁷

Podemos ver que, más allá de la situación particular de nuestro país, la doctrina lo que exige es que, si va a existir una limitación del derecho a sufragio, esta debe provenir de una condena penal, en donde ya se haya comprobado la culpabilidad del sujeto, y no que se aplique como pena anticipada.

⁶⁶ MARSHALL, P. 2016, Op. Cit., p. 13.

⁶⁷ MAÑALICH, J. 2011. El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos. Revista Derecho y Humanidades (18), p. 177.

IV. SUSPENSIÓN DEL DERECHO A SUFRAGIO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

En el presente capítulo se realiza una sistematización de los argumentos y planteamientos en los que ha coincidido la jurisprudencia internacional respecto al ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad.

La materia ha sido abordada por los tribunales de diversos países de América, Europa, Asia y África, así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), los que han analizado de forma acabada y desde diferentes aristas los requisitos que deben cumplir las limitaciones a este derecho. En atención a ello, y para efectos de un entendimiento más acabado del razonamiento y fallos de los tribunales, el capítulo consta de dos partes: en la primera de ellas se realiza un breve resumen de las sentencias más relevantes que se han pronunciado sobre la materia y luego, en la segunda, se sistematizan y desarrollan los estándares que de ellas se desprenden.

1. Síntesis de casos

a. Sudáfrica

i. *August v. Electoral Commission*

a. Hechos del caso

Este caso se origina en un contexto de silencio tanto constitucional como legislativo⁶⁸ respecto al ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad. Esta situación produjo que, en los hechos, las personas privadas de libertad se vieran impedidas de ejercer su derecho a voto, debido a la inexistente adopción de mecanismos para ello, a pesar de no existir ninguna restricción jurídica de su derecho a sufragio.

⁶⁸ SUDÁFRICA. Constitución. 1996. Artículo 1 letra d): “El sufragio universal para los ciudadanos mayores de edad, un padrón electoral nacional, elecciones regulares y un sistema de gobierno multipartidario, para asegurar los valores de responsabilidad, participación y apertura”. Mientras que el artículo 8 de la Ley Electoral de 1998 estipulaba: “El funcionario electoral jefe no podrá inscribir a una persona como votante si esa persona (a) Haya solicitado el registro de forma fraudulenta o de cualquier otra forma que no sea la prescrita; (b) No es ciudadano africano (c) Ha sido declarada por el Tribunal Superior como no apta para el ejercicio de sus funciones mentales o con trastornos mentales; (d) Está detenido en virtud de la Ley de salud mental de 1973; (e) No es residente habitual del distrito electoral para el que esa persona ha solicitado la inscripción”.

Así es como en el año 1999 dos personas, que en ese entonces se encontraban privadas de libertad, demandaron a la Comisión Electoral y a los Ministerios del Interior y de Servicios Correccionales, ante el Transvaal High Court, solicitando: (i) que declarase que todas las personas presas tienen el derecho a inscribirse como votantes y votar en las próximas elecciones y (ii) que ordenare a los demandados adoptar todas las medidas necesarias para que las personas privadas de libertad pudieran votar. En primera instancia, las pretensiones de los demandantes fueron rechazadas por el Tribunal, por lo que recurrieron al Tribunal Constitucional de Sudáfrica⁶⁹ que finalmente zanjó el asunto y cuya sentencia se analiza a continuación

La argumentación de los demandantes se centró en que el derecho a voto se encuentra consagrado en la Constitución, por lo que, en ausencia de una norma jurídica que los despojara de este, tenían el mismo derecho a ejercer el sufragio como cualquier otro ciudadano. En virtud de lo anterior, sostuvieron que la Comisión tenía la obligación de facilitar el registro y establecer las condiciones para que votaran.

La Comisión, por su parte señaló que su actuar no limitaba los derechos de los demandantes y que los reclusos, al cometer delitos, se habían privado a sí mismos de la oportunidad de registrarse y/o votar. Agregó que, a su juicio, existían una serie de problemas prácticos y técnicos que la imposibilitaban de proporcionar a los privados de libertad un mecanismo para ejercer su voto.

En contraposición, los dos restantes demandados no se opusieron a la solicitud y se mostraron dispuestos a cumplir lo que dictaminara la sentencia.

b. Decisión del Tribunal

En un fallo sumamente relevante para nuestro trabajo, por la similitud de la situación sudafricana con la situación chilena, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica anuló la sentencia emitida por el Transvaal High Court en primera instancia, declarando que todas las personas que se encontraban privadas de libertad tenían derecho a inscribirse como votantes y ejercer su derecho a voto. Fundó su argumentación en que “el voto de todos y cada uno de los

⁶⁹ August and Another v. Electoral Commission and Others (CCT8/99) [1999] ZACC 3; 1999 (3) SA 1; 1999 (4) BCLR 363 (1 April 1999). [en línea] <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/3.html>> [consulta: 9 de octubre de 2019].

ciudadanos es una insignia de dignidad y de la calidad de persona”⁷⁰ y que, al no haber una limitación al derecho a voto ni en la ley ni en la Constitución, las personas privadas de libertad debían poder ejercer su derecho de forma inalterada.

A juicio del Tribunal, “el derecho a voto, por su propia naturaleza, impone obligaciones positivas al poder legislativo y al ejecutivo”⁷¹ y, por la labor que realiza la Comisión, es esta la que debería haber implementado un procedimiento para que las personas privadas de libertad pudiesen inscribirse y votar. En este sentido, sentenció que la labor de la Comisión es gestionar las elecciones, no determinar el electorado.

Además, recordó que el único derecho que se les restringe a los presos es la libertad ambulatoria, por lo que los demás derechos deben poder ejercerlos de igual forma que cualquier otra persona.

En cuanto a los problemas prácticos que esgrimió la Comisión, el Tribunal sostuvo que “los prisioneros son literalmente una población cautiva, viviendo en un ambiente disciplinado y monitoreado de cerca”⁷² y, por esto mismo, la Comisión debería tener aún menos problemas para implementar un plan de votación de fácil gestión el día de las elecciones. En virtud de todo lo anterior, los demandados habrían violado la Constitución.

En todo caso, el Tribunal fue riguroso al señalar que esta sentencia no implicaba que el Parlamento no pudiese privar del derecho a voto a determinadas categorías de presos, “pero en ausencia de tal legislación, los prisioneros tienen el derecho constitucional de votar y ni la Comisión ni la Corte tienen el poder de privarlos del derecho a voto”.⁷³

ii. *Minister of Home Affairs v. NICRO*

a. Hechos del caso

⁷⁰ *Ibíd.*, paragraph 17: “*The vote of each and every citizen is a badge of dignity and of personhood*”.

⁷¹ *Ibíd.*, paragraph 16: “*The right to vote by its very nature imposes positive obligations upon the legislature and the executive*”.

⁷² *Ibíd.*, paragraph 28: “*Prisoners are literally a captive population, living in a disciplined and closely monitored environment*”.

⁷³ *Ibíd.*, paragraph 31: “*But, absent such legislation, prisoners have a constitutional right to vote and neither the Commission nor this Court has the power to disenfranchise them*”.

Luego de cinco, años el Tribunal Constitucional de Sudáfrica⁷⁴ nuevamente se pronunció sobre el tema, ya que, mediante una reforma a la ley electoral, se privó del derecho a voto a los condenados a penas de prisión sin la opción de fianza. De no haber mediado esta modificación, la Comisión Electoral se habría visto obligada a inscribir a todos los presos como votantes y proporcionar los mecanismos que fueren necesarios para ello.⁷⁵

Ante esta situación, el Instituto Nacional de Prevención del Delito y Reinserción del Delincuente y dos presos de la prisión de Pollsmoor solicitaron al Tribunal Constitucional de Sudáfrica que declarase la inconstitucionalidad de esta legislación, ya que, de lo contrario, se verían impedidos de votar en las elecciones que se celebrarían al año siguiente.

El Gobierno y la Comisión se opusieron a la solicitud y argumentaron que la legislación se encontraba amparada en el artículo 36 de la Constitución Sudafricana. Este precepto consagra la posibilidad de restringir los derechos fundamentales de los ciudadanos bajo ciertos parámetros y su premisa es que la limitación sea “razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad”.⁷⁶

El Tribunal Constitucional respondió que la sola alusión al artículo 36 de la Constitución no era suficiente para afirmar la constitucionalidad de la legislación, por lo que el Gobierno tenía la carga de probar e identificar los fines que se pretendía alcanzar mediante ella y por qué se consideraría “razonable para la prosecución de esa política limitar un derecho constitucional”.⁷⁷ En resumidas cuentas, el análisis sobre la legitimidad de las limitaciones a los derechos requería la realización de un test de proporcionalidad entre: (i) el alcance de la limitación (medio), que implicaba tomar en consideración tanto la importancia y naturaleza

⁷⁴ Minister of Home Affairs v. National Institute of Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO) and Others (CCT 03/04) [2004] ZACC 10; 2005 (3) SA 280 (CC); 2004 (5) BCLR 445 (CC) (3 March 2004). [en línea] <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/10.html>> [consulta: 11 de octubre de 2019].

⁷⁵ Modificación introducida en 2003 a la Ley Electoral, luego de la sentencia emitida en August v. Electoral Commission.

⁷⁶ SUDÁFRICA. Constitución. 1996. Artículo 36 (1): “Los derechos contenidos en la Declaración de Derechos sólo podrán verse limitados por las leyes de aplicación general, siempre que dicha limitación resulte razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad, tomando en consideración todos los factores relevantes, incluyendo: (a) la naturaleza del derecho; (b) la importancia del propósito de la limitación; (c) la naturaleza y el alcance de la limitación; (d) la relación entre la limitación y su propósito; y (e) los medios menos restrictivos para alcanzar el propósito”.

⁷⁷ Minister of Home Affairs v. National Institute of Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO), Op. Cit., paragraph 36: “the party relying on justification should place sufficient information before the court as to the policy that is being furthered, the reasons for that policy, and why it is considered reasonable in pursuit of that policy to limit a constitutional right”.

del derecho infringido, como el propósito que se pretendía alcanzar tras esa limitación, y (ii) la disponibilidad de otros medios menos restrictivos para lograr ese propósito.⁷⁸

Las razones que enunció el Gobierno para oponerse fueron dos: en primer lugar, la escasez de recursos y problemas logísticos, y, en segundo lugar, la injusticia de favorecer a las personas privadas de libertad frente a otros votantes, haciendo creer a la población que el Gobierno es “blando” con la delincuencia.

b. Decisión del Tribunal

El Tribunal Constitucional resolvió que, si bien el derecho a voto no es absoluto, las limitaciones tampoco lo son, por lo que se debía evaluar si tanto los motivos enunciados por el Gobierno, como la misma legislación privativa del derecho a voto, se adecuaban al test de proporcionalidad consagrado en el artículo 36 de la Constitución.

En cuanto a la escasez de recursos, el artículo 64 de la Ley Electoral⁷⁹ ordena que se instalen centros de votación móviles en las prisiones a fin de proporcionar el voto a las personas detenidas o en espera de juicio, por lo que en opinión de la Corte estas podrían ser utilizadas por el resto de la población penitenciaria sin escatimar en recursos.

Respecto al segundo de los motivos, condenó enfáticamente al Gobierno por utilizar el alarmante nivel de delincuencia para fundamentar restricciones a los derechos fundamentales, ya que las personas privadas de libertad mantienen vigentes sus derechos aun cuando se encuentren encarceladas, por lo que el Gobierno no puede utilizar a estas personas para “mejorar su imagen”.⁸⁰

Por último, tomando en consideración el caso *Sauvé v. Canadá*,⁸¹ resolvió que los artículos impugnados contendrían una exclusión demasiado general ya que se aplicaban de forma

⁷⁸ *Minister of Home Affairs v. National Institute of Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO)*, Op. Cit., paragraph 37.

⁷⁹ El artículo 64 de la Ley Electoral, es otra de las reformas introducidas el año 2003, tras la sentencia de *August v. Electoral Commission*.

⁸⁰ *Minister of Home Affairs v. National Institute of Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO)*, Op. Cit., paragraph 56.

⁸¹ Este caso se analiza más adelante.

indiscriminada sobre toda la población condenada a una pena de prisión, sin distinguir el tipo de delito y/o su gravedad.

b. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

i. Hirst v. United Kingdom

a. Hechos del caso

Este es el primer caso en que el TEDH se pronuncia sobre las restricciones al ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad,⁸² a propósito de la demanda interpuesta por el ciudadano inglés John Hirst en contra del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

El demandante alegó que en virtud de la legislación británica⁸³ fue objeto de una prohibición general de votar en las elecciones parlamentarias y locales mientras estuvo privado de libertad. Su demanda se fundaba en que la legislación vulneraba el artículo 3º del Protocolo N°1 del Convenio Europea de Derechos Humanos⁸⁴ (en adelante CEDH) que consagra el derecho a voto.⁸⁵

Alegó que la privación “no se derivaba de una decisión razonada y debidamente justificada tras un debate de fondo, sino de la adhesión a la tradición histórica”,⁸⁶ ya que “la razón

⁸² Hirst v. United Kingdom (N° 2) ([GC], N° 74025/01, TEDH 2005-IX). [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70442>>. [consulta: 14 de octubre de 2019]

⁸³ REINO UNIDO. Ley de Representación del pueblo. 1983. Artículo 3: “*El condenado durante el tiempo que permanezca recluso en una institución penitenciaria en cumplimiento de su condena (...) es legalmente incapaz de votar en cualquier elección parlamentaria o local*”. Hirst v. United Kingdom (N° 2), Op. Cit., paragraph 21: “*(1) A convicted person during the time that he is detained in a penal institution in pursuance of his sentence (...) is legally incapable of voting at any parliamentary or local election*”.

⁸⁴ CEDH. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950. Artículo 3, Protocolo N°1: “*Las Altas Partes Contratantes se comprometen a celebrar elecciones libres, a intervalos razonables y en votación secreta, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del poder legislativo*”.

⁸⁵ El artículo 3 del Protocolo N°1 del CEDH, no menciona expresamente el derecho a sufragio, sin embargo el TEDH, mediante el análisis de los trabajos preparatorios que rodearon a este precepto y de la interpretación de la Convención en su conjunto, ha llegado a la conclusión de que este sí consagra el derecho a sufragio activo y pasivo. Para más detalle, véase Mathieu-Mohin y Clerfayt v. Bélgica, sentencia de 2 de mayo de 1987, serie A n° 113, págs 22-23, art. 46-51).

⁸⁶ Hirst v. United Kingdom (N° 2), Op. Cit., paragraph 42: “*not out of a reasoned and properly justified decision following thorough debate but out of adherence to historical tradition*”.

invocada en el Parlamento es que la privación del derecho al voto de un preso convicto se considera parte de su castigo”,⁸⁷ lo que a su juicio no constituye un objetivo legítimo.

Además, cuestionó la existencia de pruebas que demostraran la conexión entre el castigo de privación del derecho a voto y la prevención de la comisión de delitos, por lo que alegó que la legislación era desproporcionada y arbitraria, ya que no “guarda relación con la naturaleza o la gravedad del delito y sus efectos sobre los reclusos varían en función de que su encarcelamiento coincida o no con una elección”.⁸⁸

El Gobierno, por su parte, expuso que el derecho a voto no es un derecho absoluto, sino que, por el contrario, admite limitaciones que dependen de la apreciación de cada uno de los Estados Contratantes. Con respecto a la alegación del demandante donde indicó que la norma en cuestión no derivaba de un proceso de discusión del Parlamento, sino de una mera “adhesión histórica”, el Gobierno expresó que esta consideración era errónea y que, en realidad, esta limitación se había mantenido por años con la aprobación expresa del Parlamento.

Asimismo, argumentó que esta normativa poseía fines totalmente legítimos y relacionados entre sí: castigar, prevenir el delito y aumentar la responsabilidad cívica y el respeto por el Estado de Derecho. Por último, explicó que era una medida proporcionada ya que “solo afectaba a los que habían sido condenados por delitos lo suficientemente graves, en las circunstancias individuales como para justificar una pena privativa de libertad inmediata”.⁸⁹

b. Decisión del Tribunal

Lo que hace el TEDH es determinar si la legislación cumple con los requisitos establecidos en el artículo 3º del Protocolo N°1, cuales son: “que las condiciones no menoscaban los derechos en cuestión hasta el punto de menoscabar su propia esencia y privarlos de su eficacia; que se imponen en aras de una finalidad legítima y que los medios empleados no son

⁸⁷ *Ibíd.*, paragraph 44: “*The reason relied on in Parliament was that the disenfranchisement of a convicted prisoner was considered part of his punishment*”.

⁸⁸ *Ibíd.*, paragraph 45: “*It was unrelated to the nature or seriousness of the offence and varied in its effects on prisoners depending on whether their imprisonment coincided with an election*”.

⁸⁹ *Ibíd.*, paragraph 51: “*as it only affected those who had been convicted of crimes sufficiently serious, in the individual circumstances, to warrant an immediate custodial sentence*”.

desproporcionados”.⁹⁰ Asimismo, subrayó que cualquier limitación del derecho a sufragio puede atentar contra la democracia, razón por la cual era de suma importancia analizar si la restricción en este caso era compatible con el artículo 3º del Protocolo N°1.

En cuanto a los objetivos legítimos, la Corte aceptó que la limitación del derecho a voto persigue los objetivos señalados por el Gobierno, ya que, si bien la eficacia de esta restricción puede ser cuestionada, lo cierto es que el artículo 3º del Protocolo N°1, no establece que las limitaciones deban tener algún objetivo en específico.⁹¹

Por último, en cuanto a la proporcionalidad, el Tribunal partió de la base de que la restricción del derecho a voto, contenida en la legislación, afectaba a una amplia variedad de condenados, desde los sentenciados a cadena perpetua hasta los condenados por delitos menos graves,⁹² por lo que resolvió que la disposición en cuestión imponía una restricción general a todos los reclusos de forma automática, independiente de la naturaleza o gravedad del delito y de las circunstancias particulares de cada caso.⁹³ Bajo esta presunción, la restricción quedaba fuera de cualquier margen de apreciación posible que se le otorgara a los Estados Contratantes, violando el artículo 3º del Protocolo N°1.

ii. *Frodl v. Austria*

a. Hechos del caso

En el año 2004 el TEDH volvió a pronunciarse sobre el tema a propósito de la demanda interpuesta por el ciudadano austríaco Helmut Frodl,⁹⁴ quien había sido condenado a cadena perpetua en Austria y que, en virtud del artículo 22 de la Ley Electoral, se había visto privado de su derecho a voto. La legislación austríaca, a diferencia de la británica, no privaba del derecho a voto a todos los condenados a prisión, sino que solo a quienes cumplieran penas superiores a un año, encontrándose el demandante en este supuesto.

⁹⁰ *Ibíd.*, paragraph 62: “that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate”.

⁹¹ *Ibíd.*, paragraph 74.

⁹² *Ibíd.*, paragraph 77.

⁹³ *Ibíd.*, paragraph 82.

⁹⁴ *Frodl v. Austria* [2010] ECHR 508. (08/04/2010, First Section of the European Court of Human Rights). [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-98132>> [consulta: 15 de octubre de 2019].

Frodl argumentó que, cuando un precepto legal impone limitaciones o restricciones al ejercicio de un derecho, es necesario que este vaya acompañado de una justificación sobre los fines que pretende alcanzar. Agregó que no bastaba con una mera enunciación de los objetivos, sino que se requería, además, que existiera una proporcionalidad entre estos y la medida restrictiva y que se probase cómo es que mediante dicha vía se alcanzaría el objetivo previsto en la ley.

Por lo mismo, la legislación austríaca era inconstitucional, ya que imponía una restricción de carácter general basada únicamente en la gravedad del delito, por lo que, en definitiva, la privación del sufragio se sustentaba en la “peligrosidad” del sujeto, determinada en atención a los años de condena y no así en las circunstancias específicas de cada caso.

Por su parte, el Gobierno basó su argumentación en que la cuestión sobre la constitucionalidad de la legislación ya había sido resuelta por el Tribunal Constitucional en noviembre del año 2003. En el fallo se determinó que la privación del derecho a sufragio era compatible con el artículo 3° del Protocolo N°1, al encontrarse dentro “del margen de apreciación que se concede a la legislatura nacional en materia de elección(es)”.⁹⁵

Agregó que en el caso *Hirst v. United Kingdom* este Tribunal había determinado que solo se infringía el artículo 3° cuando la legislación privaba del derecho a voto a todos los condenados de forma general y automática, sin tomar en consideración elementos particulares del caso. En este sentido, recalcó que la legislación austríaca, a diferencia de la británica, sí tomó en consideración la duración de la pena, por lo que no existía una privación general e indiscriminada.

b. Decisión del Tribunal

En su sentencia, el Tribunal subrayó que el derecho a voto es de vital importancia para el mantenimiento de una democracia efectiva y que, si bien los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para organizar y gestionar los sistemas electorales, es al Tribunal al que le corresponde en última instancia determinar si es que la legislación cumple con los requisitos del artículo 3° del Protocolo N°1.

⁹⁵ *Ibíd.*, paragraph 15: “*within the margin of appreciation afforded to the legislature in matters of election of the legislature*”.

Teniendo en consideración lo anterior, concluyó que la legislación austríaca, si bien no se aplicaba de manera generalizada y automática sobre toda la población condenada a prisión, carecía de un elemento esencial, cual era “que la decisión sobre la privación del derecho a voto sea tomada por un juez, teniendo en cuenta las circunstancias particulares”⁹⁶ del caso. En este sentido, agregó que “debe existir un vínculo entre el delito cometido y las cuestiones relacionadas con las elecciones y las instituciones democráticas”,⁹⁷ lo cual debe justificar el juez al momento de adoptar la decisión, es decir, se debe “explicar por qué, en las circunstancias del caso concreto, era necesaria la privación del derecho a voto”.⁹⁸

c. Hong Kong

i. Chan Kin Sum v. Secretary for Justice

a. Hechos del caso

En este caso se presentan una serie de problemáticas respecto al derecho a voto de las personas privadas de libertad, no obstante, aquí se analizan solamente aquellas temáticas relevantes para el análisis posterior de la situación chilena.

El año 2008 dos personas privadas de libertad en conjunto con un activista del referido país impugnaron la legislación de Hong Kong, por impedirles inscribirse como votantes y votar en las elecciones.⁹⁹ La legislación disponía que las personas sentenciadas a muerte y aquellas que estaban cumpliendo una condena de prisión se encontraban descalificadas para registrarse como electores y votar. Frente a esto, los demandantes le solicitaron a la Corte Suprema de Hong Kong que se pronunciara sobre la legitimidad de restringir el derecho a voto de los condenados y bajo qué condiciones.

⁹⁶ *Ibíd.*, paragraph 34: “the decision on disenfranchisement should be taken by a judge, taking into account the particular circumstances”.

⁹⁷ *Ibíd.*, paragraph 34: “there must be a link between the offence committed and issues relating to elections and democratic institutions”.

⁹⁸ *Ibíd.*, paragraph 35: “explaining why in the circumstances of the specific case disenfranchisement was necessary”.

⁹⁹ *Chan Kin Sum v. Secretary for Justice*. 2009. 2 HKLRD 166 and [2008] 6 HKC 486.

b. Decisión del Tribunal

En su sentencia, la Corte reconoció que, si bien el derecho a voto no es absoluto, existen restricciones a las limitaciones que se pueden imponer a su ejercicio,¹⁰⁰ por lo que la cuestión sometida a su decisión consistió en “determinar si es que las limitaciones existentes son razonables o no y la forma de determinarlo es mediante el test de proporcionalidad”.¹⁰¹

De acuerdo con el test de proporcionalidad, se debe analizar primeramente si es que existen objetivos legítimos tras la limitación. Al respecto, la Corte señaló que, como la privación del derecho a voto era absoluta, ya que se aplicaba indiscriminadamente sobre todo tipo de delito, resultaba difícil determinar si existía un objetivo legítimo tras la decisión. Además, agregó que la legislación privativa podía conllevar situaciones absurdas, como por ejemplo que una persona condenada por un delito de alta gravedad sea liberada justo antes de las elecciones y pueda votar, mientras que una persona condenada por un delito de baja gravedad, que por azar se encuentre el día de las elecciones privada de libertad, no pueda votar.¹⁰² En definitiva, el hecho de que no exista una diferenciación entre todas las situaciones en las que se ha privado del derecho a voto a una persona privada de libertad desmorona la argumentación de los objetivos legítimos que busca perseguir.

En segundo lugar, la Corte evaluó si existía una conexión entre la normativa que limitaba el derecho a voto y los objetivos que el Gobierno señaló que poseía esa restricción, y consideró que, aun cuando pudieran ser objetivos legítimos, no se comprobó que la limitación del derecho a voto efectivamente contribuyese a alcanzar ninguno de ellos.

Por último, el Tribunal se pronunció sobre la situación particular en la que se encontraban las personas en prisión preventiva, ya que si bien ninguna de las disposiciones legales las privaba de su derecho a voto, en la práctica se vieron impedidas de ejercerlo al no haberse adoptado los mecanismos necesarios para permitir su acceso a las urnas electorales. Ante esta situación, el Tribunal, tomando en consideración el fallo dictado en *August v. Electoral Commission*, resolvió, tras analizar las atribuciones que la ley otorga a la Comisión, que era su obligación y

¹⁰⁰ *Ibíd.*, paragraph 101.

¹⁰¹ *Ibíd.*, paragraph 73: “*in determining whether a restriction is an unreasonable one or not, it is appropriate to apply the proportionality test or something similar*”.

¹⁰² *Ibíd.*, paragraph 124.

responsabilidad adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el ejercicio de este derecho constitucional.¹⁰³

Debido a lo anterior, el Tribunal concluyó que el sistema general, absoluto y automático de restricción del derecho a voto de las personas privadas de libertad no era justificable bajo el test de proporcionalidad.¹⁰⁴

d. Canadá

i. Caso Sauvé v. Canadá

a. Hechos del caso

En el año 1993, Richard Sauvé reclamó ante la Corte Suprema de Canadá la inconstitucionalidad de la legislación electoral, por haber privado del derecho a voto a los condenados a penas de prisión de dos o más años. El Gobierno reconoció que la legislación vulneraba el derecho a voto de las personas privadas de libertad, pero señaló que esta se encontraría amparada en el ordenamiento jurídico, ya que la misma Carta de Derechos, en su artículo 1º, consagra la posibilidad de restringir los derechos y libertades enunciados en ella. Por último, agregó que privar del derecho a voto a los presos es una decisión política, por lo que los jueces debían acatar la voluntad de los legisladores.

Para la Corte, no bastaba con señalar que la vulneración de un derecho fundamental se encontraba justificada en el artículo 1º de la Carta, sino que, por el contrario, el Gobierno debía demostrar que la legislación cumplía con los requisitos establecidos en el mismo.¹⁰⁵ El artículo 1º exige dos cuestiones fundamentales: (i) probar que la legislación busca alcanzar un objetivo válido desde un punto de vista constitucional y (ii) que la medida sea proporcional a los beneficios que espera generar.

¹⁰³ *Ibíd.*, paragraph 187.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, paragraph 164.

¹⁰⁵ CANADÁ. Carta Canadiense de Derechos y Libertades. 1982. Artículo 1: “*La Carta Canadiense de Derechos y Libertades garantiza los derechos y las libertades enunciados en ella, mismos que sólo pueden ser restringidos por ley, dentro de límites razonables cuya justificación se pueda demostrar en el marco de una sociedad libre y democrática*”.

Los objetivos esbozados por el Gobierno a fin de justificar la privación del derecho a voto fueron dos: “(i) aumentar la responsabilidad cívica y el respeto al Estado de Derecho y (ii) infligir una sanción adicional o destacar los objetivos generales de la sanción penal”.¹⁰⁶

b. Decisión del Tribunal

Respecto a los fines esbozados por el Gobierno, la Corte resolvió que eran vagos y simbólicos, ya que “los términos que los expresan contienen diversos significados, pero nos dicen poco sobre las razones que hacen necesaria la restricción del derecho y lo que se pretende alcanzar concretamente”.¹⁰⁷ Ante la ausencia de un objetivo debidamente determinado, no era posible realizar un test de proporcionalidad, pero la Corte señaló que por temas de prudencia igualmente efectuaría el análisis.

En cuanto a la exigencia de proporcionalidad, expuso que esta implicaba demostrar que la privación del derecho a voto permitiría el cumplimiento de los objetivos invocados por el Gobierno y que los beneficios aparejados a la medida eran mayores que los perjuicios ocasionados con su imposición, de lo contrario sería inconstitucional. Respecto al primer objetivo, la Corte resolvió que “el mensaje educativo que el gobierno pretende enviar al quitar el derecho a voto (...) es, a la vez, antidemocrático e intrínsecamente contradictorio”.¹⁰⁸ Además, “envía el mensaje de que quienes cometen infracciones graves no se consideran más como miembros de la comunidad, sino como personas temporalmente exiliadas de nuestro sistema de derecho y democracia”.¹⁰⁹

Respecto al segundo de los objetivos, sostuvo que la pena debe cumplir con la exigencia de no ser arbitraria, para lo cual debe ajustarse “exactamente a las acciones y al caso particular del crimen cometido por el infractor”.¹¹⁰ En este sentido, la pena contemplada en la legislación “tiene poca relación con el crimen particular cometido por el infractor”,¹¹¹ ya que se aplicaba de forma generalizada a todo condenado a prisión por dos o más años, sin distinguir, entre

¹⁰⁶ DÍEZ R. y PÉREZ G. 2013. *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68. Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras. [en línea] <<https://www.te.gob.mx/publicaciones/content/sauv%C3%A9-v-canada-chief-electoral-officer-2002-3-scr-519-2002-scc-68>> [consulta: 29 septiembre 2019].

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*

quienes cumplían sentencias por veinte años y quienes cumplían por dos años. Por último, la Corte resolvió que la privación del derecho a voto no disuade ni rehabilita a los condenados, sino que “al contrario (...) la participación en el proceso político constituye un medio valioso para enseñar los valores democráticos y responsabilidad cívica”.¹¹² Debido a todo lo anterior, la Corte concluyó que el precepto era inconstitucional.

2. Sistematización de los estándares de la jurisprudencia analizada

En este apartado, se identifican y sistematizan los argumentos y planteamientos en los que han concordado los tribunales internacionales al momento de resolver cuestiones relativas a esta materia, configurando un marco esquematizado de los estándares seguidos por la jurisprudencia internacional.

a. El derecho a voto no es absoluto

A excepción del caso *August v. Electoral Commission*, en los restantes fallos los tribunales determinaron y partieron de la premisa de que el derecho a voto no es un derecho absoluto y que por ende admite limitaciones en su ejercicio.

Los argumentos que utilizaron para sustentar esta premisa fueron dos: (i) la existencia de numerosas formas de organizar los sistemas electorales y (ii) la Constitución o Carta de Derechos de los respectivos países.

En cuanto al primero de los argumentos, el TEDH señaló que existen “numerosas formas de organizar y gestionar los sistemas electorales y una gran variedad de diferencias, (...) en el desarrollo histórico, la diversidad cultural y el pensamiento político dentro de Europa, que cada Estado contratante debe plasmar en su propia visión de la democracia”.¹¹³

En cuanto al segundo de los argumentos, en el caso *Minister of Home Affairs v. NICRO y Sauvé v. Canadá*, es la Constitución Sudafricana y la Carta Canadiense de Derechos, respectivamente, la que dispone de forma expresa que la generalidad de los derechos enunciados en ellas admite limitaciones, siempre y cuando se establezcan mediante una ley y

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ *Hirst v. United Kingdom (N  2)*, Op. Cit., paragraph 61: “*There are numerous ways of organising and running electoral diversity and political thought within Europe which it is for each Contracting State to mould into their own democratic vision*”.

cumpliendo con los requisitos que el mismo artículo dispone. Al igual que en el caso anterior, estos se encuentran directamente relacionados con la democracia representativa.

b. Respeto a la democracia

Asentado que el derecho a voto no es absoluto, queda por analizar cuáles son las limitaciones que se pueden imponer válidamente a su ejercicio, y es en este punto donde los tribunales establecen que deben ser concordantes con la protección a la democracia representativa.

El Tribunal de Canadá fundó su argumentación en que, en un sistema democrático, el voto constituye la fuente de legitimidad del poder estatal, por lo que “un gobierno que otorga el derecho a voto solo a un grupo (...) de ciudadanos, es un gobierno que disminuye su capacidad para actuar con carácter de representante legítimo de los ciudadanos excluidos de este grupo, contradice su pretensión de ser una democracia representativa y erosiona su poder de condenar y castigar a los contraventores”.¹¹⁴

Por otro lado, el TEDH estableció que para mantener la protección del sistema democrático las condiciones que se impongan al ejercicio del derecho a voto no deben impedir la libre expresión del pueblo, sino que deben reflejar la preocupación del Estado por mantener y proteger “la integridad y eficacia del procedimiento electoral destinado a identificar la voluntad del pueblo mediante el sufragio universal”.¹¹⁵

Los tribunales a modo de ejemplo enumeraron limitaciones que consideraron razonables para la protección de la democracia, tales como limitar el ejercicio del derecho a voto a una edad mínima razonable para asegurar la madurez de los participantes electorales o exigir residencia en el Estado del que se trate, a efectos de asegurar que quienes participen del proceso electoral “tienen vínculos suficientemente continuos o estrechos con el país”.¹¹⁶

¹¹⁴ DÍEZ R. y PÉREZ G. 2013, Op. Cit.

¹¹⁵ *Frodl v. Austria* [2010], Op. Cit., paragraph 24: “*the concern to maintain the integrity and effectiveness of an electoral procedure aimed at identifying the will of the people through universal suffrage*”.

¹¹⁶ *Hirst v. United Kingdom* (Nº 2), Op. Cit., paragraph 61: “*those with sufficiently continuous or close links to, or a stake in, the country concerned*”.

c. Las personas privadas de libertad mantienen todos aquellos derechos de los que no se les haya privado por ley o mediante condena por sentencia firme

Los tribunales concuerdan en que los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad se mantienen vigentes, a menos que por ley o mediante la condena se decida restringir alguno de ellos. En este sentido, las sentencias del TEDH subrayan “que los reclusos en general siguen disfrutando de todos los derechos y libertades garantizados por la convención, salvo el derecho a la libertad”.¹¹⁷

En los casos de Canadá y Sudáfrica, es la misma Constitución la que exige que las limitaciones a los derechos fundamentales se efectúe mediante una ley, lo que se conoce como exigencia de reserva legal.

Respecto a la exigencia de que los derechos sean limitados mediante una condena, esto guarda directa relación con el test de proporcionalidad, ya que será el juez el que, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso, decidirá si es necesario o no limitar ciertos derechos de la persona condenada.

d. Requisitos que deben cumplir las limitaciones al derecho a voto de las personas privadas de libertad

i. Fin legítimo

Al igual que en la doctrina, los tribunales exigen que exista una razón o motivo legítimo tras la decisión de limitar el derecho a voto de las personas privadas de libertad. A modo de ejemplo, los gobiernos invocaron los siguientes fines: sancionar la delincuencia,¹¹⁸ aumentar la responsabilidad cívica,¹¹⁹ el respeto del Estado de Derecho,¹²⁰ el incentivo a la conducta ciudadana,¹²¹ entre otros.

¹¹⁷ Hirst v. United Kingdom (Nº 2), Op. Cit. paragraph 69: “*That prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty*”.

¹¹⁸ En los siguientes casos: Chan Kin Sum v. Secretary for Justice, Hirst v. United Kingdom, Sauvé v. Canadá, Minister of Home Affairs v. NICRO y Frodl v. Austria.

¹¹⁹ En los siguientes casos: Chan Kin Sum v. Secretary for Justice, Hirst v. United Kingdom, Sauvé v. Canadá, Minister of Home Affairs v. NICRO y Frodl v. Austria.

¹²⁰ En los siguientes casos: Chan Kin Sum v. Secretary for Justice, Hirst v. United Kingdom, Sauvé v. Canadá, Minister of Home Affairs v. NICRO y Frodl v. Austria.

¹²¹ En los siguientes casos: Chan Kin Sum v. Secretary for Justice y Hirst v. United Kingdom.

En cuanto a la exigencia de legitimidad, parece no existir consenso en los tribunales respecto a en qué casos un objetivo es legítimo. Por ejemplo, en los casos del TEDH, todos los objetivos presentados por el gobierno fueron aceptados por el Tribunal, ya que, a su juicio, “el artículo 3 del Protocolo N°1 no especifica ni limita, como otras disposiciones del Convenio, los objetivos que debe perseguir una restricción. Por lo tanto, una amplia gama de fines puede ser compatible con el artículo 3”.¹²² Por el contrario, en el caso *Sauvé v. Canadá*, la Corte de este país estableció que “los objetivos no deben ser “triviales” o “contrarios a los principios que constituyen una sociedad libre y democrática”.¹²³ Asimismo, afirmó que los objetivos no podían ser ambiguos o vagos, ya que esto se prestaría para deformaciones y manipulaciones.

En el caso *Minister of Affairs v. NICRO*, conocido por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, también se hace un análisis profundo de cuáles son estos objetivos legítimos. Así, el tribunal consideró que el Gobierno, además de mencionar cuál es el objetivo que se busca mediante una limitación, debía presentar información suficiente relativa a las razones de por las que estima que se debe limitar un derecho constitucional.¹²⁴

Ahora bien, es consenso en la jurisprudencia internacional analizada que la carga de probar este objetivo legítimo la tiene el gobierno, ya que es este la parte que lo invoca. Así se ha manifestado la Suprema Corte de Canadá, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema de Hong Kong.

ii. Test de proporcionalidad

Este requisito exige el cumplimiento de tres cuestiones fundamentales; (i) la privación del derecho a voto debe atender a las circunstancias particulares de cada caso, (ii) debe existir una conexión razonable entre la medida privativa del derecho a voto y el fin que se pretende alcanzar mediante ella y (iii) no debe existir otro medio menos gravoso para alcanzar los fines perseguidos por la medida.

¹²² *Hirst v. United Kingdom* (N° 2), Op. Cit. paragraph 74: “That Article 3 of Protocol No. 1 does not, like other provisions of the Convention, specify or limit the aims which a restriction must pursue. A wide range of purposes may therefore be compatible with Article 3”.

¹²³ DÍEZ R. y PÉREZ G. 2013, Op. Cit.

¹²⁴ *Minister of Home Affairs v. National Institute of Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders* (NICRO), Op. Cit., paragraph 36.

Respecto al primer punto, los tribunales han exigido que la medida se imponga tomando en consideración la duración de la pena, la naturaleza o gravedad del delito y las circunstancias individuales de cada caso. Incluso, recomiendan que la decisión sea tomada por un juez “teniendo en cuenta las circunstancias particulares, y que debe existir un vínculo entre el delito cometido y las cuestiones relacionadas con las elecciones y las instituciones democráticas”.¹²⁵

En cuanto al segundo de los requisitos, los sentenciadores concuerdan en que debe existir un vínculo racional entre la medida privativa del derecho a voto y los objetivos que se pretenden alcanzar mediante ella. Existe un vínculo racional cuando, “aunque no se pueda demostrar empíricamente la existencia de un vínculo causal entre la privación del derecho al voto de los presos y los objetivos, la razón, la lógica y el sentido común, así como la abundante evidencia pericial, permiten concluir que existe un vínculo racional entre la inhabilitación para votar de las personas encarceladas (...) y los objetivos”.¹²⁶

Respecto al último punto, el test de proporcionalidad implica tomar en consideración la importancia que tiene el derecho infringido, que en este caso guarda directa relación con el mantenimiento y protección de la democracia, y a su vez que no exista ningún otro medio menos gravoso y restrictivo para lograr los beneficios que se pretenden alcanzar mediante dicho precepto.

e. Los Estados tienen la obligación de realizar acciones positivas que permitan garantizar el ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad

En algunas de las sentencias analizadas, particularmente las de los casos *August v. Electoral Commission* y *Chan Kin Sum v. Secretary for Justice*, no existía una norma legal o una consagración constitucional que limitara el derecho a voto de las personas privadas de libertad, por lo que los tribunales concluyeron que estas podrían perfectamente ejercer su derecho a voto, y no tan solo eso, sino que era obligación de los órganos del Estado encargados de las elecciones adoptar las acciones que permitían el ejercicio de ese derecho.

¹²⁵ *Frodl v. Austria* [2010], Op. Cit., paragraph 34: “*taking into account the particular circumstances, and that there must be a link between the offence committed and issues relating to elections and democratic institutions*”.

¹²⁶ DÍEZ R. y PÉREZ G. 2013, Op. Cit.

En otras palabras, si existe una parte de la población penitenciaria que no ha visto limitado su derecho a sufragio, es deber del Estado realizar acciones positivas para asegurar que puedan votar. Esto puede significar que deban abrirse mesas de votación dentro de los recintos penitenciarios o que las personas privadas de libertad sean conducidas a algún centro de votación. Lo que se busca evitar entonces es que por el mero hecho de la encarcelación a las personas se les prive de un derecho fundamental que mantienen vigente según la regulación legal y constitucional.

Respecto al argumento esbozado por algunos gobiernos en cuanto a que sería injusto permitir a las personas privadas de libertad votar cuando existen personas que, por estar hospitalizadas, enfermas o ser de mayor edad tampoco pueden ir a votar, los tribunales han respondido que, si bien esta objeción es cierta, en estas otras situaciones no ha sido el Estado el que ha puesto a las personas en esas circunstancias, a diferencia del caso de los privados de libertad en el que ha sido justamente el Estado el que ha generado esta situación y, por tanto, debe hacerse cargo de la misma.

V. APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN EL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN LA MATERIA

En el presente capítulo se analizan los últimos trece fallos¹²⁷ que nuestra Excelentísima Corte Suprema ha emitido en la materia, a efectos de verificar si es que en nuestro país se ha dado cumplimiento a los estándares internacionales ya expuestos o si por el contrario nos encontramos apartados de estos. Los fallos que se comentan corresponden a los trece recursos de protección presentados por el INDH en diferentes regiones del país durante el año 2017, con el objeto de conseguir que las personas privadas de libertad pudieran ejercer su derecho a voto en las elecciones parlamentarias y presidenciales que se realizaron en noviembre de ese mismo año.

1. Argumentos de los recurrentes

En los distintos recursos presentados por el INDH, el contexto de las personas en cuyo favor se recurre es el mismo: personas que se encuentran privadas de libertad y habilitadas jurídicamente para sufragar pero que no se les ha permitido en los hechos ejercer el derecho a sufragio. En atención a ello, el INDH funda sus recursos en la vulneración de los siguientes derechos: (i) derecho al sufragio, (ii) derecho a la igualdad ante la ley y (iii) derecho a la libertad de emitir opinión.

Con respecto al derecho a sufragar, alegó que el Estado tiene el deber de garantizar su pleno ejercicio para la efectividad de una sociedad democrática. En este sentido, no basta solamente consagrar el derecho al sufragio, sino que el Estado debe producir las condiciones y mecanismos que sean óptimos para garantizar el ejercicio de los derechos políticos en la sociedad.

En cuanto a la libertad de emitir opinión, señaló que el derecho al sufragio se puede entender como una forma de ejercer la libertad de expresión en un proceso electoral. En efecto, a

¹²⁷ 1) Rol 38.742-2017, 2) Rol 39.698-2017, 3) Rol 39.970-2017, 4) Rol 39.989-2017, 5) Rol 40.094-2017, 6) Rol 40.190-2017, 7) Rol 40.191-2017, 8) Rol 40.318-2017, 9) Rol 40.816-2017, 10) Rol 41.361-2017, 11) Rol 42.431-2017, 12) Rol 42.463-2017, 13) Rol 40.179-2017.

través del voto quienes son titulares de este derecho pueden emitir una opinión como electores, respecto a quiénes deberían ser las personas elegidas para desempeñar determinados cargos o respecto a decisiones sometidas a consultas. En este marco, el sufragio de las personas privadas de libertad constituye una medida de inclusión y profundización democrática, que aspira a una mayor equidad en la participación política de todos los ciudadanos y ciudadanas.

Por último, respecto a la igualdad ante la ley, expresó que existe un trato discriminatorio que perjudica a las personas privadas de libertad, debido a que a estas no se les permite ejercer su derecho a sufragio, mientras que al resto de la población sí. Este trato diferenciado desemboca en desigualdades que generan que personas reclusas y habilitadas para votar se encuentren en un estatus desigual con respecto al resto de la población habilitada para sufragar, ya que es producto de su situación de encierro, y no por haber perdido constitucionalmente su calidad de ciudadanos, que se las ha privado de facto de su derecho a sufragio.

Por tanto, a juicio del INDH, existe una omisión ilegal y discriminatoria por parte del Servel y de Gendarmería, ya que no existe una norma constitucional ni legal que justifique esta privación, lo cual atenta contra la igualdad ante la ley y la libertad de emitir opinión. En la misma línea, argumentó que ambos organismos tienen el deber jurídico de actuar garantizando el ejercicio legítimo de estos derechos.

Respecto a las leyes que regulan a Gendarmería y el Servel,¹²⁸ el INDH alegó que sus disposiciones no eximen a estos organismos de la observancia de los derechos fundamentales en el ejercicio de sus funciones. Como todos los demás órganos del Estado, sus actuaciones están sujetas al límite impuesto por las garantías constitucionales, dentro de las cuales se encuentra el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación y el derecho a emitir opinión. Además, considera que ninguna de las dos instituciones está sujeta a normas que les impidan crear un mecanismo para garantizar que las personas privadas de libertad ejerzan su derecho a sufragio.

Por último, alegó que existió (y existe) una falta de servicio en su actuar, entendida como una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración. Esta falta de servicio se

¹²⁸ En relación al Servel, las Leyes N° 18.700 y N° 18.556; y con respecto a Gendarmería, la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería y Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

constituye ya que ambos han desatendido sus obligaciones legales¹²⁹ y no actuaron de manera coordinada en la disposición de medidas para que los presos pudieran votar.

2. Argumentos de los recurridos

Tanto el Servel como Gendarmería de Chile solicitaron el rechazo de todas y cada una de las acciones deducidas por el INDH, por considerar que existe una imposibilidad legal para adoptar los mecanismos que permitan el ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad. En particular, el Servel alegó que los recintos penitenciarios no pueden considerarse como nuevas circunscripciones electorales, ya que, sobre la base del artículo 50 de la Ley 18.556, “la unidad natural de toda circunscripción electoral es la comuna”,¹³⁰ es decir, un determinado territorio, y no así un bien inmueble como lo es un recinto o establecimiento penitenciario. Por lo que, si bien la norma lo habilita a crear nuevas circunscripciones, no se cumple con ninguno de los criterios objetivos que se requiere para su creación.

Además, indicó que la cárcel no puede ser considerada como local de votación aun cuando tenga el carácter de recinto público, ya que, por las circunstancias particulares que rodean los recintos penitenciarios, se infringiría la normativa electoral. Asimismo, se produciría un enfrentamiento entre la normativa electoral y la de Gendarmería, ya que el resguardo de las mesas de votación corresponde a las Fuerzas Armadas y a Carabineros de Chile, mientras que el resguardo de los recintos penitenciarios corresponde a Gendarmería. Por último, estimó que los establecimientos penitenciarios no constituyen domicilio electoral, por cuanto la estancia en ellos es transitoria y contra la voluntad de las personas privadas de libertad.

Por su parte, Gendarmería reiteró que el ingreso de una persona a un centro penitenciario no implica un cambio en su domicilio electoral y que existe una imposibilidad legal para constituir mesas al interior de los recintos penitenciarios. En relación con esto último, argumentó que no se encuentra dentro de sus competencias la constitución, control y

¹²⁹ Específicamente, en relación al Servel, los artículos 50, 60 y 67 de la ley N° 18.556, en relación con el artículo 52 de la Ley N° 18.700 y los artículos 3°, 5°, 28 y 62 de la Ley N° 18.575; y en relación a Gendarmería, los artículos 2° y 4° Decreto Supremo N° 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, en relación con los artículos 8°, 10°, 21 bis, 23, 25 y 26 de la Ley N° 18.556, en relación con los artículos 3°, 5°, 28 y 62 de la Ley N° 18.575.

¹³⁰ C. Suprema, 26 octubre 2017, Rol N° 39.989-2017, c. 3°.

vigilancia de las mesas de votación, las que por ley corresponden al Servel, a las Fuerzas Armadas, a Carabineros de Chile y a las municipalidades, instituciones que no poseen autoridad al interior de un recinto penitenciario. En cuanto a la posibilidad de trasladar a los internos a sus mesas de votación, indicó que la salida de un interno desde un recinto penitenciario requiere que este vaya custodiado por dos funcionarios de Gendarmería, lo que implica una importante disminución del personal y una afectación de las labores de vigilancia y seguridad al interior de los recintos penitenciarios.

3. Razonamiento de la Corte Suprema y estándares internacionales

De los trece recursos presentados por el INDH, doce fueron rechazados en primera instancia por las Cortes de Apelaciones respectivas y uno fue acogido por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas. El INDH apeló en los doce recursos que fueron rechazados, mientras que Gendarmería y el Servel apelaron respecto al único recurso acogido. El 26 de octubre de 2017, la Excelentísima Corte Suprema resolvió acoger cinco de los recursos de protección interpuestos por el INDH.¹³¹ No obstante lo anterior, dos semanas después, dio un giro inesperado y resolvió rechazar los ocho recursos restantes, por considerar que la pretensión excedía los márgenes de una acción constitucional.

En atención al súbito cambio en los pronunciamientos de la Corte Suprema, en el siguiente apartado se analizarán por separado los razonamientos de las sentencias que aprueban y los de las sentencias que rechazan las pretensiones del INDH.

a. Sentencias que acogen los recursos de protección

La Excelentísima utiliza la misma argumentación en todas las sentencias que acogen los recursos de protección presentados por el INDH.¹³² Primeramente, evalúa la normativa interna invocada por los recurridos a fin de justificar su actuar y resuelve, contrariamente a lo señalado por el Servel, que sí se pueden constituir mesas de votación al interior de los recintos

¹³¹ De los recursos de apelación interpuestos por el INDH, cuatro fueron acogidos por la Corte Suprema y ocho fueron rechazados. En cuanto al recurso de apelación interpuesto por el Servel y Gendarmería, este fue rechazado por la Corte Suprema y se confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, por lo que dentro de los 5 recursos de protección acogidos a los que hacemos referencia, se encuentra este último.

¹³² Las sentencias que acogen los recursos de protección interpuestos por el INDH son las siguientes; 1) Rol 38.742-2017, 2) 39.698-2017, 3) 39.970-2017, 4) 39.989-2017 y 5) 40.094-2017.

penitenciarios, ya que el artículo 58 de la Ley N° 18.700 no contiene una enumeración taxativa y excluyente de los recintos que pueden ser locales de votación¹³³. A su juicio, el Servel perfectamente podría haber ordenado su constitución, más aún, si está facultado para ello.

Luego, se refiere a la relación de derecho público entre Estado y las personas privadas de libertad, y resuelve que Gendarmería tiene el deber de velar de forma activa “porque se respete la condición de ciudadano de cualquier persona privada de libertad bajo su custodia”.¹³⁴ Agrega que, en el cumplimiento de este deber, no solo se debe atender a la normativa interna, sino también a los tratados internacionales ratificados por Chile.¹³⁵

En segundo lugar, hace uso de la normativa internacional y concluye que el sufragio es un derecho ciudadano, por lo que el Estado debe garantizar su ejercicio.¹³⁶ Reconoce que es un derecho que puede estar sujeto a restricciones, pero estas no pueden contravenir lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), que establece la posibilidad de regular el derecho a voto, pero solo por razones de edad, nacionalidad, idioma y, en lo que nos interesa, por condena de juez competente en un proceso penal. Sobre la base de esto, la Corte concluye que no se puede restringir el derecho a voto por la privación de libertad como medida cautelar (prisión preventiva) o cuando la condena “no lleva aparejada la pérdida del derecho a sufragio, como ocurre en el presente caso”.¹³⁷

En tercer lugar, vuelve a remitirse a la normativa interna, esta vez al artículo 1° de la Constitución, de la cual desprende que los ciudadanos tienen derecho “a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.¹³⁸ Sobre esta base, el voto constituye una de las principales herramientas de participación ciudadana y “es afín con la democracia”,¹³⁹ por lo que “se deben implementar las medidas necesarias para resguardar el ejercicio de ese derecho a quienes, aun cuando estén privados de libertad, no tienen suspendido su derecho a voto”.¹⁴⁰ Recuerda que esto ya lo había advertido en el oficio N° 21-2011, sobre el Informe

¹³³ C. Suprema, 26 octubre 2017, Op. Cit., c. 5°.

¹³⁴ *Ibíd.*, c. 7°.

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ *Ibíd.*, c. 8°.

¹³⁷ *Ibíd.*, c. 8°.

¹³⁸ *Ibíd.*, c. 9°.

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ *Ibíd.*

Proyecto de Ley N° 54-2010, en el que señaló que era necesario implementar un mecanismo para permitir el voto en los recintos penitenciarios.

Por último, argumenta que los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos en diferentes oportunidades se han pronunciado y han privilegiado el ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad por sobre cualquier restricción material o reglamentaria que exista.¹⁴¹

Debido a lo anterior, la Corte concluye que las recurridas se encuentran obligadas tanto por la normativa interna como por la normativa internacional a velar por el adecuado ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad.¹⁴² Por lo que, al no haber adoptado los mecanismos para que ello fuera posible, sus actuaciones resultaron ser ilegales y arbitrarias.

Para el análisis de estas sentencias, utilizaremos los estándares internacionales desarrollados en los capítulos precedentes y que corresponden al desarrollo doctrinario y jurisprudencial que se ha alcanzado en la materia. Cabe agregar que la sistematización que hacemos a continuación corresponde solo a aquellos puntos en que ambas fuentes de derecho concordaron.

Así, los estándares internacionales son los siguientes: (i) el derecho a voto no es absoluto, (ii) la privación del derecho a voto no debe ser aplicada genéricamente sobre toda la población privada de libertad, (iii) las limitaciones al derecho a voto deben cumplir con los criterios de fin legítimo, lesividad y proporcionalidad, (iv) las personas privadas de libertad mantienen todos aquellos derechos de los que no se les haya privado por ley o mediante condena por sentencia firme, (v) el derecho a voto impone obligaciones positivas al Estado para garantizar su ejercicio y (vi) las limitaciones al ejercicio del derecho a voto deben ser un efecto de la condena penal.

i. El derecho a voto no es absoluto

La Corte Suprema sí hace referencia a este estándar en su razonamiento y lo interesante es que lo hace utilizando la misma lógica que los tribunales internacionales en los casos analizados en

¹⁴¹ *Ibíd.*, c. 10°.

¹⁴² *Ibíd.*, c. 11°

el capítulo anterior. De esta forma, si bien reconoce que el derecho a voto puede estar sujeto a eventuales restricciones, inmediatamente después establece que estas no pueden extenderse más allá de las señaladas en la normativa internacional, y en atención a ello concluye que las limitaciones de las que han sido objeto los recurrentes no son válidas.

Conviene mencionar un aspecto importante del análisis de la Corte, que es su referencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el que, a diferencia del europeo, enumera expresamente las razones por las cuales se puede reglamentar (no necesariamente restringir) el derecho a voto. Consideramos que esto hace que la Corte no escatime en mayores análisis o referencias doctrinarias (como sí hacen los tribunales analizados anteriormente) para justificar su argumentación en las sentencias, lo que, si bien puede ser positivo, a nuestro juicio le resta contenido y fuerza a su argumentación.

En efecto, algunos tribunales internacionales, además de recurrir a la normativa internacional, hicieron uso de la normativa interna del país en cuestión para evaluar la legitimidad de las limitaciones, lo que enriqueció el debate en torno a esta materia.

ii. La privación del derecho al sufragio no debe ser una prohibición aplicada genéricamente sobre toda la población privada de libertad

No obstante esta situación no es la que normativamente se encuentra consagrada en nuestro país, lo cierto es que, en los hechos, Chile es uno de los países que priva de forma genérica a toda la población penitenciaria del derecho al sufragio. Este escenario se produce, como ya hemos mencionado, debido a que, a pesar de haber personas privadas de libertad que mantienen inalterado su derecho a sufragio en términos normativos, no existe un mecanismo que permita su ejercicio al interior de las cárceles y los Órganos de la Administración encargados de adoptarlo se han excusado de hacerlo.

Llama la atención entonces que la Corte no se pronuncie explícitamente con respecto a este estándar o no analice la situación crítica en la cual se encuentra nuestro país, el cual de facto y en abierta vulneración constitucional restringe absoluta y genéricamente el derecho a voto de todos los privados de libertad.

Por otra parte, cabe recordar que la doctrina y la jurisprudencia han utilizado dos argumentos para respaldar este estándar: la democracia y la reinserción, respecto de los cuales también conviene analizar qué ha dicho la Corte. En cuanto al primero de ellos, evidenció la importancia del derecho a voto en nuestro ordenamiento jurídico y su ineludible vinculación con la democracia. En palabras de la Corte, “el derecho a voto (es) una de las herramientas de participación ciudadana más relevante y afin con la democracia”,¹⁴³ razón por la cual es sumamente importante implementar las medidas necesarias para resguardar el ejercicio de este derecho.

Asimismo, en base al artículo 1º de la Constitución, desprende la importancia que tiene para una sociedad democrática como la nuestra el derecho a voto y, por tanto, la relevancia que conlleva la limitación que sufren las personas privadas de libertad. Por esta misma razón, se pronunció mediante el Oficio N° 21-2011 sobre el Informe Proyecto de Ley N° 54-2010, considerando que era necesario implementar una política reglamentaria y estructural que permitiera el ejercicio igualitario del sufragio en los recintos penitenciarios.

En cuanto al argumento de la reinserción, en las distintas sentencias de la Corte no se encuentra ninguna referencia respecto a este tema. Esto no deja de sorprender, ya que, como logramos evidenciar, la doctrina nacional e internacional se refiere a este tema. Además, el INDH lo desarrolló como parte de su argumentación en los recursos presentados, por tanto, la Corte podría haberse hecho cargo de esta argumentación.

La única mención que se encontró a la reinserción fue en la sentencia rol 645-2017 de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, la cual posteriormente es confirmada por la Corte Suprema, en donde se considera el derecho al sufragio, en el caso de delitos menores, como una medida de inclusión y participación democrática ciudadana. De esta forma, advierte el Ilustrísimo Tribunal que el derecho al sufragio efectivamente puede contribuir a la reincorporación de los condenados a la sociedad.

¹⁴³ *Ibíd.*, c. 9º.

iii. *Las limitaciones al derecho a voto deben cumplir con los criterios de fin legítimo, lesividad y proporcionalidad*

En ninguna de las sentencias que acogen los recursos de protección, la Corte hace referencia o utiliza este estándar. Tendemos a pensar que esto se debe a dos razones: (i) porque como se dijo anteriormente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos consagra de forma expresa los criterios en virtud de los cuales se puede reglamentar o limitar el derecho a voto y (ii) porque cuando la jurisprudencia internacional exige el cumplimiento de los requisitos de fin legítimo, lesividad y proporcionalidad, lo hace para cuestionar el contenido de una legislación privativa del derecho a voto, situación que no se produjo en este caso.

En cuanto a la primera razón, el artículo 23 de la CADH, establece: “*La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal*”.¹⁴⁴

Por tanto, estos criterios ya constituyen una barrera para las legislaciones que regulan el derecho a voto en países que forman parte de este sistema, sin perjuicio de que también les resultan aplicables los requisitos asentados en la doctrina y en la jurisprudencia internacional. Debido a lo anterior, si bien no era estrictamente necesario que la Corte se pronunciara sobre esto, sí era necesario evaluar estos requisitos, ya que entregan directrices sobre cómo abordar la situación de las personas privadas de libertad y su derecho a voto.

Conviene señalar que, en virtud de esta normativa internacional, la Corte Suprema concluye que nunca se puede limitar el voto de quien se encuentra encarcelado, pero no ha sido condenado, y tampoco cuando la condena no traiga aparejada la pérdida del derecho a voto. Conclusiones que de todas formas sí son concordantes con los estándares internacionales.

Respecto a la segunda razón, creemos que, como la pretensión de los recurrentes en los recursos de protección no tuvo por objeto cuestionar la legislación reguladora del derecho a voto de las personas privadas de libertad, sino más bien solucionar una situación de facto vulneratoria de un derecho que por mandato constitucional se mantiene vigente, la Corte decidió no recurrir a este tipo de argumentación.

¹⁴⁴ CADH. Convención Americana de Derechos Humanos. Adoptada el 22 de noviembre de 1969.

Es más, en los casos de *August v. Electoral Commission* y *Chan Kin Sum v. Secretary for Justice*, cuyo contexto es bastante similar, si es que no idéntico, al de nuestro país, tampoco se hace referencia a estos requisitos. Sin embargo, nos gustaría agregar que nos parece necesario que la Corte se hubiese pronunciado sobre este estándar, teniendo en cuenta que nunca lo ha hecho, y así enriquecer el debate en torno al derecho a voto de las personas privadas de libertad. De lo contrario, sucede lo que hemos estado viviendo en nuestro país: no abordar el tema por años, sin obtener verdaderas soluciones, aumentando la inequidad en la que se encuentran las personas privadas de libertad con respecto a la protección de sus derechos.

iv. Las personas privadas de libertad mantienen todos aquellos derechos de los que no se les haya privado por ley o mediante condena por sentencia firme

La Corte Suprema hace notar que este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 2° del Reglamento Penitenciario, el cual establece que, “fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”. Luego, haciendo uso del artículo 23 de la CADH, reitera que no puede restringirse el derecho a voto de una persona privada de libertad cuando la condena no trae aparejada la pérdida de este derecho y que se requiere un respaldo legislativo o judicial para limitarlo.

En el caso *August v. Electoral Commission*, que como hemos señalado se refiere a una situación muy similar al caso chileno, el Tribunal enfatizó que el único derecho que se restringe con la privación de libertad es la libertad ambulatoria, por lo que, a menos que la ley o el juez diga lo contrario, las personas privadas de libertad mantienen vigente el resto de sus derechos. A diferencia de esto, la Corte Suprema no señala cuál es el derecho que se ve restringido por la condena de prisión o mediante la prisión preventiva, aun cuando de sus razonamientos es posible desprender esa conclusión.

En Chile, el marco regulatorio de la ejecución de las sanciones penales es débil, ya que no existe una ley que regule estas materias, sino que solo existen reglamentos. Por esta razón, hubiese sido beneficioso que la Corte mencionara explícitamente que los reclusos son sujetos de derechos y, como tales, mantienen la vigencia de sus derechos, a excepción de la libertad ambulatoria. Un argumento de este tipo y sin desprender la justificación únicamente en el

Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, como lo hace la sentencia, hubiese contribuido de mejor forma al reconocimiento de los derechos de las personas privadas de libertad.

Finalmente, cabe mencionar que este estándar es sumamente importante, ya que consagra la necesidad de que la ejecución de las sanciones penales se sujete al principio de legalidad y a lo establecido por un juez, en un proceso penal y para un caso determinado, restringiendo la limitación de derechos de las personas privadas de libertad a casos restringidos.

v. *El derecho a voto impone obligaciones positivas al Estado para facilitar su ejercicio*

Si bien el Excelentísimo Tribunal no menciona explícitamente este estándar, sí existen dos argumentos clarificadores que nos permiten concluir que este es el estándar que le sirve de sustento para declarar ilegal el actuar de Gendarmería y del Servel.

El primer argumento, dice relación con la labor que, a juicio de la Corte Suprema, le corresponde a Gendarmería, ya que no solamente considera que se encuentra facultada para vigilar a la población penal, sino que, además, debe velar de manera activa por el respeto de la condición de ciudadanos de las personas privadas de libertad,¹⁴⁵ por lo que tiene la obligación de desarrollar una labor con respecto al derecho a voto de las personas privadas de libertad.

En segundo lugar, la Corte se apoya en el razonamiento de los sistemas interamericano y europeo de protección de los Derechos Humanos, en virtud del cual concluye que se debe privilegiar el ejercicio de los derechos que los Estados reconocen a todas las personas sin atender a restricciones materiales o reglamentarias que impidan su ejercicio.¹⁴⁶ Estos sistemas imponen a los Estados efectuar adecuaciones y coordinaciones que permitan y garanticen el pleno ejercicio de todas las personas de su derecho a sufragio, comprendiendo entonces que no existe una justificación material que sea válida para impedirlo.

La Corte se refiere también al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la CADH, en virtud de los cuales concluye que el derecho al sufragio es un derecho ciudadano

¹⁴⁵ C. Suprema, 26 octubre 2017, Op. Cit., c. 7°.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, c. 10°.

que debe ser garantizado en su ejercicio por el Estado,¹⁴⁷ por lo que es la Administración la que debe hacerse cargo de implementar procedimientos para su puesta en práctica.

Entonces, en concordancia con lo establecido por este estándar, la Corte resuelve que el actuar de las recurridas es ilegal, ya que se encuentran obligadas tanto por la normativa internacional como por la normativa interna a velar por el oportuno y adecuado ejercicio del derecho a participar en el sistema democrático, y como no lo han cumplido, existe una ilegalidad y arbitrariedad de su parte.

En cuanto a la normativa interna que utiliza la Corte para fundamentar este estándar, consideramos conveniente efectuar algunos reparos. Si bien se resuelve que las recurridas están obligadas por la legislación interna a velar por el ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad, la Corte en ningún momento evalúa las funciones del Servel, la legislación electoral, ni mucho menos todos y cada uno de los artículos enumerados por la recurrida al momento de oponerse al recurso de protección, como sí lo hace respecto a Gendarmería.

A modo de comparación, en *August v. Electoral Commission*, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica analiza las funciones de la Comisión Electoral, que en este caso correspondería al Servel, tal y como lo hace el INDH en todos sus recursos.

Esta omisión de parte de la Corte es sumamente grave, dado que los principales argumentos que utiliza el Servel para oponerse a los recursos consisten en que este se encontraría imposibilitado por la legislación interna de implementar el voto de las personas privadas de libertad. Estos argumentos los viene sosteniendo desde la primera estrategia judicial desarrollada por el INDH el año 2016, manteniéndose hasta el día de hoy, por ende, era de suma importancia que la Corte se hiciese cargo de ellos, para cerrar la discusión y adoptar una efectiva solución.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, c. 8°.

vi. *Las limitaciones al ejercicio del derecho a voto deben ser un efecto de la condena penal*

La Corte Suprema sí se refiere específicamente a este estándar. Como se pudo apreciar en sus sentencias, el artículo 23 de la CADH establece que se puede reglamentar el ejercicio del derecho a voto por condena de juez competente en un proceso penal, lo que lleva a la Excelentísima a concluir que no se puede privar del derecho a voto a quienes se encuentran en prisión por aplicación de una medida cautelar,¹⁴⁸ es decir, por prisión preventiva.

Sin embargo, nos parece prudente reparar en que la Corte no escatima en mayores análisis sobre el tema y pareciera que, a su juicio, es suficiente con la remisión a la normativa internacional, lo que finalmente empobrece su argumentación y un buen desarrollo de este estándar.

La doctrina nacional y la jurisprudencia internacional, para respaldar esta premisa, han utilizado el principio de la presunción de inocencia, a partir del cual concluyen que de no mediar condena judicial todo ciudadano mantiene incólume sus derechos y libertades. La única excepción es que se requiera restringir un derecho fundamental para alcanzar los fines del procedimiento penal, tales como determinar la existencia del delito y la responsabilidad del autor. Por lo que cualquier otra restricción que no se adecue a la consecución de estos fines, como resulta ser la privación del derecho a sufragio, vulnera los principios antes señalados.

Podemos afirmar entonces que el razonamiento de la Corte, no obstante ser acertado, en realidad es bastante deficiente, ya que en su desarrollo no se refiere a la presunción de inocencia y se funda únicamente en el artículo 23 de la CADH, sin desarrollar mayores argumentos o análisis al respecto. Además, dedica tan solo dos líneas de sus sentencias para referirse a este punto.

Cabe agregar que de la conclusión de la Corte también se desprende que el artículo 16 inciso segundo de la Constitución vulnera la CADH y este estándar internacional. Por tanto, en Chile no solo la actuación de los Órganos del Estado se opone y vulnera los estándares internacionales, sino que también la misma regulación constitucional.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, c. 6°.

vii. *Nuevas aristas: posición de garante e igualdad*

Ahora bien, nos gustaría destacar dos argumentos que utiliza la Corte para acoger los recursos de protección: (i) la posición de garante en la que se encontraría el Estado respecto a las personas privadas de libertad y (ii) la igualdad de trato.

En cuanto al primero, se encuentra consagrado¹⁴⁹ en el DIDH el deber de garante que poseen los Estados respecto a las personas privadas de libertad, de esta forma, “todo lo que ocurre dentro de una prisión es responsabilidad de las autoridades penitenciarias, que deben acostumbrarse a rendir cuentas y a explicar a la comunidad las decisiones que toman o los procedimientos que aplican, de forma de no dejar espacio a la negligencia, la omisión o la intención directa de causar daño a los privados de libertad”.¹⁵⁰

La Corte Suprema se suma a este principio y declara que, de acuerdo con los artículos 2º y 25 del Decreto Supremo N° 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, la labor de Gendarmería es velar de forma activa porque se respete la condición de ciudadano de cualquier persona privada de libertad bajo su custodia, para lo cual incluso debe sujetarse a las reglas internacionales en la materia. Este razonamiento nos revela que el Máximo Tribunal comprende la situación especial y de extrema vulnerabilidad que viven las personas privadas de libertad, razón por la cual estima que el Estado, específicamente Gendarmería, tiene la responsabilidad de lo que pasa dentro de los recintos penitenciarios.

A pesar de que la Corte no elabora conceptualmente este argumento, sí nos demuestra la concepción jurídica que posee en torno a la relación existente entre el Estado y los reclusos. De esta forma, la posición de garante se vuelve también un argumento para señalar que el actuar de las recurridas es ilegal, ya que producto de este principio tienen la obligación de

¹⁴⁹ Para mayor abundamiento revisar los siguientes casos: caso Hilaire, Constantine y Benjamin v. Trinidad y Tobago, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 21 de junio 2002. Caso Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 septiembre de 2004. Caso Miguel Castro v. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 25 de noviembre de 2006. Caso Montero Aranguren y otros v. Venezuela, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 5 de julio de 2006. Caso Acosta Calderón v. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 24 de junio de 2005. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 8 de julio de 2004.

¹⁵⁰ CASTRO, A., CILLERO M. y MERA, J. 2010. Derechos Fundamentales de los Privados de Libertad. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. p. 30.

adoptar un mecanismo que permita a las personas que están bajo su potestad ejercer su derecho a voto.

En síntesis, se destaca como algo novedoso que la Excelentísima ocupe este principio para evaluar el actuar de las recurridas, puesto que, a pesar de encontrarse asentado en materia penal, no es un argumento común en la doctrina y jurisprudencia internacional en esta materia. La única referencia que se puede encontrar a este principio se encuentra de forma implícita en la idea de la jurisprudencia internacional relativa a la diferencia en que se encuentran quienes no pueden votar porque se encuentran privados de libertad y quienes no pueden votar por encontrarse enfermos. Esta diferencia que se hace notar, se vincula fuertemente con la posición de garante, ya que como ha sido el Estado quien ha puesto a los reclusos en esa posición, se encuentra en la obligación de hacerse cargo de ella.

El segundo aspecto que nos gustaría destacar dice relación con que para la Corte el derecho que se está viendo vulnerado por el actuar de las recurridas es la igualdad de trato.

La igualdad no constituye un estándar internacional en materia de limitaciones al ejercicio del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad, ya que no fue abordado ni utilizado por la jurisprudencia internacional al momento de resolver las discusiones sobre la privación del derecho a voto, y si bien la doctrina lo menciona, lo hace desde una perspectiva diferente.¹⁵¹ Aun así, consideramos que la forma en que la Corte hace uso de esta temática es interesante e innovadora por lo que consideramos conveniente exponerla.

La Corte se refiere a la igualdad de trato que debe existir entre las personas privadas de libertad y los ciudadanos libres en el ejercicio de sus derechos, cuestión que desprende del artículo 1° de la Constitución y del artículo 2° del Reglamento N°518. Con respecto al artículo 1°, la Corte indica que este “asegura el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (...), motivo por el cual se deben implementar las medidas necesarias para resguardar el ejercicio de ese derecho a quienes, aun cuando estén privados de libertad, no tienen suspendido su derecho a voto”.¹⁵² El artículo 2°, por su parte, establece que la condición jurídica de las personas privadas de libertad es idéntica a la de los ciudadanos

¹⁵¹ Para más información, véase DHAMI, M. 2009, Op. Cit., p. 129.

¹⁵² C. Suprema, 26 octubre 2017, Op. Cit., c. 9°.

libres, por lo que la situación de encarcelación no puede significar ni justificar un trato desigual en el ejercicio de un derecho ciudadano. En atención a ello, y acogiendo los recursos de protección, concluye que ha existido una desigualdad de trato entre las personas en cuyo favor se recurre y los ciudadanos libres, porque si bien ambos tienen el derecho a ejercer su voto, en los hechos y sin razón alguna se les ha privado a las y los presos de este derecho.

b. Sentencias que rechazan los recursos de protección

No es posible establecer una comparación entre los razonamientos expuestos por la Corte Suprema en estas sentencias con los estándares internacionales, ya que en ellas la Corte se limitó a resolver que el conflicto excedía los márgenes de una acción constitucional. En su opinión, para resolver la disputa se requería de la dictación de normas legales, contradiciendo lo que semanas atrás había resuelto.

No obstante, vale la pena mencionar que todas estas sentencias tienen votos de minoría, los que en su argumentación hicieron énfasis en que nunca una circunstancia de hecho puede impedir el ejercicio de un derecho fundamental, como lo es el derecho a voto. Esta premisa se encuentra asentada en la doctrina y en la jurisprudencia internacional, constituyéndose como un estándar internacional en materia de limitaciones al ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad.

En el desarrollo del voto de minoría, los ministros agregaron que, cuando el ejercicio de un derecho depende de la actuación de la autoridad estatal, adquiere mayor importancia este estándar, ya que las autoridades estatales deberían, de acuerdo al artículo 5° inciso segundo de la Constitución, respetar y promover los derechos fundamentales, y por ende omitir la adopción de medidas de cuya realización depende el ejercicio de un derecho es sumamente grave y vulneratorio de las garantías fundamentales.

c. En resumen

En síntesis, distintas conclusiones se pueden desprender del análisis realizado. En primer lugar, pudimos evidenciar lo alejado que se encuentra el razonamiento y la fundamentación de la Corte Suprema de los estándares jurisprudenciales y doctrinales internacionales. Esta situación se observó ya que la Corte no se pronunció sobre todos los estándares, ignorando

algunos temas muy relevantes en esta materia, pero, además, respecto a los estándares que sí se pronunció, lo hizo de una manera sumamente vaga e imprecisa. Esta crítica no es insignificante, sino que nos demuestra lo mucho que nos falta por avanzar en materia de derecho al sufragio de personas privadas de libertad.

En segundo lugar, el cambio de decisión jurisprudencial en solo dos semanas abre un nivel de incerteza jurídica profundo, vulnerando los derechos de las personas privadas de libertad, específicamente, la posibilidad de alegar la tutela jurisdiccional de sus derechos ante ilegalidades del Estado.

En tercer lugar, cabe cuestionarse la efectividad de las sentencias de la Corte Suprema en estas materias. De las cinco sentencias que acogieron los recursos, ninguna de ellas se cumplió en los hechos, y la decisión judicial quedó supeditada a la inactividad de los Órganos del Estado, quienes teniendo en consideración las sentencias, hicieron caso omiso al mandato de la Excelentísima. Debido a la inexistencia de jueces de ejecución en nuestro país, el control de la ejecución de las sanciones penales es escaso, permitiendo la discrecionalidad de la Administración del Estado, frente a un Poder Judicial que no ha podido hacerle el contrapeso.

VI. CONCLUSIONES

Como vimos, la pregunta inicial de este trabajo era si la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de derecho a voto de las personas privadas de libertad se encontraba alineada con los estándares internacionales en la materia.

En cuanto a los estándares internacionales, pudimos evidenciar que en general la doctrina y la jurisprudencia se encuentran bastante de acuerdo en torno a esta temática. Para ambas, la privación del derecho a sufragio no debe ser una prohibición genérica aplicada sobre toda la población privada de libertad. ¿Por qué razón? Principalmente, porque una limitación así de amplia afectaría profundamente la democracia, perjudicando de forma directa su universalidad y representatividad.

En esta línea, consideran que, si bien se pueden imponer limitaciones al ejercicio del derecho a voto, estas deben cumplir con ciertos requisitos para ser legítimas. Estos son: (i) que detrás de la restricción exista un fin u objetivo legítimo que se pretenda alcanzar, (ii) que la limitación sea proporcional a los objetivos y también a la naturaleza y circunstancias particulares del delito y, por último, (iii) que las limitaciones al derecho a voto de las personas privadas de libertad sólo pueden ser un efecto de la condena penal.

Por último, alcanzan la convicción de que el derecho a voto impone obligaciones positivas a los Estados de adoptar los mecanismos para implementar y facilitar el ejercicio del derecho a voto de la población, incluidas dentro de esta las personas privadas de libertad. Por esto mismo, consideran que no es posible invocar el solo hecho de la encarcelación y de las restricciones materiales y reglamentarias para privar a las personas encarceladas de su derecho a voto, menos aun cuando ni la Constitución ni la ley las privan de este derecho.

La Corte Suprema, por su parte, en primer lugar, brindó una decisión contradictoria respecto al tema, ya que acogió cinco de los recursos de protección interpuesto por el INDH y luego, dos semanas después, rechazó los ocho restantes. Este actuar no ha hecho más que generar una profunda incerteza respecto a la postura de la Corte frente al tema y ha debilitado la posibilidad de adoptar una solución inmediata y jurídicamente correcta que atienda verdaderamente a los estándares internacionales en la materia.

En segundo lugar, si bien las sentencias que acogieron los recursos se pronunciaron sobre algunos estándares internacionales, su argumentación se basó principalmente en que el Estado debe adoptar acciones positivas para implementar el voto de las personas privadas de libertad. No obstante, omitió abordar distintas problemáticas muy relevantes, por ejemplo, no se refiere a los requisitos que deben cumplir las limitaciones a este derecho, tampoco desarrolla en mayor profundidad el estándar de que la privación del voto debe ser un efecto de la condena penal, siendo que algunos recurrentes eran personas que se encontraban en prisión preventiva, entre otros. En cuanto a las sentencias que rechazan los recursos de protección, su razonamiento es aún más vacío al no mencionar ningún solo estándar internacional, sino que se limitaron a resolver que la cuestión supera el objeto de una acción constitucional.

Así, respondiendo a nuestra pregunta inicial, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de limitación del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad se encuentra bastante alejada de los estándares internacionales de la jurisprudencia y de la doctrina. Tanto es así que, mientras en la gran mayoría de los países se discute si debe existir una restricción al derecho a votar de los reclusos o qué tan amplia debe ser esta, en Chile aún se discute si las personas privadas de libertad que no han visto afectado su derecho por la Constitución o por la ley pueden ejercerlo.

La gravedad de esta situación es profunda, ya que debido a la inexistencia de mecanismos jurisdiccionales especializados o de alguna institución que fiscalice la ejecución de sanciones penales en Chile, es tarea de la Corte Suprema resguardar el respeto de los derechos de todas las personas, especialmente de las personas privadas de libertad.

Por tanto, la situación que viven las personas privadas de libertad en Chile y que mantienen vigente su derecho a voto, no hace más que evidenciar lo fácil que resulta vulnerar el mandato constitucional mediante la omisión legal y/o reglamentaria.

Por último, si bien se pudo evidenciar que la decisión de la Corte es deficiente en esta materia, la determinación de los estándares internacionales que se hizo a partir de este trabajo constituyen directrices muy importantes a considerar cuando se vuelva a discutir sobre este asunto y así obtener una decisión jurídicamente adecuada y correcta.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Normas legales

1. CHILE. Ministerio de Justicia. Decreto N°518. 1998. “Reglamento de Establecimientos Penitenciarios”.
2. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Constitución Política de la República de Chile.
3. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2017. Ley Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinio.
4. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2017. Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral.

Normas extranjeras

1. CANADÁ. Carta Canadiense de Derechos y Libertades. 1982.
2. REINO UNIDO. Ley de Representación del Pueblo. 1983.
3. SUDÁFRICA. Constitución. 1996.
4. SUDÁFRICA. Ley Electoral. 1993.
5. HONG KONG. Ordenanza del Consejo Legislativo. 2003.

Libros y revistas

1. BARRIENTOS, I. 2011. Suspensión del derecho de sufragio por acusación penal. Vulneración constitucional de la presunción de inocencia. Estudios Constitucionales 9 (2): 249 - 328.
2. BOREA, A. 2002. Democracia. Derecho & Sociedad (18): 60-70.
3. CARBONELL, M. 2008. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
4. CASTRO, A., CILLERO M. y MERA, J. 2010. Derechos Fundamentales de los Privados de Libertad. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales.
5. DHAMI, M. 2009. La política de privación del sufragio a los presos: ¿una amenaza para la democracia? Revista de Derecho 22 (2): 121-135.

6. DÍEZ, R. y PÉREZ, G. 2013. Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer), [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68. Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras. [en línea] <<https://www.te.gob.mx/publicaciones/content/sauv% C3%A9-v-canada-chief-electoral-officer-2002-3-scr-519-2002-scc-68>> [consulta: 29 septiembre 2019].
7. FILIPPINI, L. y ROSSI, F. 2012. Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho a voto de las personas condenadas. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo (1): 183-213.
8. FILIPPINI, L., ROSSI, F., AMETTE, R. y CAVANA, A. 2012. El voto de las personas condenadas: un derecho pendiente. Buenos Aires, Argentina. Serie Documentos de Difusión de la ADC (1): 1-9.
9. MAÑALICH, J. 2005. Pena y Ciudadanía. Revista estudios de la Justicia (6): 63-178.
10. MAÑALICH, J. 2011. El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos. Revista Derecho y Humanidades (18): 163-178.
11. MARSHALL, P. 2010. La pena y ciudadanía: Problemas constitucionales. En: CAZOR, K. y SALAS, C. Estudios Constitucionales. Santiago. Librotecnia: 249-270.
12. MARSHALL, P. 2011. Notas sobre el contenido del principio de la democracia. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 2 (1): 9-36.
13. MARSHALL, P. 2016. El derecho a sufragio de los privados de libertad en perspectiva comparada. Libertades Públicas, Colección Brevarios (1): 1-17.
14. MARSHALL, P. 2018. La privación del derecho al sufragio como castigo en la órbita del common law: análisis crítico. Política Criminal. [en línea] <https://www.academia.edu/36924398/2018_La_privaci% C3%B3n_de_derecho_a_sufragio_como_castigo_en_la_% C3%B3rbita_del_common_law_an% C3%A1lisis_cr% C3%ADtico> [consulta: 18 de agosto de 2019].
15. R IOS VEGA, L. 2015. La privación del sufragio. El debate contemporáneo en México. Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Getafe. Universidad Carlos III de Madrid.
16. ROTTINGHAUS, B., MANATT, C. y MANATT, K. 2003. Incarceration and enfranchisement: International practices, impact, and recommendations for reform. Washington. International Foundation for Election Systems.

17. UGGEN, C. y MANZA, J. 2004. Voting and subsequent crime and arrest: Evidence from a community sample. *Columbia Human Rights Law Review* 36: 193-215.

Jurisprudencia nacional

1. C. Suprema, 26 octubre 2017. Rol N°38.742-2017.
2. C. Suprema, 26 octubre 2017. Rol N°39.698-2017.
3. C. Suprema, 26 octubre 2017, Rol N°39.989-2017.
4. C. Suprema, 26 octubre 2017. Rol N°39.970-2017.
5. C. Suprema, 26 octubre 2017. Rol N°40.094-2017.
6. C. Suprema, 6 noviembre 2017. Rol N°40.179-2017.
7. C. Suprema, 6 noviembre 2017. Rol N°40.190-2017.
8. C. Suprema, 6 noviembre 2017. Rol N°40.191-2017.
9. C. Suprema, 6 noviembre 2017. Rol N°40.318-2017.
10. C. Suprema, 6 noviembre 2017. Rol N°40.816-2017.
11. C. Suprema, 8 noviembre 2017. Rol N°40.361-2017.
12. C. Suprema, 9 noviembre 2017. Rol N°42.431-2017.
13. C. Suprema, 9 noviembre 2017. Rol N°40.463-2017.
14. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 20 septiembre 2017. Rol 645-2017.

Sentencias extranjeras

1. August and Another v Electoral Commission and Others (CCT8/99) [1999] ZACC 3; 1999 (3) SA 1; 1999 (4) BCLR 363 (1 April 1999). [en línea]<<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/3.html>> [consulta: 9 de octubre de 2019].
2. Chan Kin Sum v Secretary for Justice. 2009. 2 HKLRD 166 and [2008] 6 HKC 486.
3. CORTE IDH. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
4. CORTE IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
5. CORTE IDH. Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

6. CORTE IDH. Caso Hilarie, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondos, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.
7. CORTE IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
8. CORTE IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
9. CORTE IDH, Caso del “Tribunal Constitucional” vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71.
10. Frodl v. Austria [2010] ECHR 508. (08/04/2010, First Section of the European Court of Human Rights). [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-98132>> [consulta: 15 de octubre de 2019].
11. Hirst v. United Kingdom (Nº 2) ([GC], Nº 74025/01, TEDH 2005-IX). [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70442>> [consulta: 14 de octubre de 2019].
12. Mathieu-Mohin y Clerfayt v. Bélgica, sentencia de 2 de mayo de 1987, serie A nº 113. [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165075>> [consulta: 14 de octubre de 2019].
13. Minister of Home Affairs v National Institute of Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO) and Others (CCT 03/04) [2004] ZACC 10; 2005 (3) SA 280 (CC); 2004 (5) BCLR 445 (CC) (3 March 2004). [en línea] <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/10.html>> [consulta: 11 de octubre de 2019].
14. Sauvé v Canada (Attorney General), [1993] 2, S.C.R. 438 (53) (Sauvé No. 1) (27.05.1993, Supreme Court of Canada). [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165075>> [consulta: 29 de septiembre de 2019].

Historia de la Ley

1. Historia de la Ley Nº 20.568. Oficio Nº 21-2011 de la Corte Suprema al Senado en el primer trámite constitucional. 25 de enero de 2011. [en línea]

<https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/4572/HLD_4572_4724757d40d27bd27502b49ccbc72230.pdf> [consulta: 22 de noviembre de 2019].

Notas de Prensa

1. CIPER CHILE. 2013. Votando en la Cárcel. [en línea] <<https://ciperchile.cl/2013/08/27/votando-en-la-carcel/>> [consulta 3 de noviembre de 2019].

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Observaciones

1. Observación General N° 25 al Pacto de Derechos Civiles y Políticos. 1996. La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto.

Tratados Internacionales

1. CEDH. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.
2. CADH. Convención Americana de Derechos Humanos. Adoptada el 22 de noviembre de 1969.