



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
MAGÍSTER EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO PENAL**

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS (AFET)

**“CIUDADANÍA Y TITULARIDAD DEL DERECHO A SUFRAGIO DE PERSONAS
PRIVADAS DE LIBERTAD: ANÁLISIS CONCEPTUAL Y JURISPRUDENCIAL”**

EDUARDO GONZÁLEZ BELIZAR

16.354.187-4

Prof. Guía Álvaro Castro Morales

Santiago

2020

Resumen: El presente trabajo tiene como propósito analizar la compatibilidad e independencia existente entre ciudadanía y derecho a sufragio, para, posteriormente, a través del análisis de distintas sentencias, nacionales e internacionales, determinar cuál ha sido el mecanismo mayormente utilizado para restringir el derecho en cuestión, respecto de las personas que se encuentran privadas de libertad.

Asimismo, se hará un análisis exhaustivo de proporcionalidad, tendiente a establecer en qué casos resulta procedente la limitación al derecho en estudio, sin perjuicio de aludir a las críticas que surgen al respecto.

Por último, me referiré a los problemas dogmáticos y prácticos existentes en la legislación nacional, en cuanto al reconocimiento del ejercicio del derecho a sufragio, resaltando la imposibilidad práctica de votar de quienes están privados de libertad y se encuentran legalmente facultados para hacerlo, por lo que se enunciarán soluciones destinadas a restablecer el ejercicio de un derecho que ha sido gravemente vulnerado.

Palabras Clave: Ciudadanía – Derecho a Sufragio – Principio de Proporcionalidad – Privado De Libertad – Inconstitucional.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the compatibility and independence existing between citizenship and the right to vote, and then, through the analysis of different national and international judgments, to determine which has been the main mechanism used to restrict the right in question, regarding people who are deprived of liberty. Likewise, an exhaustive analysis of proportionality shall be made, in order to establish in which cases the limitation to the right of study is necessary, notwithstanding mentioning the criticisms that arise in this regard.

Finally, I shall refer to the dogmatic and practical problems on domestic law, regarding the recognition of the exercise of the right to vote, highlighting the practical impossibility of voting for those who are deprived of liberty but legally entitled to do so. In consequence, solutions shall be set forth in order to restore the exercise of a right that has been seriously violated.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	5
1. CIUDADANÍA Y DERECHO A SUFRAGIO	7
2.- PRONUNCIAMIENTO DE LA JUDICATURA NACIONAL RESPECTO DEL DERECHO A SUFRAGIO DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD	9
2.1 Comentarios.....	13
3.- JURISPRUDENCIA DERECHO COMPARADO	15
3.1 Caso <i>Sauvé v Canadá</i>	15
3.1.1 Comentarios.....	17
3.2 <i>Hirst v The United Kingdom</i>	18
3.2.1 Comentarios.....	19
3.3 <i>Thierry Delvigne v Comuna de Lesparre-Médoc y Préfet de la Gironde</i>	21
3.3.1 Comentarios.....	23
4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LA LIMITACIÓN DEL DERECHO A SUFRAGIO	23
4.1 Legitimidad del Fin Perseguido	25
4.2 Adecuación, Aptitud o Idoneidad de la Medida	26
4.3 Necesidad de la Medida	27
4.4 Proporcionalidad en Sentido Estricto	29
4.5 Conclusiones al Juicio de Ponderación	29
4.6 Críticas al juicio de proporcionalidad.....	30
5.- EL SISTEMA CHILENO Y SUS DEFECTOS EN LA LIMITACIÓN Y GARANTÍA, RESGUARDO E IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A SUFRAGIO, A PARTIR DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL PRECEDENTE	32

5.1 Incompatibilidad de la pérdida de la ciudadanía, el derecho a sufragio y la privación de libertad	32
5.2 Ilegitimidad artículo 16.2 CPR en virtud de análisis de proporcionalidad	34
5.3 Privación de facto del derecho a sufragio	39
CONCLUSIONES	42
BIBLIOGRAFÍA	44

INTRODUCCIÓN.

El derecho a sufragio es un derecho fundamental de la persona humana, un derecho, que, en su esencia, garantiza la participación ciudadana de un individuo en una determinada comunidad, constituyendo ello la base que refuerza nuestro sistema democrático.

No obstante lo anterior, pareciera ser que, desde el punto de vista dogmático, el derecho a sufragio no presenta mayores complicaciones en cuanto a su ejercicio, pero, lo cierto es, que en la práctica dicho derecho no goza de la transversalidad necesaria que permitiría garantizar su ejercicio por un universo de personas.

En efecto, los privados de libertad aparecen como las primeras personas que se ven afectadas en el ejercicio del derecho en estudio, ello por haber sufrido un reproche por parte del ordenamiento jurídico, siendo relevante estudiar la discusión que se produce al efecto.

En ese sentido, a lo largo del presente trabajo se estudiará la forma en la que nuestros Tribunales Superiores de Justicia y la Jurisprudencia comparada, han emitido distintos pronunciamientos, aflorando como común denominador el principio de proporcionalidad.

Es por lo anterior que se hará un análisis exhaustivo, a través del mecanismo de proporcionalidad, del derecho a sufragio, logrando establecer si resulta o no legítima, adecuada, necesaria y proporcional, en sentido estricto, la medida de limitar dicho derecho respecto de quienes se encuentran privados de libertad, retrotrayéndome a discusiones que se plantearon por la jurisprudencia comparada hace más de 15 años.

Es así como determinada o no la necesidad de la medida y lo prudente o no que pueda resultar la aplicación del mecanismo de proporcionalidad, que se procederá a analizar los defectos en los que incurre nuestra legislación, los cuales se plasman en concretas vulneraciones de derechos fundamentales.

En efecto, se demostrará como nuestro Ordenamiento Jurídico confunde conceptos como ciudadanía y derecho a sufragio, dejando en evidencia que nuestra Carta Fundamental contiene un precepto que resulta del todo gravoso para quienes se encuentran acusados por delito que merezca pena aflictiva o que la ley califique como conducta terrorista, no obstante poder ser absueltos durante la secuela del juicio, pudiendo constituir ello una sanción anticipada que transgrede o se separa de los fines que persigue la pena.

Finalmente, se demostrará lo desproporcional que puede llegar a ser el artículo 16 N°2 de la Constitución Política de la República, para concluir destacando cuales son las deficiencias prácticas que presenta nuestro sistema carcelario y que impiden el real ejercicio del derecho a sufragio de quienes están privados de libertad, pero que, a su vez, se encuentran facultados legalmente para ejercerlo.

1. CIUDADANÍA Y DERECHO A SUFRAGIO.

La ciudadanía es un concepto que involucra una serie de aspectos, siendo abordado éste por distintos autores, entre ellos, Thomas H. Marshall, quien estima que “la ciudadanía es un *status* que se otorga a los que son miembros de pleno derecho de una comunidad. Todos los que poseen ese *status* son iguales en lo que se refiere a los derechos y deberes que implica”¹. Si bien, dicha definición y el ensayo confeccionado por el citado autor han sido objeto de críticas, lo cierto es que aportan elementos necesarios para entender su relación con el derecho a sufragio.

Adquirir la calidad de ciudadano implica también adquirir la titularidad de ciertos derechos y prerrogativas que la propia comunidad le concede a un determinado individuo, a través de distintas formas y métodos. En ese sentido, “simbólicamente, la ciudadanía representa un espacio común donde todos confluyen en pie de igualdad a la formación de un destino compartido y un bien común, sin atención a las diferencias sociales, culturales o económicas que existan entre sus miembros. Institucionalmente, la ciudadanía implica el ejercicio de funciones de participación que posibilitan la existencia de la democracia como forma de gobierno”.^{2_3}

El método empleado por Chile para reconocer la calidad de ciudadano se manifiesta en la declaración que efectúa el poder constituyente en la Constitución Política de la República, en adelante CPR en su artículo 13, al considerar quienes son los sujetos que adquieren la calidad de ciudadanos, señalando expresamente que tal *status* lo convierte en titular del derecho a sufragio.

¹ MARSHALL, Thomas Humphrey. *Ciudadanía y clase social*. Revista Española de Investigaciones Sociológicas. N° 79. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, julio-septiembre, 1997. p. 312.

² MARSHALL, Pablo. *La persecución penal como exclusión política*. En Muñoz, F. (editor). Igualdad, Inclusión y Derecho. Santiago, LOM Editores, 2013. p.72.

³ Véase MARSHALL, Pablo. *El Derecho a Votar desde el extranjero*. Revista de Derecho. Vol. XXIX. N°2, Valdivia, diciembre 2011. pp.146 – 148. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v24n2/art06.pdf>.

El citado derecho fundamental ha sido definido por la doctrina como “la facultad de todos los ciudadanos de elegir mediante una declaración de voluntad a sus representantes en la esfera estatal”⁴, encontrando su reconocimiento en la carta fundamental y en el bloque constitucional de derechos.

Por su parte, “jurisprudencialmente se ha destacado el doble carácter del derecho a sufragio. Por un lado, es un mecanismo jurídico-político mediante el cual los ciudadanos ejercen el derecho reconocido por el ordenamiento a participar en la determinación de la orientación política general del Estado, a través de la designación de sus representantes o mediante la votación de aquellas propuestas que le sean sometidas. En otras palabras, es el instrumento por el cual el ciudadano selecciona a aquellos otros ciudadanos para que lo representen en los cargos populares necesarios para la conducción de los asuntos del país. Por otra, en forma complementaria, el derecho a sufragio es un derecho fundamental de naturaleza política, que tienen los ciudadanos para participar activamente en los asuntos públicos, ya sea en forma directa o por medio de representantes”⁵

La calidad de ciudadano y el derecho a sufragio no son permanentes en el tiempo, ya que se deja de detentar la ciudadanía por pérdida de la nacionalidad chilena, por condena a pena aflictiva y por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva.

⁴ PICADO, Sonia. *Derechos políticos como derechos humanos [en línea]*. En DIETER, Nohlen, ZOVATTO, Daniel, OROZCO, Jesús y THOMPSON, José. Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral. México, 2007. p.51. Disponible en: http://aceproject.org/electoraladvice/archive/questions/replies/882224572/664011832/inlay_tratado.pdf. [Citado agosto 01, 2019]

⁵ BARRIENTOS Pardo, Ignacio. *Suspensión del derecho de sufragio por acusación penal: Vulneración constitucional de la presunción de inocencia*. Estudios constitucionales [online]. 2011, vol.9, n.2 [citado 2019-08-11], p. 5. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200007&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-5200. [Citado agosto 01, 2019]

Con todo, el derecho a sufragio se suspende, entre otras causales, por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista, conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 16 de la CPR.

En base a lo expuesto, aquellas personas que no han sido condenadas a pena aflictiva o que ha cuyo respecto se ha decretado la prisión preventiva y que no se encuadran en los supuestos antes referidos, conservan la titularidad de su derecho, pudiendo ejercerlo libremente, sin perjuicio de que en la práctica son privados de éste de facto, como ocurre, por ejemplo, con quienes están cumpliendo prisión preventiva.

De esta forma, a través del presente artículo lograré demostrar que nuestra legislación, en particular la CPR, contiene preceptos que hacen incompatible la convivencia entre ciudadanía, privación de libertad y derecho a sufragar, invalidando con ello el reproche de culpabilidad que se hace a un individuo a través de la imposición de una pena. Asimismo, se demostrará la incompatibilidad existente entre el artículo 16.2 de la CPR y el artículos 19.3 inciso 5º del mismo texto y los arts. 8º y 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales entran en una manifiesta contradicción.

Lo anterior, se hará a partir del análisis jurisprudencial de sentencias dictadas por Tribunales nacionales e internacionales, las cuales contienen argumentación que permitirá fundamentar o contrarrestar lo sostenido en el párrafo precedente, para finalmente pronunciarse acerca de la privación de facto del derecho a sufragio de quienes están privados de libertad y se encuentran legitimados para votar.

2. PRONUNCIAMIENTO DE LA JUDICATURA NACIONAL RESPECTO DEL DERECHO A SUFRAGIO DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD.

Durante el año 2017 las Cortes de Apelaciones de nuestro país y la Excma. Corte Suprema, conocieron de una serie de Recursos de Protección que buscaban que se

restableciera el imperio del derecho y se permitiera a ciertos condenados ejercer su derecho a sufragio, dado que no existía limitación alguna a su respecto.

Cabe sostener que no es la primera oportunidad en que un Tribunal de la República se pronuncia ante un requerimiento de esta especie, ya que, con anterioridad a ello, existieron actuaciones de oficio por parte del Juez de Garantía, Daniel Urrutia, tendientes a resguardar el derecho en comento.⁶

En particular, en el presente artículo se analizarán los argumentos sostenidos por la Tercera Sala de la Excma. Corte Suprema, en sentencia dictada con fecha 26 de octubre del año 2017, integrada por los Sres. Ministros Sergio Muñoz Gajardo, Carlos Aránguiz Zúñiga, Jorge Dahm Oyarzún y los abogados integrantes Álvaro Quintanilla Pérez y Carlos Pizarro Wilson, bajo el ingreso N°39698-2017.⁷

La sentencia en cuestión se pronuncia respecto de un recurso de apelación deducido en contra de la sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique que rechazó el recurso de protección deducido por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en favor de 92 personas privadas de libertad, que legalmente se encuentran habilitadas para sufragar, y en contra del Servicio Electoral y Gendarmería de Chile.

Al informar Gendarmería de Chile⁸, con fecha 24 de agosto de 2017, sostiene que a dicha institución no le corresponde la instalación de mesas para el ejercicio del derecho a sufragio en recintos penales y tampoco le corresponde el control, ni otorgar la autorización para el traslado de los imputados y/o condenados para que puedan votar, siendo imposible logísticamente realizar el traslado de los titulares del derecho conculcado.

⁶ Véase audiencia 22 de agosto de 2013, RUC N°1310024568-4, RIT N°5-2013.

⁷ En el mismo sentido, las sentencias dictadas por la Excma. Corte Suprema bajo los ingresos N°39970-2017; 39989-2017 y 40094-2017.

⁸ Gendarmería de Chile informa mediante el Oficio N°1339/17 de fecha 21 de agosto del año 2017.

Por su parte, con fecha 02 de septiembre de 2017 el Servicio Electoral evacúa informe sosteniendo que la legislación actual no permite establecer circunscripciones electorales *ad -hoc* en relación a un recinto o establecimiento penal, por lo que no se podría implementar tal solución para restablecer el derecho de los recurrentes. Asimismo, argumentan que para permitir el sufragio de los privados de libertad que tienen su derecho incólume, debería operar una modificación legal, ya que, de lo contrario, actuar conforme reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema, implicaría disponer de la instalación y funcionamiento de mesas receptora de sufragios bajo los siguientes supuestos que infringen la ley:

- A) Electores sin un domicilio electoral legalmente establecido;
- B) Circunscripción Electoral no establecida y habilitada para tal efecto;
- C) Mesas receptoras de Sufragios con un padrón de mesas limitado y circunscrito a las personas privadas de libertad del recinto carcelario respectivo.
- D) Mesas Receptora de Sufragios establecidas en un recinto que no es hábil conforme a la legislación actual para ser habilitado como local de votación e integrada en contravención a la ley.
- E) Limitación de tránsito y desplazamiento constitucionalmente no habilitada, restringiendo el libre acceso al recinto de escrutinio público de dichas mesas.
- F) Establecimiento de un Padrón Electoral contraviniendo lo dispuesto en el Título II y III de la Ley N°18.556.

La Excm. Corte Suprema de Chile entiende que lo esgrimido por las recurridas contraviene normas nacionales e internacionales, en particular el artículo 58 de la Ley N°18.700, que, a juicio de la Corte, facultaría al Servicio Electoral para determinar la instalación de locales de votación en un recinto penitenciario. Asimismo, invoca el artículo 2 y el 25 del Decreto Supremo N°518, que contiene el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, los cuales impondrían el deber a Gendarmería de velar de manera activa porque se respete la condición de ciudadano de cualquier persona

privada de libertad bajo su custodia, debiendo tener en consideración las disposiciones legales que rijan al efecto, sean éstas de orden legal, constitucional o por vía de bloque constitucional de derechos.

Por último, la Corte Suprema invoca como normas que deben resultar aplicables, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹ y el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰, argumentando que “las disposiciones antes referidas consideran el derecho a sufragio como un derecho ciudadano, que debe ser garantizado en su ejercicio por el Estado y si bien puede estar sujeto a eventuales restricciones, éstas no pueden extenderse más allá de las señaladas en el respectivo instrumento, quedando excluida la privación de libertad como medida cautelar, o cuando la condena no lleva aparejada la pérdida del derecho a sufragio [...]”. Agrega “que el sistema europeo y americano de protección de los Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno a la participación democrática de las personas privadas de libertad en diferentes oportunidades, ocasiones en las cuales se ha privilegiado el ejercicio de los derechos que los estados reconocen a todas las personas, sin atender a restricciones materiales o reglamentarias para impedir o prohibir su ejercicio respecto de quienes se encuentran presos con motivo de la sustanciación de los procedimientos o imposición de una pena, que a lo menos tenga un claro respaldo legislativo y un pronunciamiento judicial en tal sentido. En efecto, no se justifican las restricciones u obstáculos al ejercicio del derecho a sufragio, sin un preciso pronunciamiento jurisdiccional al respecto en relación con una persona determinada, dado que ello importa la privación inmotivada de sus derechos. Se impone a los Estados efectuar las adecuaciones y coordinaciones pertinentes en un proceso eleccionario para garantizar el pleno ejercicio de todas las personas de su derecho a sufragio, entre otros.”

En consecuencia, la argumentación de la Corte Suprema radica en la circunstancia que no existe impedimento legal para que quienes se encuentran privados de libertad

⁹ Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

¹⁰ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

puedan ejercer su derecho a sufragio, siempre que no estén suspendidos en su titularidad conforme a la ley. En ese sentido, el obstáculo que afecta a los condenados y privados de libertad obedece únicamente a impedimentos de carácter material, los cuales no pueden servir de base para la privación de un Derecho Fundamental.

2.1. Comentarios.

La sentencia en cuestión destaca tres aspectos relevantes: (i) el reconocimiento del Bloque Constitucional de Derechos; (ii) el resguardo del derecho a sufragio, como derecho fundamental, mediante la interposición de la Acción de Protección por la afectación que sufre el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 19 N°2 de la CPR y (iii) el reconocimiento en cuanto a que no existe impedimento legal para que el Servicio Electoral implemente y ejecute las acciones necesarias para que los privados de libertad que no están impedidos de votar puedan ejercer su derecho a sufragio.

En cuanto al primer aspecto, cabe sostener que “el bloque constitucional de derechos fundamentales en Chile está constituido por los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al Derecho Internacional convencional, constituyendo así un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana, siendo todos estos derechos atributos que emanan de la dignidad humana, como lo determinan tanto el propio texto fundamental como las fuentes del derecho internacional, principalmente las fuentes convencionales de este último.”¹¹

De esta forma, vía el artículo 4 de la CPR resultan aplicables los artículos 25, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23 de la Convención Americana

¹¹ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. *El bloque constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia*. Estudios constitucionales [online]. 2015, vol.13, n.2 [citado 2019-08-13], p.312. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000200011&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>. [Citado agosto 01, 2019]

sobre Derechos Humanos que consagran el derecho a sufragio como un derecho ciudadano, normas que permitirán entender lo incongruente del artículo 16.2 de la CPR con relación a ellas y a lo sostenido por la jurisprudencia nacional e internacional.

Como segundo aspecto a destacar, está el reconocimiento de la Acción de Protección como garantía del derecho a sufragio al reconocerse por la judicatura una transgresión al 19 N°2 de la CPR. “De esta manera, se deja de lado una forma de concebir al sufragio como un derecho carente de garantía jurisdiccional que pueden utilizar los ciudadanos. Ello implica, por un lado, reivindicar el sufragio como un derecho fundamental tan importante como todos los demás establecidos en el artículo 19 de la Constitución. Por otro, da inicio a una fórmula en que la Corte Suprema está dispuesta a discutir problemas electorales que hasta ahora se encontraban fuera del ámbito de acción de la ciudadanía, lo que otorgaba al Servel una posición de cierta irresponsabilidad administrativa. Por ejemplo, y dado este fallo, no sería de extrañar que la Corte, de haber sido requerida, hubiera tomado una postura similar frente a los problemas de administración del padrón electoral por parte del Servel que impidieron sufragar a cientos de miles de ciudadanos que se encontraban mal inscritos en centros de votación fuera de sus comunas”.¹²

Por último, como tercer aspecto relevante, la Corte Suprema descarta que exista, para el Servicio Electoral, limitación legal que le impida establecer circunscripciones especiales en los centros penitenciarios. En ese sentido, es relevante que en esta oportunidad el Servicio no formuló objeción alguna, en cuanto al reconocimiento del derecho de los privados a libertad a sufragar, en tanto no les esté legalmente prohibido. En efecto, el informe de dicha institución, como se ha señalado, sólo alude a la supuesta imposibilidad legal y material de establecer mesas de votación, sin ahondar en el fondo del asunto, lo que configura un avance importante dentro del servicio gubernamental,

¹² MARSHALL, Pablo y ROCHOW, Diego. *El sufragio de las personas privadas de libertad. Un análisis a partir de la sentencia ROL N°87743-16 de la Corte Suprema y sus antecedentes*. Rev. Chil. Derecho [online]. 2018, vol.45, n.1 [citado 2019-08-13], pp.245. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372018000100233&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000100233>. [Citado agosto 01, 2019]

considerando que, en el año 2013, cuando se comenzó a discutir la materia, la postura del Servicio era absolutamente distinta.

Por tanto, estamos frente a una sentencia que genera avances en el reconocimiento del derecho a sufragio de los privados de libertad, que no se encuentran legalmente impedidos de ejercerlo, otorgando garantías al mismo a través del Recurso de Protección, cuestión, que, sin duda, años atrás habría sido impensada. No obstante ello, existen ciertos aspectos a los que alude el fallo que son necesarios de revisar, ya que éste no abarca todas las aristas que implican un legítimo ejercicio del derecho en cuestión, tal como se sostendrá más adelante en el presente artículo.

3. JURISPRUDENCIA DERECHO COMPARADO.

Como lo recogió la propia Corte Suprema, en la sentencia antes analizada, ésta no es una cuestión que se esté discutiendo únicamente a nivel nacional, sino que ha sido abordada, al menos, hace tres décadas atrás por distintos Tribunales, destacando las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en los años 1999 (*August v Electoral*) y 2004 (*Minister of Home Affairs v NICRO*), por la *High Court* de Australia en el año 2007 (*Roach v Commonwealth*) y por la Corte Europea de Derechos Humanos en los años 2005 (*Hirst v United Kingdom*) y 2012 (*Scoppola v Italia*).

3.1. Caso *Sauvé v Canadá*.¹³

Para efectos del presente artículo y en concordancia con la línea argumentativa que se ha seguido del mismo y a través de una traducción libre, me detendré a analizar la sentencia dictada por la Corte Suprema de Canadá, en el caso denominado *Sauvé v Canadá No 2* del año 2002, en donde el Tribunal procedió a cuestionar la constitucionalidad del artículo 51 letra e) de la Ley Electoral de Canadá, que tiene un carácter prohibitivo, en cuanto impide ejercer el derecho a sufragio a cualquier persona

¹³ Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2010/index.do>

recluida en un centro penitenciario, con ocasión del cumplimiento de una pena de dos años o más.

En concreto, la norma en comento conculcaría lo dispuesto en los artículos 1, 3 y 15 (1) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, preceptos que amparan que la restricción de derechos sólo procede fundadamente y por autorización expresa de la ley (art. 1), que todo ciudadano tiene derecho a votar en las elecciones legislativas federales y provinciales (art. 3) y que todas las personas son iguales ante la ley (art. 15 (1)).

De acuerdo a la argumentación sostenida por la Corte Suprema Canadiense, en la sentencia pronunciada por los Ministros Mc Lachlin, Lacobucci, Binnie, Arbour y LeBel, para que pueda tener lugar una limitación al derecho a sufragio debe existir un fin u objetivo válido desde el punto de vista constitucional que pueda superar un examen de proporcionalidad frente a la lesión que se pretende irrogar al derecho en estudio.

Sostiene la Corte Suprema de Canadá que el análisis del artículo 51 letra e) de la ley en comento no aprueba el test de proporcionalidad. En particular, señala la sentencia que el Gobierno no logró establecer una conexión racional entre el artículo 51 (e) y los objetivos de la norma: (i) mejorar la responsabilidad cívica y el respeto al estado de derecho; y (ii) proporcionar un castigo adicional intensificando los fines generales de la sanción penal. Respecto del primer objetivo de promocionar la responsabilidad cívica y el respeto por la ley, la privación del derecho a sufragio envía mensajes que transgreden el respeto al derecho y la democracia, y no mensaje que defienden estos valores. Señala la Corte que la legitimidad de la ley y la obligación de obedecerla emanan directamente del derecho al voto de cada ciudadano. Denegar a los condenados el derecho a voto es perder un importante escenario de enseñanza de valores democráticos y de responsabilidad social.

Acerca del segundo objetivo de infligir una sanción adecuada, dentro del análisis de proporcionalidad efectuado por la Corte Suprema, el Gobierno no ofreció una teoría convincente sobre porque se debería permitir la privación del derecho a voto como pena inflingida por estado. Sostiene la Corte Suprema que denegar el derecho a voto no es

congruente con los requerimientos de una pena legítima, ya que una pena no debe ser arbitraria y debe buscar un objetivo válido en el derecho penal. En ese sentido, se argumenta que en cuanto al objetivo penal legítimo, ni el expediente ni el sentido común sostienen la pretensión de que negar el derecho al voto disuade la comisión de delitos o rehabilita a los delincuentes.

Finalmente, sostiene la Corte que los efectos negativos de la denegación del derecho a voto sobrepasarían los mínimos efectos benéficos que provendrían de esta. Denegar el derecho a voto a los condenados tiene efectos negativos sobre ellos y sobre el sistema penal. Remueve una ruta hacia el desarrollo social y mina las leyes y políticas correccionales dirigidas a la rehabilitación e integración.

Por último, la Corte Suprema sostiene que al ser manifiesta la infracción denunciada acerca del artículo 51 letra e) de la Ley Electoral de Canadá respecto del artículo 3 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que consagrada el derecho a sufragio, obviarán emitir pronunciamiento acerca de la infracción que se denuncia respecto del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 15 (1) de la citada Carta.

De esta forma, queda en evidencia que la Corte Suprema de Canadá establece un criterio más drástico en cuanto a permitir el derecho a sufragio de los privados de libertad, frente a los pronunciamientos que existieron por parte del Tribunal Constitucional de Sudáfrica y la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos que se han enunciado en el presente artículo, ya que descarta de plano que la privación de tal derecho pueda tener un fin de resocialización respecto del condenado, distinguiendo el ejercicio de la ciudadanía frente a la privación de libertad propiamente tal.

3.1.1. Comentarios.

La sentencia en estudio ha generado un avance en materia de reconocimiento del derecho a sufragio de los privados de libertad y, en especial, en cuanto a establecer expresamente las formas y medios a través de los cuales se limita el ejercicio del derecho.

En ese contexto, se reconoce la competencia de la judicatura canadiense para revisar un precepto legal con una norma de carácter constitucional, vía test de proporcionalidad, de manera que se afecte mínimamente el derecho aludido. Asimismo, se desecha el argumento en orden a que la privación o suspensión del derecho a sufragio constituiría un castigo adicional que otorgaría preponderancia a los fines de la pena, lo que es relevante, considerando que la mayoría de las legislaciones, en un principio, establecieron la privación del derecho como un castigo adicional a la pena impuesta asociada directamente con el encarcelamiento del condenado, cuestión que no dice relación alguna con el fin retributivo y resocializador que podría tener una sanción penal.¹⁴

3.2. *Hirst v The United Kingdom. (N°2) [2005]*¹⁵

De una traducción libre de la sentencia dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos, es necesario destacar antecedentes que permiten entender el razonamiento utilizado por los sentenciadores.

En ese sentido, destacar que el presente caso de inició en virtud de una solicitud contra el Reino Unido por el ciudadano británico John Hirst, el 05 de julio de 2001, quien alegó que en su calidad de condenado estaba sujeto a una prohibición general de votar en las elecciones, conforme lo dispuesto en la sección 3 de la *representation of the people Act* de 1983.¹⁶ En concreto, el Sr. Hirst sostuvo que dicha norma era incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁴ MARSHALL, Pablo. *El derecho a voto de los privados de libertad: análisis y propuestas*. Artículo Inédito. 2019. p. 10.

¹⁵ *Hirst v. United Kingdom* (2005). Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-70442"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

¹⁶ De una traducción libre del precepto en cuestión, es posible sostener que dicha norma establece que una persona condenada, durante el tiempo que está privado de libertad en una institución penal en cumplimiento de su sentencia, es legalmente incapaz de votar en cualquier elección parlamentaria o local

Cabe señalar que antes se recurrir a la Corte Europea, dicho caso fue conocido por el Juez Kennedy de la *Divisional Court*, quien, para rechazar el recurso que buscaba declarar la incompatibilidad de la norma en cuestión, citó las razones del Secretario de Estado de la época, que sostuvo que quienes están afectos a una pena privativa de libertad, pierden el derecho a opinar sobre la forma en que se gobierna el país durante ese periodo, argumentando que la eliminación de la sociedad con el cumplimiento de una pena privativa de libertad, significa la eliminación de los privilegios de la sociedad, entre los cuales se encuentra el derecho a votar por el representante de uno.¹⁷

De esta forma, la Corte Europea de Derechos Humanos se hizo cargo de los argumentos sostenidos por el Juez Kennedy y por el Gobierno de Reino Unido, concluyendo la incompatibilidad de la sección 3 de la *representation of the people Act* de 1983 con la Convención Europea de Derechos Humanos, declarando en consecuencia que ha operado una transgresión al artículo 3 del Protocolo N°1 de la citada Convención.

En concreto, la Corte sostuvo que se desprende de la sentencia de la *Divisional Court* que la naturaleza de las restricciones que se impongan sobre el derecho a voto de un condenado, es un asunto del Parlamento y no de los Tribunales nacionales, por tanto, la *Divisional Court* no realizó ninguna evaluación de la proporcionalidad de la medida en sí. Agrega, que la enunciada disposición impone una restricción general a todos quienes cumplen pena de prisión, aplicándose ésta de forma automática, independiente de la duración de su condena y de la naturaleza o gravedad de su delito y sus circunstancias individuales, por lo que parece una medida desproporcionada.¹⁸

3.2.1. Comentarios.

El argumento sostenido por la *Divisional Court* parece ser de carácter político, alejándose de los fines de la pena, contemplando la prohibición normativa que olvida la realización de un análisis cognoscitivo de proporcionalidad, tendiente a determinar la

¹⁷ *Hirst*, c. 16.

¹⁸ *Hirst*, cc. 80°, 82°.

necesidad de la medida frente a la prohibición general de derecho a voto de los privados de libertad.

Lo anterior fue recogido por la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual estima que debe existir una evaluación de proporcionalidad en el establecimiento de una norma que implica la restricción a un derecho fundamental.

No obstante lo anterior, es relevante la tendencia que establece la Corte en orden a reconocer el principio de proporcionalidad junto con establecer un criterio jurisprudencial, desde que refiere argumentos similares a los contenidos en la sentencia dictada en el caso *Sauvé v Canadá*, mediante los cuales se reconoce que la privación del derecho a voto tiene que estar sujeta a la necesidad de la medida, de manera que dicha privación no tenga la naturaleza de sanción adicional.

De esta forma, Reino Unido parece alejarse de los estándares internacionales en esta materia, sin perjuicio de que a partir del año 2017 se comienzan a escuchar las primeras voces que reconocen indirectamente lo dictaminado por la Corte. En efecto, en dicho año el Comité de Igualdad y Derechos Humanos del Parlamento Escocés comenzó a efectuar una investigación relacionada con la materia, finalizando el mismo en el mes de mayo del año 2018, reconociendo que la prohibición en estudio debe proscribir.¹⁹

A lo anterior se suma que el 14 de marzo del año 2018 el Gobierno de Escocia puso en marcha una consulta ciudadana sobre la permisibilidad del derecho a voto de los privados de libertad. El resultado de la misma, junto con la opinión del gobierno, parece ser que, para permitir el ejercicio del derecho en comento, se tendrá que estar a la duración de la pena²⁰ y no a la necesidad de la medida. En efecto, el gobierno considera que, aunque los jueces de ejecución tomen en cuenta diversos factores, la duración de la pena impuesta es, en general, un reflejo de la gravedad del caso, teniendo en cuenta

¹⁹JOHNSTON, Neil. *Prisoners' voting rights: developments since May 2015*. House of Commons Library. N°07461, agosto 2019. Disponible en: <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7461/CBP-7461.pdf>

²⁰ Ibid.

todas las circunstancias, incluyendo la naturaleza de la infracción, las circunstancias en que se cometió, y antecedentes penales del delincuente. Sostiene, además que este enfoque logra un equilibrio adecuado entre la eliminación del derecho de voto sólo cuando las circunstancias son lo suficientemente graves como para justificar una sentencia tan larga.²¹

En consecuencia, si bien se está discutiendo actualmente el reconocimiento del derecho a voto de los privados de libertad en una parte del Reino Unido, lo cierto es que la discusión se aleja considerablemente de lo razonado por la Corte Europea. En efecto, se ha sostenido que es un elemento a considerar para el ejercicio del derecho en comento, la duración de la pena o la gravedad de los hechos, entre otros factores, los cuales forman la base de lo un análisis de proporcionalidad.

De esta forma, contemplar la duración de la condena como un elemento *sine qua non* de la procedencia de la restricción del derecho a voto, constituye un avance importante desde el punto de vista doctrinario, máxime si se considera que es uno de los elementos que se debe tener a la vista a la hora de establecer la restricción en comento, junto con la necesidad de la medida y la naturaleza y contenido del derecho en cuestión.

3.3. Thierry Delvigne v Comuna de Lesparre-Médoc y Préfet de la Gironde.²²

En el presente caso, si bien la Corte Europea de Derechos Fundamentales estimó procedente la limitación al derecho a sufragio de los privados de libertad efectuada por la legislación francesa, lo relevante de ello es el razonamiento aplicado al efecto en cuanto al principio de proporcionalidad.

En concreto el Sr. Devilgne fue condenado a una pena privativa de libertad de doce años por la comisión de un delito grave, impuesta en última instancia el 30 de marzo de

²¹ Scottish Government, Consultation on Prisoner Voting, 14 de diciembre de 2018. p10. Disponible en: https://consult.gov.scot/elections/prisoner-voting/user_uploads/consultation-on-prisoner-voting.pdf

²² *Thierry Delvigne v Comuna de Lesparre-Médoc y Préfet de la Gironde*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CJ0650&from=EN>

1988. En base a ello, solicitó al órgano jurisdiccional planteara una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de *Bordeaux* con el fin de obtener una interpretación de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, invocando para ello la existencia de una desigualdad de trato resultante de la aplicación de la Ley de 16 de diciembre de 1992, en su versión modificada que suprimió en el nuevo Código Penal Francés, la pena accesoria de privación de los derechos cívicos resultante de pleno derecho de toda condena a una pena asociada la comisión de un delito grave y contempló que, en adelante, deberá ser un órgano jurisdiccional quien imponga la privación de la totalidad o de parte de los derechos cívicos y que dicha privación no podrá exceder de diez años en caso de condena por la comisión de un delito grave. En particular, sostiene que el artículo 370 de esta Ley plantea un «problema de conformidad con los Tratados», en la medida en que vulnera, en particular, varias disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en adelante la Carta.²³

Finaliza la Corte sosteniendo que la privación del derecho a sufragio en el caso en comento, resulta de la aplicación de las disposiciones del Código Electoral en relación con las del Código Penal, por lo que es necesario considerar que ésta se estableció por ley. Indica además que esta limitación respeta el contenido esencial del derecho a sufragio activo consagrado en el artículo 39, apartado 2 de la Carta, ya que no pone en cuestión el referido derecho, toda vez que únicamente supone excluir a algunas personas, en determinadas circunstancias.²⁴

Lo relevante de la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que reconoce que el artículo 52 de la Carta permite introducir limitaciones al ejercicio de derechos como los consagrados en el artículo 39, apartado 2, de la Carta, siempre que estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, observando el principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan

²³ Ibid. cc. 14°, 19°.

²⁴ Ibid. cc. 47°, 48°.

efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.²⁵⁻²⁶

3.3.1. Comentarios.

La sentencia en estudio es que reconoce y hace necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad en la limitación del derecho a sufragio, estableciendo como requisitos que la limitación esté establecida por ley y que se respete el contenido esencial de los derechos y libertades.

Lo anterior implica un avance considerable que mantiene concordancia con la jurisprudencia antes comentada, toda vez que continúa el reconocimiento en la aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto a la restricción del derecho a voto. En efecto, se establecen requisitos como la reserva legal frente la restricción, siendo necesario destacar que dicha reserva no puede ser genérica, sino que debe pasar por un análisis de proporcionalidad en abstracto que implique que la medida que se quiere adoptar para restringir el derecho sea necesaria.

En consecuencia, será necesario analizar la concurrencia del principio de proporcionalidad y como debe operar este frente a la limitación en estudio, de manera tal de que se pueda llegar a un consenso doctrinal al efecto.

4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LA LIMITACIÓN DEL DERECHO A SUFRAGIO.

No se debe confundir el principio de proporcionalidad, como principio limitador del *Ius Puniendi* Estatal, con el principio que ilumina el Derecho Constitucional frente a la limitación de un derecho fundamental como aquél que está en estudio.

²⁵ Ibid. c.46°.

²⁶ En el mismo sentido la sentencia dictada en el caso *Volker und Markus Schecke y Eifert*, apartado 50 y *Lanigan*, apartado 55.

En efecto, el principio de proporcionalidad, como límite al *ius puniendi*, actúa como una consecuencia a los principios de legalidad y retributividad, lo que implica que la pena debe ser adecuada al delito y a la gravedad del hecho, en relación con sus causas objetivas y con la intencionalidad de la culpabilidad ²⁷. Por su parte, el principio en cuestión, como actor frente a la limitación de un derecho fundamental, puede ser una herramienta para el legislador o para los jueces al establecer restricciones a un derecho, sea a través de la ley o de la aplicación de la misma, mediante el razonamiento cognoscitivo que debe efectuar el juez.

De esta forma, el mecanismo de análisis de proporcionalidad “no es una fórmula <<infalible>>”, al modo como pretenden serlo los tradicionales criterios de solución de antinomias; o mejor dicho, que no es una fórmula en ningún sentido, sino un camino para alcanzarla, un camino que no sería preciso recorrer si contáramos con normas de segundo grado que nos indicasen el peso de cada razón y, con ello, la forma de resolver el conflicto.”²⁸

En este sentido, debemos entender que el denominado examen de proporcionalidad, frente a la limitación de un derecho, es un mecanismo que permite ponderar, contrapesar normas o principios de igual “importancia”, cuando no puede recurrirse a otros criterios los tradicionales.²⁹ Tampoco debe entenderse como un mecanismo regulatorio estricto y expreso al ejercicio o goce de un derecho, sino que debe ser contemplado como una restricción de su ejercicio.³⁰

²⁷ Véase NUNEZ Ojeda, Raúl y VERA Vega, Jaime. *Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno*. Polít. crim. [online]. 2012, vol.7, n.13 [citado 2019-09-14], pp.168-208. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992012000100005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992012000100005>.

²⁸ PRIETO Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid. Editorial Trotta. 2003. p. 190.

²⁹ Véase HENRIQUEZ Viñas, Miriam. *Las Fuentes Formales del Derecho*. Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, Año 2009, pp. 11 a 15.

³⁰ Para mayor claridad en dicha diferenciación, Véase CASAL H, Jesús María. *Los Derechos Humanos y su Protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, año 2008, p. 70.

En palabras de Luis Prieto Sanchís, “el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso <<subsumir>>, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios.”³¹

De esta forma, cabe preguntarse si está en juego por una parte la privación del derecho a voto de una persona privada de libertad, en cualquiera de sus formas, y por la otra, la promoción de un régimen más democrático e inclusivo. La respuesta es evidente, en ambos casos se persigue reconocer y garantizar la participación ciudadana en un Estado de Derecho mediante el ejercicio del derecho a voto.

4.1. Legitimidad del Fin Perseguido.

Como se anticipare, lo que se buscará en esta etapa de la presente investigación, es determinar si es legítimo, en virtud de nuestro ordenamiento jurídico, no sólo nacional, sino que también internacional y especialmente latinoamericano, limitar el derecho a voto de los privados de libertad frente a reconocer y garantizar la participación ciudadana de un universo determinado de personas.

De esta forma es necesario determinar si la imposición de la pena y la ejecución de la misma, respecto de una persona, hace legítimo restringir su derecho a voto. En ese contexto, se debe entender que “la imposición y la ejecución de la pena han de verse como la materialización del reproche sobre la persona del condenado por su déficit de lealtad comunicativa. Por esto, la materialización del reproche contra la persona de derecho no puede desvincularse de la atribución de la condición de ciudadano a esa persona, pues de lo contrario el reproche, como actitud reactiva, carece de base intersubjetiva. La paradoja del reproche expresado en la pena se encuentra en que el reproche constituye un reconocimiento cuyo sentido es la desaprobación. Que en esta desaprobación hay un reconocimiento se sigue necesariamente de la suposición de que

³¹ PRIETO Sanchís, Luis. op. cit., p.193.

el reproche y la pena deben ser merecidos, que es el núcleo de la exigencia de culpabilidad. La pena puede verse, como sugiere Walzer, como un honor negativo.”³²

En ese contexto, no parece legítimo privar de forma absoluta del derecho a voto a quienes se encuentran condenados, pero sí parece loable suspender el ejercicio del mismo en la medida que se determine la responsabilidad del sujeto y la gravedad del hecho que se le imputa, lo que implica, necesariamente, que tal suspensión sólo debería operar respecto de ciertos condenados, dependiendo del nivel de reproche que se haga a su respecto.

4.2. Adecuación, Aptitud o Idoneidad de la Medida.

El profesor Luis Prieto Sanchís nos señala, refiriéndose a una medida que busca un fin constitucionalmente legítimo y que además afecta un principio igualmente constitucional, que “Si esa actuación no es adecuada para la realización de lo prescrito en una norma constitucional, ello significa que para esta última resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión; y entonces, dado que si afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención” , por tanto, “respecto de esta parte del juicio de ponderación, cabe señalar que está orientada a la capacidad real de la medida de conseguir la realización del fin legítimo que se busca alcanzar”.³³

En ese sentido, “La irrogación del mal que es la imposición y ejecución de la pena, puede entenderse como una suspensión de una disposición generalmente favorable respecto del sujeto que defrauda la pretensión fijada en la norma. La medida de esta suspensión depende tanto de la magnitud de la lesividad del hecho como de la intensidad de la responsabilidad del sujeto por el hecho lesivo. En términos de las categorías dogmáticas correspondientes, la magnitud del reproche ha de depender tanto de las

³² MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y ciudadanía [en línea]*. En Revista de Estudios de la Justicia N° 6, 2005. p. 75. Disponible en: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%206/PENA%20Y%20CIUDADANIA.pdf>

³³ PRIETO Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. op. cit. p., 200.

características de la antinormatividad del comportamiento como de la culpabilidad del autor. Pero esto no puede restringirse al quantum de la pena privativa de libertad o de multa eventualmente aplicable. La exigencia de funcionalidad de la consecuencia institucional del reproche a su sentido comunicativo tiene que extenderse también a las consecuencias accesorias asociadas jurídicamente al reproche. Pues algunas de éstas tocan el núcleo de la pregunta por el reconocimiento que subyace a la imposición de la pena tras la condena.”³⁴

De esta forma la restricción del derecho a voto de un condenado aparece como una medida idónea, en tanto la suspensión de su derecho esté estrictamente relacionada y asociada con la intensidad del reproche social al que se encuentra afecto, en consideración a la norma de comportamiento quebrantada. En ese sentido, no sería plausible privar de un derecho político a una persona cuyo déficit de lealtad comunicativa con el derecho es mínima, pero sí parece proporcional limitarlo respecto de quien, deliberadamente, transgrede las normas de comportamiento, atentando contra los bienes jurídicos más relevantes de la sociedad. De esta forma, para que la medida sea idónea, deberá estarse a las circunstancias antes expuestas y siempre que la privación del derecho a voto no termine siendo una medida de seguridad en favor del estado que busque excluir a quienes se encuentran condenados.³⁵

4.3. Necesidad de la Medida

“La intervención lesiva para un principio o derecho constitucional ha de ser, en tercer lugar, necesaria; esto es, ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva”³⁶ , por tanto si tuviéramos que extraer los requisitos de esta parte del juicio de ponderación, encontraríamos que en primer lugar, para comenzar la búsqueda y posterior comparación, debemos: a) hallar una medida que persiga el mismo fin

³⁴ MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y ciudadanía* [en línea]. op. cit., pp. 74-75.

³⁵ Véase MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y ciudadanía* [en línea]. op. cit. pp. 74-78 y Jakobs. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. pp. 29 y 42 en JAKOBS y CANCIO Meliá, *Derecho penal del enemigo*. Editorial Civitas. Madrid, 2003. pp. 19-56.

³⁶ PRIETO Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. op. cit., p. 201.

constitucionalmente legítimo; b) que sea, a lo menos, similarmente útil para el logro de la finalidad perseguida, y c) que resulte menos gravosa o restrictiva para el principio o derecho que puede resultar conculcado.³⁷

Desde este punto de vista, la limitación del derecho a voto de quienes se encuentran condenados, concurriría como una medida necesaria en aquellos casos en que el reproche de culpabilidad es intenso, toda vez que no parece ser una medida de seguridad para el Estado, sino que más bien una medida de resguardo para el propio condenado, quien ante una falta de lealtad comunicativa, parecer no comprender la fidelidad que se debe mantener frente al derecho. De esta forma, dicho individuo no se encuentra apto para comprender, mientras dure la condena, normas de comportamiento, ni para ejercer derechos esenciales que emanan de la ciudadanía. Es por ello, que se espera, que mientras opere la resocialización del condenado, éste comprenda y asuma un nuevo compromiso de fidelidad con el ordenamiento jurídico, constituyéndose en una persona deliberativa, “aquella a la cual se reconoce libertad comunicativa, que puede entenderse como capacidad crítica, esto es, como la capacidad de tomar posicionamiento crítico, tanto frente a manifestaciones y acciones ajenas como frente a manifestaciones y acciones propias.”³⁸

En efecto, “en su componente de autonomía pública, la libertad comunicativa de la persona deliberativa la posiciona como *ciudadano del estado*, de modo que la capacidad de participar en el procedimiento de establecimiento de normas, tomando posición crítica frente a los actos de justificación de normas, hace posible reconducir éstas a la autonomía del ciudadano. Esta reconducción de la norma a la autonomía de la persona deliberativa en tanto ciudadano es lo único que justifica la pretensión de vinculación a la norma que puede dirigirse contra la persona deliberativa que, en la dimensión de autonomía privada de la libertad comunicativa, se posiciona como *persona de derecho (Rechtsperson)*, esto es, como destinatario de la norma.”³⁹

³⁷ Véase BARAK, A. (2012): *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge, Cambridge University Press. pp. 323-326.

³⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y ciudadanía [en línea].op. cit.*, p.66.

³⁹ *Ibid.*

4.4. Proporcionalidad en Sentido Estricto.

“Finalmente, la ponderación se completa con el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto que, en cierto modo, condensa todas las exigencias anteriores y encierra el núcleo de la ponderación.”⁴⁰ Se trata de determinar si la urgencia del fin legítimo que se busca alcanzar, puede sopesarse con el grado de afectación del principio menoscabado.

Sobre esta parte del juicio, y en virtud de los argumentos esgrimidos con anterioridad, en los otros ítems de esta parte del trabajo, a mi juicio resulta válido señalar que, mientras se mantengan los parámetros de la propia medida, es decir, que la suspensión del derecho a sufragio opere como una medida de resguardo del propio condenado, que refuerce su participación en la vida democrática, una vez que asuma un nuevo compromiso de fidelidad con el derecho, y mientras que esta suspensión no sea absoluta, en el sentido que involucre una pérdida de dicho derecho, esta medida resulta legítimamente proporcional.

Sólo aclarar finalmente, que en los textos como en las normativas estudiadas, se señala como requisito para la proporcionalidad, que la medida sea temporal. A mi juicio, debe entenderse esto no como temporalidad de la norma que la establezca, sino como los beneficios otorgados. En este caso, la medida es eminentemente temporal, ya que opera en tanto el condenado cumple la pena que le ha sido impuesta, recuperando posteriormente su derecho.

4.5. Conclusiones al Juicio de Ponderación.

En resumen, cabe mencionar que la medida analizada persigue un fin legítimo en relación al ordenamiento jurídico internacional como también a la constitución chilena, como también que es una medida racionalmente adecuada.

⁴⁰ PRIETO Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. op. cit., p. 202.

Respecto de su necesidad, si bien algunos autores podrían criticar la efectividad de la medida, no se encuentran argumentos para afirmar que ésta no fuese necesaria, ya que no existe otra medida que logre resultados semejantes y cause menor perjuicio respecto del derecho vulnerado.

Por último, señalar que mientras se respete la temporalidad de la condena, esta será proporcional en el sentido estricto.

4.6. Críticas al juicio de proporcionalidad.

Se critica el mecanismo de proporcionalidad, como medio de protección de los derechos fundamentales, argumentando que no está dotado de la fortaleza necesaria para lograr tal propósito. A mayor abundamiento, se sostiene, en primer lugar, que dicho mecanismo ha dejado en evidencia un problema político que no ha podido ser abordado, dejando pendiente de respuesta la interrogante de ¿Por qué debemos excluir de la participación política ciudadanos que han cometido un delito?⁴¹

En segundo lugar, se ha sostenido que la proporcionalidad “ha tenido a *soluciones de compromiso*. [...] Bajo este esquema, que promete compensar la pérdida de protección de derechos con la formulación eficiente de políticas públicas, la limitación de derechos fundamentales no es vista como un evento excepcional, sino como uno normal. Incluso cuando lo anterior no es capaz de explicar la tolerancia de los tribunales hacia la PDS en su totalidad, nos permite entender el frecuente recurso al argumento de la sobreinclusión, que funciona como mecanismo discursivo para dar la razón a los defensores de los derechos humanos, diciendo que el gobierno no puede aplicar arbitrariamente la PDS, pero, por otra parte, también provee de razones a los gobiernos

⁴¹ Véase MARSHALL, Pablo. *Sufragio y proporcionalidad: Un análisis crítico de la jurisprudencia sobre la privación del derecho a sufragio*. Estudios constitucionales [online]. 2019, vol.17, n.1 [cited 2019-09-14], pp.265-320. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002019000100265&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002019000100265>.

que quieren avanzar en políticas que los muestran como “duros contra la delincuencia” [...] El compromiso de hacer una diferencia entre autores de delitos graves y autores de delitos menores fue, en la mayoría de los casos, una idea propuesta por los tribunales, que podría explicarse como un esfuerzo para producir una decisión distributiva.”⁴²

En concreto, se critica que “el importante grado de deferencia que la proporcionalidad otorga al legislador la hace vulnerable a las objeciones de quienes critican a la proporcionalidad por ser una pobre protección de los derechos frente a las demandas hechas por el legislador. Lo que se tiene, en virtud de poseer un derecho a sufragio, es una débil protección contra la intervención arbitraria del legislador, y una concepción de los derechos fundamentales que no captura la prioridad del derecho a sufragio en una sociedad democrática. Al menos en ciertos aspectos, la proporcionalidad debe ser considerada deficiente.”⁴³

Por último, se crítica también la discrecionalidad que se otorga al juez mediante la aplicación del presente mecanismo, toda vez que quedará sujeto a su discernimiento la resolución del caso, arbitrando con ello la eventual concurrencia de acuerdos que en ningún caso robustecerían y resguardarían el derecho a sufragio y en general los derechos fundamentales. En ese contexto, la mayoría de estos casos son abordados por los Tribunales bajo la interrogante de ¿por qué nosotros, como una comunidad política democrática, deberíamos excluir los infractores de la participación política? y no preguntar ¿si la ley que priva de derechos prisioneros presenta un límite legal legítimo derecho a voto?⁴⁴

En consecuencia, quienes critican la proporcionalidad como método de protección del derecho a sufragio, proponen la concurrencia de un “mecanismo que permita hacer la distinción entre la cuestión de la elegibilidad para votar y las demás regulaciones del

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Véase GOLDONI, Marco and MARSHALL, Pablo. Appreciating the Prisoner's Dilemma. December 8, 2015. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2700714> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2700714>. pp.17-22.

sufragio”.⁴⁵ En ese sentido, a juicio de los críticos se lograría responder la interrogante antes mencionada y se robustecería el sistema democrático nacional, ya que permitiría implementar políticas tendientes a obtener la participación de un gran universo de ciudadanos.

5.- EL SISTEMA CHILENO Y SUS DEFECTOS EN LA LIMITACIÓN Y GARANTÍA, RESGUARDO E IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A SUFRAGIO, A PARTIR DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL PRECEDENTE.

5.1. Incompatibilidad de la pérdida de la ciudadanía, el derecho a sufragio y la privación de libertad.

En la sentencia dictada por la Corte Suprema de Canadá se desechan los argumentos gubernamentales que buscan respaldar la privación del derecho a sufragio como una medida intensificadora de los fines generales de la pena, sosteniendo en definitiva que dicha forma de razonar atenta contra los valores democráticos que persigue la nación.

En ese sentido, la sentencia aludida ahonda en un tema que no ha sido recogido ni por la Corte Suprema de Justicia de Chile, ni por nuestra legislación, que es la incompatibilidad entre la pérdida de la ciudadanía, el derecho a sufragio y la privación de libertad.

Si bien la calidad de ciudadano otorga la titularidad en el derecho a sufragio, la imposición de una pena privativa de libertad, no genera como consecuencia se prive de tal derecho o que se pierda la ciudadanía. En ese sentido, la pérdida de ésta última, “se vuelve imposible concebirla como pena, pues la pena presupone el reproche de culpabilidad, y éste es incompatible con la negación del presupuesto elemental de la desvinculación del sujeto a la norma, que es la ciudadanía. En este ámbito, por ende, la privación de libertad constituye una medida de seguridad, que implica que el estado

⁴⁵ Ibid.

asume una actitud objetivante frente al sujeto, representándose a éste como enemigo sobre el cual es necesario intervenir tácticamente.”⁴⁶

A mayor abundamiento, “la formulación de un reproche de culpabilidad que implica, sin embargo, la privación de la calidad de ciudadano constituye una contradicción realizativa (o “performativa”). Esa consecuencia jurídica implicada en el reproche niega un presupuesto del éxito ilocucionario del reproche en tanto acto de habla. Un reproche puede entenderse como un acto de habla normativo (o “regulativo”), definido por una pretensión de rectitud normativa. El hablante que formula un reproche presupone un horizonte normativo que lo vincula con el destinatario de su acto de habla. El reproche jurídico-penal, como acto de habla institucionalmente ligado, presupone la validez de la norma quebrantada por el sujeto a quien ello se reprocha como norma vinculante para éste. Bajo un estado democrático de derecho, esta condición sólo es posible en la medida en que la norma pueda seguir siendo reconducida al procedimiento en el cual todos los sujetos que pueden ser sus destinatarios puedan verse, a su vez, como sus autores.

El condenado debe seguir siendo ciudadano para que las consecuencias del reproche puedan justificarse como comunicativamente racionales.”⁴⁷

En ese sentido, parece ser que el artículo 17 de la Constitución Política de la República se excede al privar de la calidad de ciudadano a una determinada persona por el sólo hecho de haber sido condenado a pena aflictiva, ya que “hace imposible legitimar las consecuencias del reproche sobre la base de una actitud reactiva por una falta de lealtad comunicativa. Si la Constitución chilena niega la calidad de ciudadano al sujeto a quien se impone una pena privativa o restrictiva de libertad de duración superior a tres años, la Constitución hace inviable la construcción de un derecho penal del ciudadano. Y la alternativa a un derecho penal del ciudadano es, inevitablemente, un derecho penal del enemigo.”⁴⁸

⁴⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y ciudadanía*. op. cit., p. 78.

⁴⁷ *Ibíd.* p. 76.

⁴⁸ *Ibíd.*

De esta forma, en nuestro ordenamiento jurídico “la “curiosa sustitución” por la cual lo penitenciario convierte al condenado en “delincuente” se encuentra constitucionalmente garantizada. Y el mecanismo esencial de esta garantía, la privación de la ciudadanía de aquel que es encarcelado, constituye la realización inmediata de la disposición de lo carcelario que fuera veladamente celebrada por Beccaria: la invisibilización de todo aquel que la padece, que queda reducido, como diría Marx, a la desnuda condición de “ser humano a secas”; o lo que es lo mismo: de titular de derechos humanos. Y aquí no estaría de más recordar los términos con los que la vieja y buena teoría del Estado caracterizara la situación en que ya se ha desvanecido el status civitatis. Si la cárcel es un espacio al interior del cual son retenidos individuos que, despojados del ropaje de la ciudadanía, solo subsisten como hombres y mujeres desnudos, cuyos derechos humanos constataremos en cada ocasión de su vulneración, entonces no hay otra descripción posible: la cárcel es el estado de naturaleza.”⁴⁹

En consecuencia, el problema que se detecta en el ordenamiento jurídico penal chileno es que establece como sanción adicional al condenado por delitos que merezcan pena aflictiva, la pérdida de la ciudadanía, lo que trae aparejado que igualmente se suspenda su derecho a sufragio por el tiempo que dure la condena, en circunstancias que éste debería conservar su calidad de ciudadano a fin de que pueda ser objeto del reproche de culpabilidad que implica la imposición de una pena, ya que de lo contrario, se “hace imposible legitimar las consecuencias del reproche sobre la base de una actitud reactiva por una falta de lealtad comunicativa.”⁵⁰

5.2 Ilegitimidad artículo 16.2 CPR en virtud de análisis de proporcionalidad.

A consecuencia de lo sostenido en el párrafo precedente, del análisis jurisprudencial efectuado y sin perjuicio de lo reseñado respecto del artículo 17 de la Constitución

⁴⁹ MAÑALICH, Juan Pablo. *El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos*. Revista de Derecho y Humanidades. N°18, 2011. p.177. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126769/El-derecho-penitenciario-entre-la-ciudadania-y-los-derechos-humanos.pdf?sequence=1>.

⁵⁰ MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y ciudadanía [en línea].op. cit. p., 76.*

Política de La República, es posible señalar que el artículo 16 N°2 de la Carta adolece de características que lo hacen inconstitucional, no sólo en relación con normas y principios contenidos en la misma, sino que también respecto de aquél conjunto de preceptos contenidos en los Tratados Internacionales a los cuales Chile ha adscrito.

En concreto, el precepto en cuestión suspende el derecho a sufragio por la sola circunstancia de hallarse una persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista.

En ese sentido, de la simple lectura de la norma en cuestión, es posible vislumbrar la concurrencia de gérmenes de inconstitucionalidad, toda vez que derechamente se transgrede el principio de inocencia de las personas. En efecto, la norma en comento limita el ejercicio de un derecho fundamental por la sola circunstancia de haberse formulado acusación en un juicio penal en contra de un determinado imputado, sin importar que en la audiencia de juicio oral pueda haber discusiones incidentales que puedan lograr el sobreseimiento del acusado.

En consecuencia, respecto de una persona inocente, que ha sido acusada ante el Juez de Garantía, y cuya acusación será conocida posteriormente por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, recibe una pena anticipada asociada a la suspensión de su derecho a sufragio, la cual no parecer ser más que una medida de seguridad en favor del estado.

En efecto, en principio el argumento para sostener la concurrencia de una medida de seguridad, estaría asociado a evitar el intervencionismo político en el ejercicio de la jurisdicción, toda vez que con ello se buscaría evitar que personas que han sido acusadas por delito que merezca pena aflictiva puedan optar a cargos de elección popular, considerando que podría sobrevenir una sentencia condenatoria durante el proceso de elección, o bien, cuando ya son electos. Esto implica un riesgo, no sólo por el hecho de que nos esté gobernando una persona que ha sido condenada a pena aflictiva, lo que configura una incompatibilidad absoluta, sino que también por el riesgo previo que involucra la concurrencia de un eventual un intervencionismo en la labor de

los jueces, para obtener un resultado favorable en la decisión del caso, que termine con la absolución del acusado.⁵¹

Con lo anterior, parece necesario tratar de forma separada la concurrencia del derecho a sufragio y del derecho a ser elegido, ya que, en tanto no se produzca dicho distanciamiento, el artículo 16 N°2 de la Constitución de la República involucra ambas aristas, lo que lo reviste de inconstitucionalidad.

Cabe señalar que ésta discusión fue recogida por la Comisión redactora de la Nueva Constitución (1974) en cuya sesión N°75, de fecha 03 de octubre de 1974, el Senador Jaime Guzmán sostuvo: “En cuanto a la causal de suspensión de los procesados, expresa tener dudas. Recuerda que manifestó desde un comienzo que le parecía y le sigue pareciendo que el procesado no debe ser tratado como que fuera un condenado. El procesado está siendo, justamente, analizado, por así decirlo, por la justicia. Hay una presunción fundada en contra de él, pero no hay más que eso. De manera que, se inclinaría, en principio, por la idea de que el procesado no quede suspendido en sus derechos. La duda consiste en que si se considera como un derecho indisoluble el de sufragio y el de ser elegido, puede tener extraordinario peligro desde un punto de vista práctico y del ordenamiento jurídico del país, que una persona que está siendo procesada postule a un cargo de elección popular y sea elegida, porque no hay duda de que el fallo, que pudiera surgir a posteriori de la elección en que ese candidato resultara elegido y triunfante, sería un fallo que entraría en pugna con una resolución del electorado, que incluso pudiese haber sido tomado durante la campaña con una expresa referencia al proceso de que está siendo víctima la persona. Es decir, se coloca en la situación de un candidato que postule estando procesado y que haga de su proceso el motivo central de su campaña, sosteniendo que está siendo víctima, por ejemplo, de una justicia corrupta, o clasista, o parcial. Triunfa en la elección popular, ¿en qué situación quedaría el fallo posterior que condenara a esa persona? Es una situación difícil para el

⁵¹ En el mismo sentido Instituto Libertad y Desarrollo (2007): Comentario moción que deroga el numeral 2º del artículo 16 de la Constitución Política de la República (Boletín 5338-07. 16 de noviembre de 2007), p.14. Disponible en: <https://archivos.lyd.org/lyd/biblio/RL-837-5338-07-Sufragio%20de%20condenados%20por%20delito%20terrorista.pdf>

ordenamiento jurídico. De manera que, desde ese punto de vista, se coloca en el otro fiel de la balanza: la conveniencia de consagrar la suspensión con respecto de algún tipo de procesado o de todos ellos. Hay, como se ve, razones a favor y en contra y, por eso, manifiesta sus dudas.”⁵²

Con lo anterior, queda claro que al establecerse la norma en comento se configuró una medida de seguridad en favor del estado, la cual, al no manifestar la distinción dogmática entre derecho a sufragio y derecho a ser elegido, genera que se transgreda abiertamente el principio de inocencia que ilumina nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que en nada obsta que una persona que ha sido acusada por delito que merezca pena aflictiva participe libremente de las elecciones ejerciendo su derecho a voto.⁵³

A mayor abundamiento, si efectuamos un análisis de proporcionalidad de la norma en estudio, sin perjuicio de las críticas que puedan efectuarse al mecanismo, es cierto que dicho precepto no supera el test de proporcionalidad, toda vez que la medida no es idónea para fortalecer los sistemas democráticos y la participación ciudadana. Tampoco existen otras alternativas menos gravosas para lograr el fortalecimiento al que se ha aludido. En efecto, no se puede sostener que es necesaria la medida para evitar que una persona que ha sido acusada por delito que merezca pena aflictiva postule a un cargo de elección popular o que derechamente sea electo, ya que ésta última circunstancia sobreviniente se encuentra resguardada por nuestra legislación a través de mecanismos que involucran una declaración jurisdiccional y/o administrativa del hecho que le da lugar.⁵⁴

⁵² Historia de la Ley, artículo 16 de la Constitución Política de la República, Causales de Suspensión del Derecho de Sufragio, Biblioteca Congreso Nacional, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/lista-de-resultado-de-busqueda/constitucion%20articulo%2016/>

⁵³ Véase BECA F., Juan Pablo. *Presunción de Inocencia y Suspensión del Derecho a Sufragio*. Revista Chilena de Derecho (Número Especial), 1998. pp. 127-130 y RIBERA Neumann, Teodoro. *Reformas constitucionales relativas a la nacionalidad y la ciudadanía* en Zúñiga Urbina, Francisco (Coord.). *Reforma Constitucional*. Editorial LexisNexis. Santiago de Chile, 2005. pp. 283-304.

⁵⁴ BARRIENTOS Pardo, Ignacio. *Suspensión del derecho de sufragio por acusación penal: Vulneración constitucional de la presunción de inocencia*. op. cit., p.288.

De esta forma, queda en evidencia que la norma en comento no contribuye al fortalecimiento de la democracia ni a fomentar la participación ciudadana, “si, en definitiva, la medida que inhabilita a una persona acusada penalmente para postularse a un cargo público, para referirme al caso que suscita más cuestionamientos, significa secuestrar el derecho que tienen los miembros de la comunidad nacional o local para elegir entre los candidatos que creen desarrollará de mejor forma la función pública. En definitiva, implica un paternalismo reñido con la teoría y práctica liberal-democrática.

Desde el punto de vista del sufragio pasivo y del estado de inocencia resulta que los perjuicios causados son muy superiores al hipotético beneficio que se obtiene con la exclusión, pues el afectado, aún absuelto, no podrá retrotraer la situación que generó la aplicación de la norma constitucional. Los perjuicios irrogados son, en la mayoría de los casos, irreparables para quien detentaba un cargo o aspiraba a postularse.

Finalmente, si pensamos que lo puesto en juego con la exclusión es, en último término, el derecho a la igualdad, es necesario comprender qué significa la exclusión de la participación política. Más allá del carácter decisivo o no que pueda tener el voto de una persona en la configuración de la voluntad democrática y de la irreparabilidad de los efectos que produce la exclusión, principalmente, cuando afecta al sufragio pasivo, la suspensión del sufragio de los acusados debe ser analizada desde la concepción de la justicia comparativa, entendida como aquella que exige la justicia en la distribución de los bienes, no necesariamente en una cantidad concreta o adecuada para un propósito concreto, sino una cantidad básicamente determinada por la necesidad de evitar la desigualdad o la desproporcionalidad. Si bien desde la justicia comparativa la suspensión puede ser interpretada como insulto o afrenta a personas inocentes, es sobre todo una arbitrariedad que como tal afecta el derecho que tiene toda persona de ser tratado como igual en relación con otros que están en su misma situación de inocencia, v. gr. aquellos sujetos que están formalizados.”⁵⁵

⁵⁵ *Ibíd.* p. 291.

Por tanto, en base a todo lo expuesto, el artículo 16 N°2 de la Constitución Política de la República es una norma de carácter inconstitucional que transgrede el principio de proporcionalidad, el principio de inocencia, entre otras normas y fuentes de derecho, de manera tal que resulta necesaria una reforma legislativa al respecto, tendiente a derogar la norma.

5.3 Privación de facto del derecho a sufragio.

Adicionalmente a los problemas normativos que existen en nuestra legislación y que han sido estudiados precedentemente, resulta relevante destacar las falencias que existen respecto del ejercicio del derecho a sufragio. En efecto, como consta del título N°2 del presente artículo, la discusión en la judicatura nacional se ha centrado en determinar como permitir a las personas sujetas a prisión preventiva y a los presos condenados a pena no aflictiva, el ejercicio de su derecho a voto, el cual hoy les ha sido privado de facto, adquiriendo con ello una muerte cívica.⁵⁶⁻⁵⁷

En el caso chileno, frente a aquellos analizados precedentemente, la relevancia está en que quienes se encuentran facultados por ley para sufragar, no pueden hacerlo por un impedimento de hecho que no les es imputable a quienes están privados de libertad. En ese sentido, quienes se encuentran cumplimiento prisión preventiva, o bien, de una pena no aflictiva, son víctimas del sistema penitenciario, el cual no les arbitra las medidas necesarias a fin de que se garantice el ejercicio del derecho.

De esta forma, en esta etapa, la discusión no se centra en lo inconstitucional de la norma o en si es proporcional o no la medida, sino derechamente en lo lesivo de la limitación efectuada por la propia autoridad en orden a no facilitar a los privados de libertad el ejercicio de su derecho a sufragar.

⁵⁶ Al respecto, véase GUZMÁN Dálbora, José Luis. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Buenos Aires. Editorial B de F, 2008. pp.273-302.

⁵⁷ Véase DHAMI, Mandeep K. *La Política de Privación del Sufragio a los presos: ¿Una amenaza para la Democracia?*. Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2009, vol.22, n.2 [citado 2019-09-30], Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000200007>. p. 126.

En consecuencia, creo que es necesaria la revisión de normas de carácter constitucional y, asimismo, es primordial cautelar el derecho a sufragio de quienes han sido privados de facto del mismo, por lo que se recogen las propuestas planteadas por Pablo Marshall en orden a cumplir con los estándares internacionales sobre la materia. En concreto se propone: “(1) Implementar un sistema de votación que permita a aquellas personas privadas de libertad ejercer el derecho constitucional del cual son titulares; (2) Eliminar la suspensión del derecho a sufragio para aquellos acusados penalmente de la Constitución Política (art. 16) por infringir estándares internacionales de derechos humanos relativos al principio de presunción de inocencia; (3) Aprobar una ley que establezca la forma de recuperar la ciudadanía (art. 17 inc. 2o CPol) y que regularice, de esta manera, el procedimiento que se lleva a cabo ante el Servel; (4) Reformar el Código Penal de manera de hacer coherente la legislación penal y las disposiciones constitucionales en esta materia. En particular, se propone eliminarla pena de inhabilitación perpetua para el ejercicio de derechos políticos.”⁵⁸

Es así como, de las medidas sugeridas, parece urgente, al menos, implementar un sistema de votación que permita, a quienes se encuentran privados de libertad, ejercer aquel derecho respecto del cual son titulares, pudiendo explorar mecanismos como el voto por carta⁵⁹, el establecimiento de urnas⁶⁰, o simplemente, considerar el traslado de los condenados a su centro de votación,⁶¹ que, si bien parece ser una opción poco factible, desde el punto de vista material, al menos, permite resguardar y garantizar el derecho a sufragio de los privados de libertad.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, parece ser que en tanto no operen algunas de las modificaciones sugeridas, el recurso de protección sería la vía más idónea para obtener una mera declaración de reconocimiento de un derecho, en

⁵⁸ MARSHALL, Pablo. El derecho a voto de los privados de libertad: análisis y propuestas. op. cit., p. 22.

⁵⁹ Véase artículo 4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de España. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/06/19/5/con>

⁶⁰ Véase artículo 3 bis del Código Electoral Nacional de Argentina.

⁶¹ Véase Reglamento para Ejercicio del Sufragio en los Centro Penitenciarios Costa Rica. Disponible en <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/ejerciciodelsufragio.pdf>

circunstancias que se debería ser el Estado quien arbitre las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho. No obstante ello, la Corte Suprema, con éste nuevo criterio ha dado énfasis a la posición de garante del Estado, reconociendo “la relación entre el interno y el Estado desde un matiz positivo que deviene en la necesidad de que los organismos estatales protejan los derechos de las personas privadas de libertad. El Estado se encuentra en una posición en que posee verdaderos deberes de cuidado y protección sobre la población penal. Justamente esta idea es la que pareciera subyacer al razonamiento de la Corte en el fallo que analizamos. Su importancia radica en que permite hacer frente a las ilegalidades en que incurre la administración en el ámbito carcelario desde una situación jurídica que remarca la existencia de obligaciones estatales en el resguardo de la población penal, y cuya infracción posibilita exigir la adopción de medidas concretas en pos de tutelar sus derechos.”⁶²

⁶² MARSHALL, Pablo y ROCHOW, Diego. *El sufragio de las personas privadas de libertad. Un análisis a partir de la sentencia ROL N°87743-16 de la Corte Suprema y sus antecedentes*. op. cit. p.248.

CONCLUSIONES.

El reconocimiento y el ejercicio del derecho a sufragio ha resultado ser un pilar fundamental dentro de los estados democráticos que buscan reconocer en las personas, ciertas prerrogativas destinadas a obtener una mayor representación de la comunidad.

De esta forma, se ha logrado establecer que el derecho a sufragio puede coexistir de forma independiente a la calidad de ciudadano. Por ello, restringir o limitar tal derecho a una persona, y, en especial, a un privado de libertad, conjuntamente con la calidad de ciudadano, implica, a lo menos, una doble sanción que se aleja de los fines que persigue la pena.

No obstante lo anterior y por aplicación del principio de proporcionalidad, parecer ser, una medida necesaria, legítima, adecuada y proporcional, en sentido estricto, la de restringir el ejercicio del derecho a sufragio de quienes han cometido un injusto, tal como se ha resuelto en la jurisprudencia comparada. En efecto, estos sujetos han sido expuestos a un reproche social y jurídico que se ha manifestado en una determinada condena. Dicho reproche, es la consecuencia de la falta de fidelidad al derecho en la que han incurrido, de manera tal que, en tanto no comprendan que su actitud debe ser remediada, restableciendo las confianzas con el ordenamiento jurídico, no resulta compatible ejercer derechos, como aquél en estudio.

A mayor abundamiento, es posible razonar que quienes han faltado a la fidelidad con el ordenamiento jurídico, no pueden comparecer en la vida democrática ejerciendo derechos, como aquel en estudio, toda vez que, ante una mala decisión, fundada en la deslealtad al ordenamiento jurídico, o simplemente en el ánimo de venganza con el mismo, terminaría afectando a aquellos participantes de la comunidad que han manifestado una férrea defensa a las normas, a través de una actitud leal para con ellas.

Es por lo anterior que la aplicación del principio de proporcionalidad no parecer ser un mal mecanismo frente a la restricción del derecho a sufragio, ya que permitiría

determinar en qué casos operaría tal limitación, para lo cual se tendría que estar a circunstancias como naturaleza del delito y efectos del mismo.

Por su parte, el defecto del mecanismo de proporcionalidad está en qué queda sujeto a la discrecionalidad del legislador y/o del juez, pudiendo constituirse en una herramienta de carácter política que queda sujeta a ciertos gérmenes que la envenena y restan objetividad.

De esta forma, resulta necesario implementar en la legislación chilena una modificación de carácter constitucional que busque derogar el artículo 16 N°2 de la Constitución de La República, toda vez que éste, en su contenido, no aprueba el examen de proporcionalidad al que se aludido en el presente trabajo, sin perjuicio de que dicha norma es abiertamente inconstitucional, toda vez que transgrede principios fundamentales como el de inocencia de los individuos.

Por último, destacar que, en nuestro país, respecto de quienes se encuentran privados de libertad y están facultados por ley para sufragar, deben contemplarse políticas gubernamentales y/o modificaciones legales destinadas a garantizar el ejercicio de su derecho fundamental, de manera tal que el Recurso de Protección no sea la única vía por la cual puedan lograr el reconocimiento de un derecho consagrado por nuestro ordenamiento, a través del Bloque Constitucional de Derechos.

En consecuencia, lo que se busca es ir más allá del reconocimiento o declaración de un derecho, sino que, derechamente, se implemente y se garantice el ejercicio del mismo, sea en los recintos carcelarios, o bien, a través de los distintos mecanismos que se enunciaron en el presente trabajo.

Bibliografía Citada

- BARRIENTOS Pardo, Ignacio. *Suspensión del derecho de sufragio por acusación penal: Vulneración constitucional de la presunción de inocencia*. Estudios constitucionales [online]. 2011, vol.9, n.2 [citado 2019-08-11], p. 5. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200007&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-5200. pp.249-328.
- BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge. Cambridge University Press. pp. 323-326.
- BECA F., Juan Pablo. *Presunción de Inocencia y Suspensión del Derecho a Sufragio*. Revista Chilena de Derecho (Número Especial), 1998. pp. 127-130.
- CASAL H, Jesús María. *Los Derechos Humanos y su Protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela, año 2008.
- DHAMI, Mandeep K. La Política de Privación del Sufragio a los presos: ¿Una amenaza para la Democracia?. Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2009, vol.22, n.2 [citado 2019-09-30]. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000200007&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000200007>. pp. 121 – 135.
- GOLDONI, Marco and MARSHALL, Pablo. Appreciating the Prisoner's Dilemma. December 8, 2015. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2700714> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2700714>. pp.17-22.
- GUZMÁN Dálbora, José Luis. La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Buenos Aires. Editorial B de F, 2008. pp.273-302.
- HENRIQUEZ Viñas, Miriam. Las Fuentes Formales del Derecho. Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, Año 2009.
- Instituto Libertad y Desarrollo (2007): Comentario moción que deroga el numeral 2º del artículo 16 de la Constitución Política de la República (Boletín 5338-07. 16 de noviembre de 2007), p.14. Disponible en: <https://archivos.lyd.org/lyd/biblio/RL-837-5338-07-Sufragio%20de%20condenados%20por%20delito%20terrorista.pdf>. pp. 10 – 16.
- JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. pp. 29 y 42 en Jakobs y Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo. Editorial Civitas. Madrid, 2003. pp. 19-56.
- JOHNSTON, Neil. Prisoners' voting rights: developmetns since may 2015. House of Commons Library.Nº07461, agosto 2019. Disponible en:

<http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7461/CBP-7461.pdf>.
pp.1 – 34.

MAÑALICH, Juan Pablo. Pena y ciudadanía [en línea]. En Revista de Estudios de la Justicia N° 6, 2005. Disponible en: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%206/PENA%20Y%20CIUDADANIA.A.pdf>. pp. 63- 83.

El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos. Revista de Derecho y Humanidades.N°18, 2011. pp. 163 – 178. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126769/EI-derecho-penitenciario-entre-la-ciudadania-y-los-derechos-humanos.pdf?sequence=1>

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Ciudadanía y clase social*. Revista Española de Investigaciones Sociológicas. N° 79. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, julio-septiembre, 1997. pp. 297-344.

MARSHALL, Pablo. *La persecución penal como exclusión política*. En Muñoz, F. (editor). Igualdad, Inclusión y Derecho. Santiago, LOM Editores, 2013. pp.69-91.

El Derecho a Voto de Los Privados de Libertad. Inédito.2019. pp.1 – 26.

Sufragio y proporcionalidad: Un análisis crítico de la jurisprudencia sobre la privación del derecho a sufragio. Estudios constitucionales [online]. 2019, vol.17, n.1 [cited 2019-09-14]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002019000100265&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002019000100265>. pp.265-320.

El Derecho a Votar desde el extranjero. Revista de Derecho. Vol. XXIX. N°2, Valdivia, diciembre 2011. pp.146 – 148. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v24n2/art06.pdf>

MARSHALL, Pablo y ROCHOW, Diego. *El sufragio de las personas privadas de libertad. Un análisis a partir de la sentencia ROL N°87743-16 de la Corte Suprema y sus antecedentes*. Rev. Chil. Derecho [online]. 2018, vol.45, n.1. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372018000100233&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000100233>. pp.233 – 254.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. *El bloque constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia*. Estudios constitucionales [online]. 2015, vol.13, n.2 [citado 2019-08-13], Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000200011&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>. pp. 301- 350.

NUNEZ Ojeda, Raúl y VERA Vega, Jaime. *Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno*. Polít. crim. [online]. 2012, vol.7, n.13 [citado 2019-09-14]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992012000100005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992012000100005>. pp.168-208.

PICADO, Sonia. *Derechos políticos como derechos humanos [en línea]*. En DIETER, Nohlen, ZOVATTO, Daniel, OROZCO, Jesús y THOMPSON, José. *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral. México, 2007. Disponible en: http://aceproject.org/electoraladvice/archive/questions/replies/882224572/664011832/inlay_tratado.pdf. pp.48 – 59.

PRIETO Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid. Editorial Trotta. 2003.

RIBERA Neumann, Teodoro. *Reformas constitucionales relativas a la nacionalidad y la ciudadanía*. En Zúñiga Urbina, Francisco (Coord.). *Reforma Constitucional*. Editorial LexisNexis. Santiago de Chile, 2005. pp. 283-304.

Scottish Government, Consultation on Prisoner Voting, 14 de diciembre de 2018. p10. Disponible en: https://consult.gov.scot/elections/prisoner-voting/user_uploads/consultation-on-prisoner-voting.pdf

Jurisprudencia Citada

Hirst v The United Kingdom (2005). Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-70442"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Lanigan (2015). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165908&pageInDex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1385188>

Sentencia de fecha 11 de agosto del año 2013, dictada por el Juez de Garantía, Daniel Urrutia, del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N°1310024568-4, RIT N°5-2013.

Sentencias Excma. Corte Suprema de Chile Ingreso N°39970-2017; 39989-2017 y 40094-2017.

Sauvé v Canadá (2002). Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2010/index.do>

Thierry Delvigne v Comuna de Lesparre-Médoc y Préfet de la Gironde. Disponible en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CJ0650&from=EN>

Volker und Markus Schecke y Eifert. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0092&from=EN>

Legislación Citada

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Disponible en:
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Código Electoral Nacional de Argentina.

Ley Orgánica del Régimen Electoral General de España. Disponible en
<https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/06/19/5/con>.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en:
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Reglamento para Ejercicio del Sufragio en los Centro Penitenciarios Costa Rica.
Disponible en <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/ejerciciodelsufragio.pdf>

