



**Universidad de Chile
Facultad de Derecho.
Programa de Magister en Derecho con Mención en Derecho Penal**

**SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS PRIVADOS
DE LIBERTAD**

**Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho con Mención en
Derecho penal.**

Autor: Mario Araya Flores

Profesor Guía: Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo.

Santiago, septiembre de 2019

Para Fernanda

RESUMEN.

La legislación vigente en Chile sobre el derecho a voto tiene un serio conflicto con la tendencia universalista del derecho a participar en los procesos democráticos especialmente como elector. La situación desmejorada en que se encuentran los privados de libertad sean estos cumpliendo la medida cautelar personal de prisión preventiva o que se encuentren condenados, es particularmente contraria a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en materia de respeto de derechos Humanos. Además no existe mecanismo jurídico que permita garantizar dicho derecho ante los tribunales de justicia para poder garantizarle el mismo.

Históricamente se ha mantenido una especie de exclusión oral sobre el condenado o el que ha sido sometido a proceso criminal de los actos electorarios, sin embargo dicha exclusión responde a contextos históricos específicos y no permite justificarlos. Creemos que la condición de ciudadano es de fundamental importancia, tanto en la legitimidad de la ejecución misma como en la legitimidad de las normas a las que debe sujetarse todo miembro de la comunidad, por lo que la pérdida o suspensión de los derechos políticos como consecuencia de la imposición de un apena penal no parece poder ser justificada.

El problema requiere tomar posiciones sobre la forma de garantizar el derecho a voto y considerar mecanismos que permitan proteger el grupo vulnerable de ciudadanos privado por aquellos privados de libertad con motivo de la dictación de una resolución judicial.

El reconocimiento del derecho a voto de los privados de libertad en concordancia de un modelo que permita la manifestación de aquel grupo vulnerable, pone en primer lugar las necesidades de aquel grupo frente al juego de las elecciones, cobrando de esta forma una nueva importancia las políticas públicas que inciden en dicho grupo.

INDICE.

INTRODUCCION. 1

CAPITULO I.

FUNDAMENTOS FILOSOFICO POLITICOS DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO.

- | | |
|--|----|
| | 4 |
| 1. Sobre la teoría del Estado y el estado de naturaleza. | 4 |
| 2. El contrato social como fundamento del Estado moderno. | 9 |
| 3. La legitimidad de la pena fundada en el contrato social. | 16 |
| 4. Las características de un Estado Social y Democrático de derecho. | 24 |

CAPITULO II.

CIUDADANÍA.

- | | |
|---|----|
| | 32 |
| 1. El concepto de ciudadanía y ciudadano. | 32 |
| 2. Derechos y obligaciones. | 36 |
| 3. El voto como deber o como derecho. | 44 |

CAPITULO III.

DE LA SUSPENSION O PÉRDIDA DE LOS DERECHOS POLITICOS.

- | | |
|--|----|
| | 49 |
| 1. Evolución histórica de la pérdida o suspensión de derechos políticos. | 49 |
| 2. Del fundamento de la suspensión o pérdida de los derechos políticos de los condenados en procesos criminales. | 57 |
| 3. Hipótesis previstas en la legislación penal sobre la pérdida o suspensión de los derechos políticos. | 61 |
| 4. Sanción, consecuencia o efecto. | 64 |

CAPITULO IV.

SOBRE LA SITUACION DE LOS CIUDADANOS SOMETIDOS A PRISIÓN PREVENTIVA.

1. La excepcionalidad de la prisión preventiva: límites y requisitos.	70
2. Derechos de los privados de libertad sometidos a prisión preventiva.	75
3. De la situación problemática del ejercicio del derecho a voto. Soluciones legales.	80
4. La alternativa jurisdiccional por acción constitucional.	86
CAPITULO V.	
EXPERIENCIAS COMPARADAS.	92
1. Preliminares.	92
2. Sufragio por correo.	95
3. Urna en centros penitenciarios.	96
CONCLUSIONES.	98
BIBLIOGRAFÍA.	102

INTRODUCCIÓN.

Hoy aparece como natural y obvio que quienes se encuentren privados de libertad, no puedan votar. La afirmación de que los presos no votan aparece como necesariamente evidente. Todo esto quedó en brutal evidencia cuando en un candidato, en plena campaña electoral intentando ganar algunos votos, señaló ante los medios de comunicación, que los delincuentes votarían por su contrincante en las elecciones, cuestión que a la luz de la legislación vigente y las condiciones en las que se cumple la privación de libertad, es absolutamente imposible.

De otra parte, la discusión sobre el derecho a voto actualmente se centra en dejar atrás la inscripción automática y el voto voluntario modificando esta última por el voto obligatorio, considerando las ventajas de legitimidad en las elecciones por el aseguramiento de un alto número de participación

Pese a la relevancia de mantener canales de participación democráticos, para la estabilidad y desarrollo de la sociedad política, no existe ninguna explicación que sustente la suspensión o inhabilitación absoluta de los derechos políticos de aquellas personas que son condenadas por nuestros tribunales de justicia con competencia penal. Menos aun es posible obtener respuestas sobre este punto desde la explicación proveniente desde los objetivos que persigue la imposición de la pena, pues siendo está a primera vista una pena, parece razonable buscar su justificación en los objetivos que persigue la pena. Sin embargo, aparece como un contrasentido el intentar un proceso de resocialización a través de la sanción penal pero el mismo tiempo se excluya al condenado del canal de participación democrático paradigmático.

Aún más problemática es la justificación para impedir, a quienes se encuentran bajo el régimen cautelar de prisión preventiva de ejercer sus derechos políticos en especial el derecho a voto. Si bien en el caso de los condenados a una pena aflictiva, existe norma constitucional expresa, y la reafirmación de la pérdida o suspensión de los derechos políticos se encuentra también en el Código Penal, no hay norma que impida el ejercicio de estos derechos a quienes se encuentran bajo el régimen de esta medida cautelar. Luego, al menos a primera vista, no hay justificación en el impedimento del ejercicio de estos derechos, más allá de lo fáctico.

La discusión sobre esta situación no ha tenido la relevancia que merece. No existe interés político para ello, pese a ser un tema de relevancia constitucional y de posibles infracciones a obligaciones contraídas por el Estado en instrumentos internacionales lo que eventualmente podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado, y sólo se reduce a muy acertados comentarios académicos.

Se intentará el camino de la búsqueda de dicha justificación, transitaremos por los antecedentes históricos, filosófico-políticos, legitimadores y normativos. Nos encontraremos con la solución entregada por los tribunales superiores de justicia, todo para intentar dar con la justificación.

Por último, de poder comprobar que no existe justificación alguna sobre la pérdida de derechos políticos en el caso de los condenados y sobre la imposibilidad de votar de quienes se encuentran en prisión preventiva, se abre una puerta para que el “tema penitenciario”, sea un punto de relativa importancia dentro de los programas de política criminal. Mal que mal son más de 50 mil posibles votos, considerando sólo a quienes se encuentran privados de libertad¹. Lo anterior hace surgir a propósito de la solución el

¹ Según la estadística de Gendarmería de Chile al 30 de junio de 2019, sobre un total de 141.082 personas que corresponden al población penal atendida

modelo que debiese usarse sobre el ejercicio del derecho a voto de los ciudadanos privados de libertad.

La elección del modelo debería considerar a los privados de libertad como un grupo vulnerable y generase desde una intención de reforzamiento de esta voluntad la crearse comunidades territorialmente forzadas por el Estado a través de las resoluciones judiciales que imponen condenas privativas de libertad

CAPITULO I. DE LOS FUNDAMENTOS FILOSOFICO POLITICOS DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO.

1.- SOBRE LA TEORÍA DEL ESTADO Y EL ESTADO DE NATURALEZA

El paso de un grupo de personas, asociadas por intereses o miedos comunes, a una organización política, es quizás una de las etapas más importantes de la evolución social del sujeto.

La explicación del origen del modelo de organización adoptado por la comunidad, será el tema que nos ocupe en los párrafos del presente capítulo. Intentaremos, de esta forma entregar el sustrato explicativo de la distribución del poder dentro de la organización, que a la vez debe legitimar el uso del mismo y desde luego dar sentido a la acción violenta o coactiva por parte del detentador del poder, en especial en aquellos casos en que el uso de esta violencia tiene las características de una pena.

Una de las referencias más antiguas al origen del Estado es la que hace Aristóteles en "Política". En ella, la sociedad como estado pre organizativo del Estado es un hecho natural. Basado en las relaciones de poder dentro de la familia intenta explicar el fenómeno de asociación política.

La aproximación entre dos sujetos responde a la necesidad de lograr objetivos que por sí solos no pueden ser alcanzados. Esta necesidad es la de conservación, es decir, de dejar tras de sí un ser formado su imagen.

Es la naturaleza, que teniendo en cuenta esta necesidad de conservación, la que crea seres para mandar y otros para obedecer. Así, pone como base dos relaciones: la del señor con el esclavo y la del esposo con la mujer. Relaciones que sustentan la asociación natural de la familia, la que no está determinada por las relaciones filiales, sino por aspectos comunitarios, pues debe entenderse que son miembros de una misma familia quienes “comían en una misma mesa”².

En este sentido Rousseau, afirmaba: “La más antigua de todas las sociedades, y la única natural, es la de la familia; sin embargo, los hijos no permanecen ligados al padre más que durante el tiempo que tienen necesidad de él para su conservación. Tan pronto como esta necesidad cesa, los lazos naturales quedan disueltos. Los hijos exentos de la obediencia que debían al padre y éste relevado de los cuidados que debía a aquéllos, uno y otro entran a gozar de igual independencia. Si continúan unidos, no es ya forzosa y naturalmente, sino voluntariamente; y la familia misma no subsiste más que por convención”, y continúa diciendo “La familia es pues, si se quiere, el primer modelo de las sociedades políticas: el jefe es la imagen del padre, el pueblo la de los hijos, y todos, habiendo nacido iguales y libres, no enajenan su libertad sino en cambio de su utilidad. Toda la diferencia consiste en que, en la familia, el amor paternal recompensa al padre de los cuidados que prodiga a sus hijos, en tanto que, en el Estado, es el placer del mando el que suple o sustituye este amor que el jefe no siente por sus gobernados.”³.

En el mismo sentido Locke señalaba “Para entender el poder político correctamente y para deducirlo de lo que fue su origen, hemos de considerar cual es el estado en que los hombres se hallan por naturaleza. Y es éste un estado de perfecta

² Aristóteles citando a Corondas. Agrega también la frase de Epiménides de Creta, que define a los miembros de la familia como aquellos “que se calentaban en el mismo hogar

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. “El Contrato Social”, Libro I, Capítulo II, De las primeras sociedades. Edit, Espasa Calpe, Madrid, 2007, Pag. 36

libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de otro hombre”⁴. Este concepto de libertad no implica un estado de licencia, es decir, de la carencia de límites en este estado. No existe libertad para destruirse a sí mismo, ni a otra criatura de su posesión, excepto si aquello es necesario para la obtención de un fin superior. Tampoco está permitido dañar a otro, sea este daño infringido en su salud, libertad o posesiones. en las transgresiones de esta ley natural vigente “cualquier persona puede castigar a otra por el mal que ha hecho, todos pueden hacer lo mismo; pues en este estado de perfecta igualdad en el que no hay superioridad ni jurisdicción de uno sobre otro, cualquier cosa que uno pueda hacer para que se cumpla esa ley será algo que todos los demás tendrán el mismo derecho de hacer”⁵

La primera asociación de muchas familias, por relaciones que no son cotidianas, es el pueblo, y la asociación de muchos pueblos forma un Estado completo, que tiene por origen las necesidades de la vida y debe su subsistencia al hecho de estar estas necesidades satisfechas.

La explicación de Aristóteles sobre el origen del Estado parte de la necesidad de reproducción de los sujetos, que implica necesariamente un proceso de asociación que a su vez está determinado por las relaciones de poder en la organización del grupo que satisface sus necesidades de vida en un mismo hogar (esposo- mujer, señor-esclavo), esta unidad de familia se relaciona con otras familias formando pueblos y los pueblos unidos forman un Estado. Luego, el Estado es una asociación natural como es natural la primera asociación de la que emana, y tiene por objeto preservar la vida. El filósofo señala en el capítulo 1 del libro primero de “Política” que “Todo Estado es, evidentemente, una asociación, y toda asociación no se forma sino en vista de algún

⁴ LOCKE, John. “Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil”, Edit. Tecnos, Madrid 2006, pág. 10

⁵ Ib. Ídem. LOCKE, John, pág. 13.

bien, puesto que los hombres, cualesquiera que ellos sean, nunca hacen nada sino en vista de lo que les parece ser bueno. Es claro, por tanto, que todas las asociaciones tienden a un bien de cierta especie, y que el más importante de todos los bienes debe ser objeto de la más importante de las asociaciones, de aquella que encierra todas las demás, y a la cual se llama precisamente Estado y asociación política”. Y luego, en el libro tercero continúa diciendo: “y por Estado entiendo positivamente una masa de hombres de este género, que posee todo lo preciso para satisfacer las necesidades de existencia.”.

Desde un punto de vista histórico, se suele ubicar el nacimiento del Estado como forma de organización en el modelo político de las ciudades-estado griegas, probablemente por ser la primera forma de organización similar a lo que modernamente se caracterizó como el modelo de Estado. Sin embargo, la etapa de desarrollo histórico de dichas comunidades difiere de forma importante del desarrollo alcanzado en la época revolucionaria francesa que puso fin al Antiguo Régimen, no sólo desde el análisis de las relaciones sociales existentes en la comunidad y su desarrollo, sino principalmente del valor que se le asigna a los miembros de la misma, pues la organización política griega responde a la de una comunidad política en que se establecen, reconocen y se consideran naturales relaciones de desigualdad entre quienes son parte del Estado por pertenencia a una familia, careciendo incluso de atributos propios de quienes pueden ser considerados como partes vivas de la comunidad política e incluso de aquellos considerados actualmente como inherentes a toda persona, como es el caso de la libertad, cuestión manifiesta en el caso de las mujeres.

Esta relación basada en las diferencias entre los miembros del pueblo hacen imposible explicar la existencia de la comunidad política en base al contrato social, precisamente por las condiciones de desigualdad y la inexistencia de libertad en algunos de sus miembros, que por cierto también incluyen la justificación de la institución de la esclavitud, por lo que necesariamente se debe descartar el inicio del modelo en tan

antigua data, reconociendo desde luego el aporte sobre el modelo de toma de decisiones, el que se mantiene, con algunas variantes, hasta nuestros días.

Un segundo aporte significativo de la organización de las ciudades-estado griegas es la institución de la *atimia*, sanción que consistía en la privación total o parcial de los derechos que les eran reconocidos a quienes tenían la calidad de ciudadano, privación del derecho a participar de la asamblea, la privación del derecho a ocupar algunos cargos públicos e incluso de poder solicitar la intervención de los tribunales en algunos asuntos. Esta sanción podía imponerse por actos públicos o privados, es decir, por la comisión de alguna acción que podía ser considerada actualmente como un delito o por el incumplimiento en el pago de una deuda. En dicha sanción creemos encontrar el germen histórico del objeto de estudio de esta investigación.

El estado, que algunos sostienen como natural, de individualismo existente entre los miembros de un grupo humano al enfrentarse a necesidades vitales, de reproducción, evidencia la existencia de objetivos que no son alcanzables por cada uno de los miembros actuando de forma individual y requiere la coordinación y trabajo común de todos ellos. Así, la regla del más fuerte cede ante la colaboración, colaboración que se encontraría reglada, por la existencia un contrato mítico celebrado entre aquellos miembros originales, contrato que sienta las bases de la organización de la comunidad que a propósito de esta regulación pasa a formarse en Estado.

El punto de partida, convencionalmente aceptado y subjetivamente elegido, del análisis de la teoría del Estado, lo tomamos en la existencia del estado de naturaleza o de guerra el que solo es superado por el contrato social. La existencia del contrato es lo que definirá las relaciones de los miembros de la comunidad -el pueblo- con quien tiene el rol de dirección de ésta -el soberano- y en lo que nos resulta relevante, la existencia de cláusulas de exclusión de dicho contrato y las consecuencias de la aplicación de las

mismas. Sobre este punto debemos tener en cuenta que el acuerdo que se transforma en fundamento de la comunidad no es la elección de un soberano, si no aquel que la define como tal aquel en que los miembros de este grupo humano se autorreconocen como comunidad, pues esta decisión le precede a la elección de la autoridad que responderá por la subsistencia de este grupo organizado. De esta forma se expresaba Rousseau sobre este punto en el Contrato Social: “Antes de examinar el acto por el cual el pueblo elige un rey, sería conveniente estudiar el acto por el cual un pueblo se constituye en tal, porque siendo este acto necesariamente anterior al otro, es el verdadero fundamento de la sociedad. [...] si no hubiera una convención anterior, ¿en dónde estaría la obligación, a menos que la elección fuese unánime, de los menos a someterse al deseo de los más?”

Este estado precontractual, puede caracterizarse según lo expresa Locke, de la siguiente forma “pues es razonable y justo que yo tenga el derecho de destruir a quien me amenaza con destruirme [...] un hombre debe conservarse a sí mismo hasta donde le resulte posible.”⁶

2.- EL CONTRATO SOCIAL COMO FUNDAMENTO DEL ESTADO MODERNO.

La preocupación por dar una explicación a la formación del Estado desde la filosofía y el derecho, dan cuenta de la necesidad de los periodos post revolucionarios – especialmente francés- por dotar de un sustento ideológico legitimador del nuevo poder que se configura. Si los monarcas asentaron su poder en las legaciones divinas del mismo, envolviendo sus decisiones en el manto de lo sagrado y el dogma, la nueva organización civil requiere de igual modo la explicación de la fuente de su poder.

⁶ Ib idem. LOCKE, John. Pág., 22

No se puede sostener con una expectativa satisfactoria la tesis del apoderamiento del poder, de carácter ontológica del correlato de fuerzas en la que la insurreccional vence a los detentadores del poder, lo anterior implicaba romper con otra organización más fuerte incluso que los propios estados nacientes y que no puede ser pasada por alto. La iglesia.

Por el contrario, los pensadores de la época se cobijan felizmente bajo el manto de las explicaciones iusnaturalistas. Es quizás por lo anterior, que la explicación viene desde el mito. El mito del contrato originario, el contrato social, fundacional o como se prefiera llamar, explicación que se presenta como una forma pedagógica de afirmación del poder de la nueva autoridad sustitutiva del poder monárquico, pero que carece de existencia histórica material.

Todas las explicaciones basadas en el contrato social, comienzan el relato del mito con el caos, tal como lo hiciera Hesíodo⁷ en Teogonía, parten su relatado desde un estado de absoluta falta de cooperación entre los miembros de la comunidad, en que las relaciones y las soluciones de los conflictos que nacen en el seno de la comunidad se resuelven bajo las reglas de la ley del Talión, las relaciones de los hombres, están definidas entonces por la capacidad autónoma de utilizar la fuerza que le resulta a cada cual. Así, quien naturalmente posea más poder, que en esta explicación no quiere decir otra cosa que fuerza física, es aquel que impone y resuelve los conflictos de acuerdo a su parecer personal, quedando las voluntades menos dotadas que de aquella fuerza física, sometida a la voluntad expresada por la fuerza desplegada sobre ellas.

Del mito del contrato social al real concepto de sociedad, sólo puede encontrarse como elemento denominador común el proceso de formación de voluntad de la

⁷ Hesíodo, "Teogonía" verso 116. "Antes que todas las cosas, en un comienzo, fue el infinito Caos"

comunidad, presente en todas las variantes contractualitas de la teoría del Estado, siendo este elemento recurrente en la explicación del funcionamiento actual de él, en la legitimidad de las reglas de comportamiento aceptadas en la comunidad y en la legitimidad de las sanciones que se imponen cuando los mismos miembros de la comunidad no cumplen con la conducta regulada por la regla.

Constatada la incapacidad de los hombres de procurar su existencia de forma individual, es decir, actuando cada cual como una unidad autónoma, evidenciada a su vez por la actuación sin contrapeso de la fuerza, la que repartida de forma inequitativa entre los miembros de la comunidad genera y fundamenta relaciones a la vez desiguales, es que “como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, si no unir y dirigir las que existen, no tiene otro medio de conservarse que formar por agregación una suma de fuerzas que pueda exceder a la resistencia, ponerlas en juego por un solo móvil y hacerlas obrar en armonía”⁸. De esta forma, aparece la necesidad de “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes.”⁹. Es a esta dificultad a la que viene a dar solución el “contrato social”. De esta forma, cada miembro de la comunidad se desprende de todo derecho a cambio de la protección necesaria del soberano en el ejercicio de su libertad. Se convierte así en algo distinto del contratante original, tomando una calidad dual. Por un lado, como parte del Soberano, pues el conjunto de sus derechos cedidos con los de los otros conforman al Soberano –la voluntad- del cual él también es parte del todo; y por otro lado, como miembro del Estado con obligaciones para con el Soberano, es decir, con el contrato social, se originan los deberes y obligaciones del Soberano y la del resto de los miembros de la comunidad para con el Soberano, siendo al mismo tiempo generador y receptor de aquellos deberes y obligaciones.

⁸ Ib. Ídem. ROUSSEAU, pág. 36

⁹ Ib. Ídem. ROUSSEAU, pág. 36

El efecto inmediato del aquel pacto es convertir a cada persona, cada contratante, en “un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto, su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que así se forma, por la unión de todos los demás, tomaba en otro tiempo el nombre de *ciudad* y toma ahora el nombre de *república* o *cuerpo político*, que es llamado por sus miembros *Estado*, cuando es pasivo; *soberano*, cuando es activo; *poder*, al compararlo con sus semejantes; respecto a los asociados, toman colectivamente el nombre de *pueblo*, y se llaman en particular *ciudadanos*, en cuanto son participantes de la autoridad soberana”¹⁰

Esta relación contractual tiene ciertas particularidades respecto de aquellas que nacen bajo las reglas del derecho privado. En primer lugar, el soberano se encuentra en una situación excepcional en cuanto a sus obligaciones pues no se encuentra sometido a la obligación de cumplimiento de la ley, como si ocurre con los ciudadanos quienes se exponen a sanciones por la contravención de los mandatos generados como manifestación de la soberanía. El único límite del soberano, es el respeto al mismo contrato social, es decir, lo único que tiene vedado es eliminar el contrato originario, ceder soberanía o someterse a otro soberano.

Con el objeto de que este pacto no sea ilusorio, comprende de forma tácita el siguiente compromiso: “que solo por sí puede dar fuerza a los demás, y que quienquiera se niega a obedecer la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo. Esto no significa otra cosa que se le obligara a ser libre”¹¹

Para poner en términos más simples las consecuencias que se producen del contrato social, se puede afirmar que “lo que el hombre pierde por el contrato social es

¹⁰ Ib. Ídem. ROUSSEAU, pág. 46.

¹¹ Ib. Idem. ROUSSEAU, pág. 49.

su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le apetece y puede alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee”¹², mientras el único límite de la libertad natural son las propias fuerzas del individuo, el límite de la libertad civil está determinado por la voluntad general.

Por último, se debe tener en cuenta que “en lugar de destruir la igualdad natural, el pacto fundamental sustituye, por el contrario, con una igualdad moral y legítima lo que la Naturaleza había podido poner de desigualdad física entre los hombres, y que pudiendo ser desiguales en la fuerza o en talento, advienen todos iguales por convención y derecho”¹³.

Bajo esta explicación, es que se sustenta el concepto de Estado, como una organización creada desde los miembros de la comunidad, que luego de la renuncia a sus libertades se convierten en ciudadanos, creadoras de las reglas que rigen la convivencia de los miembros de la comunidad organizada, y, por cierto, de las sanciones que son consecuencia del incumplimiento de aquellas reglas autodeterminadas.

De esta forma la organización de la comunidad como Estado, es decir, y en este punto tomando los criterios clásicos de las teorías constitucionalistas, corresponde al pueblo organizado, con territorio propio y soberanía respecto de los otros estados.

Pese a que el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones de la comunidad no está de forma explícita reconocido como elemento fundante, entendemos que al ser una condición de preexistencia, la necesidad del reconocimiento de los miembros de la comunidad como participes en las reglas que definen el las conductas

¹² Ib. Ídem. ROUSSEAU, pág. 50.

¹³ Ib. Ídem. ROUSSEAU, pág. 53.

dentro de la misma, así como también aquellas que determinan el actuar de los diversos órganos necesarios para el funcionamiento del Estado, es que no se puede menos que afirmar que aquella facultad, no solo determinan el modelo político de toma de decisiones sino que fundan la existencia del mismo Estado en cuanto reconoce a sus miembros como parte de él, otorgando de esta forma legitimidad a su propia existencia.

Debemos de todos modos, insistir en que la explicación del contrato social como inicio y fundamento del Estado moderno, no tiene mayores pretensiones, en la presente investigación, que la de ser un modelo pedagógico que busca dar una explicación a la existencia de un fenómeno, pero que no discurre sobre la real naturaleza, ni menos la existencia de este. La aproximación ideal de contrato en el que los contratantes entregan todo para que en esa renuncia se vean refrendadas determinadas seguridades principalmente de carácter individual (como la propiedad privada) solo hace que dicha postura se aproxime innegablemente al mito.

El Estado, debe entenderse como una unidad organizada de acción y decisión, en una dimensión real, alejándose de esta forma de las teorías tradicionales del Estado que lo consideran una ficción o abstracción, "la mayoría de las actuales teorías del Estado, llevadas a un individualismo alejado de la realidad y de un concepto naturalista de este, han llegado a la conclusión de que el Estado, prescindiendo de sus órganos, no tiene realidad alguna y su unidad es, sencillamente, una mera abstracción impuesta por la economía conceptual o bien una ficción abreviadora"¹⁴. La dificultad de la demostración de la existencia real del Estado se debió a la limitación de las teorías que intentaron llegar a aquello, las que pasaban por alto y tomaban por cierto aquello que podía ser repensado y necesariamente cuestionado, y que se manifiesta en que "al negar, y con razón, al Estado en cuanto unidad de organismo real, se cree infundadamente, que hay que negarlo también como unidad real de organización"¹⁵. Es

¹⁴ HELLER, Herman. "Teoría del Estado". Fondo de Cultura Económica, México. 2010, pág. 291

¹⁵ Ib. Idem, HELLER, H., pág. 192.

precisamente sobre esta afirmación que se sustenta la existencia real -en oposición a la explicación de ideal, la que al suprimir a los individuos y órganos desaparece- del Estado, considerando ahora como una característica determinante la presencia del elemento organizativo. De este modo la pregunta relevante es la forma en que debe concebirse el Estado considerando que es producido por muchos y que, pese a ello, actúa unitariamente. “Formulado con la claridad precisa, el problema se presenta así: ¿cómo hay que concebir el Estado, en cuanto unidad, en la multiplicidad, sin afirmar que se trata de un ser autónomo, independiente de los hombres que lo actúan y sin considerarlo un amera ficción?”.¹⁶

Esta línea de aproximación a la realidad del Estado pone de relieve un elemento que, si bien es considerado por las teorías contractualistas, no tiene la preponderancia que bajo este prisma se manifiesta. Efectivamente, puede explicarse la realidad del Estado, mas allá de la suma de las voluntades y la existencia independiente de sus órganos, en cuanto a unidad de organización, es decir, como un conjunto de elementos dispuestos a la consecución de un fin determinado, a lo que debe sumarse la capacidad de acción y de decisión de dicha organización. Lo anterior implica reconocer la facultad del Estado como capaz de actuar dentro del territorio sobre el cual se organiza y sobre los individuos que habitan dicho territorio, debiendo ellos a su vez aceptar las decisiones del Estado como manifestación de aquella voluntad, la que en su creación (creación de la voluntad del Estado) no puede sino sostenerse por el principio democrático de participación de los individuos que forman parte de la organización.

Sobre este punto, y en lo que nuestro análisis respecta, es necesario relevar el principio de que el poder del Estado debe estar legitimado por el consentimiento de los destinatarios, en cuanto miembros de la comunidad creadores de las normas que regulan las conductas de los miembros de la misma. Debemos entonces partir de la base de que, si “las personas son libres e iguales, el ejercicio legítimo del poder del Estado se

¹⁶ Ib. Idem., HELLER, H. pág. 293.

funda en que las decisiones estatales son tomadas por órganos legitimados democráticamente, principalmente, mediante su elección por parte de los miembros de la comunidad, quienes cuentan con el derecho a participar en dicha elección y así se hacen parte del proceso del ejercicio de este poder del cual también son destinatarios pasivos”¹⁷

Explicado desde una estructura triádica de relación de imputación “la responsabilidad de una persona P por X es una responsabilidad que tiene P, por X, ante S, precisamente porque ser responsable de X consiste en poder ser llamado a responder, por alguien, de X. lo que aquí interesa, empero es la observación de Duff en cuanto a que P solo podrá ser responsable ante S por X en la medida que P exhiba el estatus de Φ . Tratándose de la responsabilidad jurídico-penal de P por X ante S, consistiendo X en la realización de una forma de comportamiento criminalmente significativa, Duff entiende que el estatus de Φ debe ser paradigmáticamente identificado con la condición de ciudadano de una comunidad política democráticamente organizada, de modo tal que el lugar de S ha de ser ocupado, correspondientemente, por la misma comunidad política”¹⁸

3. LA LEGITIMIDAD DE LA PENA FUNDADA EN EL CONTRATO SOCIAL.

Así como el mito del contrato social, explica el momento fundante de la distribución del poder y las obligaciones entre los miembros de la comunidad organizada que deja atrás el estado de naturaleza, debe desde luego hacerse cargo y fundar la ya

¹⁷ MARSHALL, Pablo, “La ciudadanía ante el Tribunal Constitucional”. Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico. LegalPublishing. Santiago: 2011 , pág.275

¹⁸ MAÑALICH, Juan Pablo, Estudios Sobre la Fundamentación y la Determinación de la Pena, Thomson Reuters, Chile, 2018, pág.9.

existente tradición del castigo al incumplimiento de los mandatos y prohibiciones que rigen las conductas de los miembros de esa comunidad.

En el mismo momento en que los ciudadanos renuncian a su fuerza para convertirla en un colectivo real, entregan aquellas no sólo para la obtención de objetivos comunes que resultan difíciles de conseguir de forma individual, sino que además entregan el poder necesario para hacer cumplir aquellas normas que se han generado dentro de la comunidad organizada. Así como frente a los ataques externos que atentan contra mi propia organización personal, el Estado, ahora, ya dotado de todas las fuerzas de los miembros de la comunidad organizada, tiene la facultad de hacer cumplir aquellas normas, incluso utilizando la fuerza, pudiendo de esta forma establecer consecuencias negativas para aquellos que no cumplen las reglas de conducta.

La reacción del Estado frente al incumplimiento tiende a ser explicado bajo la lógica de cualquier incumplimiento contractual. De este modo, el Estado aparece como un acreedor del ciudadano de la obligación contenida en la norma. “Por tanto, a fin de que este pacto social no sea una vana fórmula, encierra tácitamente este compromiso: que sólo por sí puede dar fuerza a los demás, y que quienquiera se niegue a obedecer la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo. Esto no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre, pues es tal la condición, que dándose cada ciudadano a la patria le asegura de toda dependencia personal; condición que constituye el artificio y el juego de la máquina política y que es la única que hace legítimos los compromisos civiles, los cuales sin esto serían absurdos, tiránicos y estarían sujetos a los más enormes abusos”¹⁹. Afirma Rousseau “todo malhechor, al atacar el derecho social, hácese por sus delitos rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar las leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se hace morir al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. Los procedimientos, el juicio, son las

¹⁹ Ib. Ídem. ROUSSEAU, pág. 49.

pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social, y, por consiguiente, de que no es ya miembro del Estado”²⁰. Si bien la frase anterior aparece en extremo violenta frente a la sanción del “malhechor”, debemos por cierto contextualizarla en el discurso de Rousseau, por cuanto dicha frase intenta explicar la existencia de la pena de muerte y no toda reacción penal. Además, continúa en el mismo texto “No hay malvado que no pueda hacer alguna cosa buena. No se tiene derecho a dar muerte, ni para ejemplo, sino a quien no pueda dejar vivir sin peligro” lo que viene a moderar su frase inicial. Sin embargo, varios han visto en la afirmación del autor francés, el sustrato necesario para fundamentar lo que se conoce bajo el título de Derecho Penal del enemigo²¹, en oposición al derecho penal del ciudadano respetuoso de su condición de persona y los derechos que le son reconocidos como tal

Explicando la respuesta punitiva del Estado, Zaffaroni, recurre a Fichte, a propósito del concepto e derecho penal del enemigo, señalando que este último “razonaba por tesis y antítesis, y si bien en su tesis sostenía que todo delincuente se vuelve un enemigo en razón de la cláusula *rebus sic stantibus*, o sea que el infractor pierde todos sus derechos al violar el contrato, en su antítesis hacia surgir un nuevo contrato, que es el de expiación, que en la medida que era suficiente para asegurar la seguridad pública (prevención general y disuasión), creaba el derecho a exigir la pena”²². Fichte explica que la reacción del Estado frente al incumplimiento de la regla de comportamiento por parte del miembro de la comunidad quiebra, el pacto original. Todo delincuente se vuelve un “enemigo” en razón de la cláusula presente en todo contrato de *rebus sic stantibus*. De esta forma el infractor pierde todos los derechos por violar el contrato original pudiendo entonces la comunidad no solo excluirlo de la misma, por ponerse voluntariamente fuera del pacto sino que imponer sobre él una sanción. En el primer caso, en el que es posible redimirse por un nuevo contrato, surge el derecho a

²⁰ Ib. Ídem. ROUSSEAU, pág. 64

²¹ En este sentido JAKOBS, Günther, “Derecho penal del enemigo”, Madrid, Civitas, 2003 y “Sobre la teoría de la pena”, Cuadernos de conferencias y artículos /Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho ; no.16, re impresión 2001

²² ZAFFARONI, Raúl. El Enemigo en el Derecho Penal. EDIAR, Bs As, 2009, pág. 121

exigir la pena, es un contrato nuevo de *expiación*, por el cual el infractor se redime de sus actos. En el segundo caso, en la exclusión de la comunidad, solo está reservado para aquellas infracciones de gravedad, que por razones de seguridad hacían aconsejable la exclusión. Sin embargo, aun en estos casos Fichte, plantea que es posible que aquel que haya sido considerado como fuera del pacto, pueda volver a él, a través de la celebración de un nuevo pacto en donde se obliga en modificar su conducta a enmendarla. Es entonces en la visión Fichte, la pena un nuevo pacto expiatorio (basado en la culpa por la infracción) o de enmienda del sancionado para ser aceptado nuevamente en la comunidad que le impuso aquella sanción²³.

De esta forma, es la voluntad la que cobra particular relevancia en el fundamento de la reacción de la comunidad organizada frente el disidente y no el contrato en si. Esto genera una dificultad mayor si pretendemos usar estos mismos argumentos frente a la respuesta penal en la infracción de la norma de comportamiento. Pues no es posible sostener de forma razonable que existe un sometimiento a la regla del contrato de forma voluntaria. Pues: ya que tal contrato original no existe en realidad, y la voluntad del sujeto concreto tampoco ha concurrido a la formación de aquel contrato, no es posible afirmar su participación, excepto por la mantención del mito. Sin el mito no podemos afirmar que la voluntad del sujeto, fundamento de su sanción, ha de ser de aquellas que originaron el contrato, ni siquiera podríamos afirmar que aquella voluntad de alguna forma mantiene el contrato.

Como no es posible mantener el mito en los términos originales, que de una parte mantengan la existencia del contrato y de otra la obligación de fidelidad al mismo, es que el proceso democrático de formación de las leyes resulta fundamental para mantener la legitimidad de la pena en el ejercicio de la libertad. Para ello es necesario afirmar que la voluntad del sujeto que será sancionado por el incumplimiento de las reglas de la

²³ FICHTE, Johann, “*Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994, pág 315 y ss.

comunidad, ha participado de creación de aquellas reglas, que ha sido parte del proceso de formación de la voluntad general. Sin embargo, lo anterior no es posible de sostener en términos absolutos, pues de ser así solo aquellos representantes del pueblo llamados a legislar en los órganos democráticos podrían ser sujetos de reproche por el cumplimiento de aquellas, reglas, pues solo ellos “participan” de la creación de la ley. Es por esto que debe rechazarse de plano una aproximación absoluta o estricta del proceso de participación y aceptarse un contenido amplio del mismo.

Debemos, entonces, considerar la participación en la formación de la voluntad popular manifestada en la ley en los términos mas amplios posibles. Lo anterior lleva necesariamente a considerar un modelo político de organización del Estado basado en la democracia representativa, pues en ella es posible a través de la representación de voluntades, el mayor numero de participación. Seguimos en este punto lo señalado anteriormente por Marshall, en que dicha participación para considerarla como tal no es necesario que sea efectivamente ejercida a través de los canales de participación institucionales sino que basta con la creación de condiciones de participación igualitarios para todos los miembros de la comunidad política organizada, es decir, para considerar satisfecho el requisito de ejercicio de la voluntad en proceso de formación de las reglas de la comunidad, es a lo menos necesario que se dé un potencial de participación, condicionando de esta forma la efectiva participación a un nuevo ejercicio de voluntad, validando de esta forma el canal de participación democrático tanto en quienes participan ejerciendo su voluntad como la valorización de aquellos que ejerciendo su voluntad deciden no participar. De esta forma aparece también como relevante el modo en que se manifiestan los canales de participación democrática y particularmente las condiciones en que los miembros de la comunidad los utilizan.

La reacción de la comunidad frente a la infracción, la consecuencia de la falta de fidelidad a la regla (el contrato) encuentra entonces su fundamento de legitimidad en tres aspectos que deben concurrir. El primero de ellos consiste en que la regla debe

responder a la voluntad general del pueblo, lo que necesariamente debe manifestarse en el modelo de administración adoptado por la comunidad que debe ser democrático y operativamente representativo. En segundo lugar, deben existir canales de participación democráticos efectivos, es decir formas y medios por los cuales los miembros de la comunidad puedan manifestar su voluntad, sean estas elecciones, asambleas, consultas, plebiscitos. Por último la garantía del ejercicio potencial de la voluntad en la formación de la voluntad general, es decir que existan condiciones que permitan a lo menos decidir si se manifiesta la voluntad personal en los canales de participación democráticos.

La aproximación inicial a la pena desde el prisma contractualista importa considerarla en primer lugar como consecuencia de la existencia primero y quebrantamiento posterior, del contrato social que determinó la renuncia a la realización de actos de fuerza por parte de los firmantes de aquel contrato, sancionándose, precisamente, la falta de cumplimiento de la obligación contractual general y recíproca entre los miembros de esta sociedad. Sin embargo, al igual que el relato del contrato social, la explicación anterior tiene solo el rendimiento de mito pedagógico.

Debe entonces buscarse la legitimidad de la pena en el Estado real, aquel respecto del cual podemos afirmar determinadas características que lo definen como tal. Este camino lleva necesariamente a tomar una posición frente al problema de la finalidad de la pena, entendiendo que es aquella toma de posición la que define en buena parte el grado de legitimidad de la misma.

No está demás reiterar que un primer cimiento sobre el cual debe descansar cualquier discurso legitimador de la pena debe comprender un proceso legítimo de creación de la ley, esto es, el reconocimiento al respeto del principio democrático, el que

a su vez importa la necesaria posibilidad de participación de la comunidad en el proceso de formación de la voluntad popular

Las posiciones conocidas se ven representadas especialmente por la llamada “lucha de escuelas”, enfrentadas en las teorías de la prevención y las teorías de la retribución. Así, los partidarios de las teorías de la retribución sostienen que la pena no tiene en sí misma una finalidad y está legitimada por el reproche que puede realizarse al autor de un hecho injusto contrario al ordenamiento jurídico, por “la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor del hecho cometido”²⁴. Tiene sustento filosófico en los textos del idealismo alemán, representado en este caso por Kant²⁵ y Hegel²⁶. El primero, sostiene que la ley penal es un imperativo categórico e incluso en aquel escenario en que el Estado o la sociedad desapareciera, se debe ejecutar hasta el último asesino.

Hegel, llega a conclusiones similares, señalando que el delito es la negación del derecho y que la pena es la negación de aquella negación, por lo que ésta última se hace necesaria para salvaguardar la vigencia del mandato contenido en la norma y no repuesto por el sujeto que debe sufrir la pena, de esta forma la pena es la lesión de la lesión y por lo tanto la retribución del mal causado.

Las teorías de la prevención, por su parte, sostienen que la pena si tiene un fin y ese fin corresponde a la prevención de delitos futuros, es decir que las conductas lesionadoras de bienes jurídicos no se produzcan. Franz Von Liszt, su mejor representante, sostiene que la prevención puede actuar de tres formas. Asegurado a la comunidad a través del encierro del delincuente, intimidando al autor a través de la oferta

²⁴ ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Ed Civitas, Madrid 1997, pág. 82.

²⁵ En especial “Metafísica de las Costumbres” (1798)

²⁶ En especial “Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho (1821)

de pena, evitando la reincidencia a través de la corrección del delincuente (ejecución de la pena). De esta forma la pena opera sobre la comunidad y el delincuente y tiene un finalidad profiláctica, eliminando la delincuencia.

Las posiciones retribucionistas hoy resultan insostenibles en el discurso teórico actual, pues “el Estado como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a ésta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el sufrimiento de la pena), solo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo”²⁷

Sin embargo, y siguiendo en este punto a Mañalich²⁸, sí es posible sostener una concepción retribucionista de corte consecuencialista, basada en Bevington. De esta forma, lo que Bevington denomina “justificación utilitarista” de la pena debe entenderse por tal una “justificación consecuencialista”, considerando que la punición sirve a la protección de intereses reales, y que ese interés real es uno de carácter específico y de carácter sui generis, de segundo orden. Ese interés es la preservación de la propia autoridad del Estado. “Así, es a través del reforzamiento de la autoridad implicada en la pretensión de obligatoriedad de las normas jurídicas de comportamiento puestas en vigor por el Estado que la punición indirectamente contribuye, para ponerlo en palabras de Marx, a la salvaguarda de las “condiciones vitales” de existencia del respectivo grupo social”²⁹

²⁷ ROXIN, Claus. Ob. Cit

²⁸ MAÑALICH, Juan Pablo, Estudios Sobre la Fundamentación y la Determinación de la Pena, Thomson Reuters, Chile, 2018, pág. 38 y ss.

²⁹ Ib. Ídem MAÑALICH, pág. 41.

Luego, señala Mañalich, el siguiente paso argumentativo sería demostrar la idoneidad de la retribución en el aseguramiento de la autoridad el derecho. Sostiene en este punto que el principio de “estricta proporcionalidad” en la irrogación del mal (la punición) contra quien ha delinquido, pues la subsistencia de una relación de autoridad depende del mantenimiento del respeto manifestado por quienes reconocen a tal autoridad. Así, si la reacción de Estado, al momento de ejecutar las penas excede lo proporcionalmente adecuado a la culpabilidad del sujeto, éste se vuelve víctima y las simpatías de los “fieles” se volverían hacia él. El límite está entonces en la prohibición del castigo al inocente. De lo anterior se colige la disociación de la retribución con la “ley del talión”, pues no puede ser utilizado el simple baremo de producción del resultado con la determinación del mal que debe ser irrogado, pues este debe limitarse por el merecimiento.

4. LAS CARACTERÍSTICAS DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

Las condiciones para la evaluación de legitimidad o fundamentación de la pena en un modelo basado en el contractualismo, requiere ciertas condiciones propias de la organización del Estado en el desarrollo de su actividad propia y su relación con los que ocupan el territorio de este. Así mismo entendemos que la función atribuida a la pena dependerá en gran parte de la forma en que el Estado se encuentre organizado y que, considerando las características planteadas precedentemente, es necesario que la comunidad este organizada como un Estado Social y Democrático de derecho.

El concepto acuñado hace varias décadas ya, en el que su desarrollo se destacan los aportes realizados por Mir Puig, en especial en su libro “Estado Social y Democrático de Derecho”, en donde parece fundar los límites del *ius puniendi*, responde a una esencial concepción del Estado y su actuar en cuanto sus fines. Si bien el origen del

concepto aparece del texto de la Constitución Española, hoy parece ser universalmente aceptado a propósito de los fines del Estado y sus expresiones frente al incumplimiento de las leyes.

Del Estado Liberal se hereda el Estado de derecho, que quiere decir un Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo en la cual radica la soberanía nacional, “En nuestra cultura jurídica la expresión *derecho* alude a un ordenamiento normativo producto de una manifestación de voluntad soberana de la sociedad, *libremente expresada, no a un sistema normativo impuesto*, sea por la autoridad o un grupo”³⁰, característica que podríamos encontrar en el artículo 5º de la CPR, el que señala: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo [...]” y el artículo 6º que establece: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella [...]”.

El Estado Social se presenta como una antítesis del Estado liberal, mientras ésta último intenta restringir de la mayor forma la injerencia del Estado en los asuntos de los ciudadanos, abogado por reglas de protección de ellos frente al Estado y solicitando la abstención de la intervención de este en los asuntos de los miembros de la comunidad, un Estado social se caracteriza por su acción en la sociedad, “Si el Estado liberal pretendía reducirse a asegurar las garantías jurídicas y, por tanto, meramente *formales*, el Estado social se considera llamado a modificar las *efectivas* relaciones sociales”³¹ actuando sobre ellas, teniendo como objetivo el progreso efectivo de cada uno de los ciudadanos, “la modalidad de *social* subordina el ejercicio del *ius puniendi* del Estado a lo *estrictamente necesario* para mantener la coexistencia pacífica entre sus súbditos y

³⁰ GARRIDO MONTT, Mario, “Derecho Penal Parte General, Tomo I”, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 2007, pág. 29.

³¹ MIR PUIG, Santiago, “El Derecho Penal en El Estado Social y Democrático de Derecho”, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pág. 32.

proteger los intereses que éstos califican como fundamentales”³². En este sentido parece estar recogido en la CPR, en los incisos 2º y 3º del art. 1º³³

Por último, la característica de democrático implica no solamente someter al estado al Derecho, a las leyes que la comunidad política se ha auto impone, sino además la orientación hacia la democracia real, “En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático *de Derecho*. El carácter democrático de ese Estado aparece vinculado, pues, a la síntesis del Estado social y del de Derecho, y expresa tanto la necesidad de libertad «real» - oponiéndose a que el «Estado social» dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos- como «formal» -cerrando el paso a la posibilidad de un «Estado de Derecho» no controlado por todo el pueblo- para los ciudadanos³⁴. Además, esta característica es la que considera como limite al ejercicio de la facultad de castigar del Estado, el reconocimiento de Derechos Fundamentales, “La naturaleza *democrática* del Estado subordina la facultad de sancionar al más amplio respeto de los derechos fundamentales del hombre. Si bien la autoridad se ve compelida por los requerimientos sociales a prohibir determinadas conductas conminándolas con sanción, y aplicar esa sanción en su caso, debe hacerlo en forma que se lesionen lo menos posible los derechos inherentes al ser humano”³⁵ . Parece ser que es éste el sentido del límite de la soberanía expresado en el artículo 5º de la CPR al hablar de derechos esenciales³⁶

³² Ob. Cit. GARIDO MONTT, pág. 30

³³ “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

³⁴ Ob. Cit. MIR PUIG, pág. 34

³⁵ Ob. Cit GARRIDO MONTT, pág. 30.

³⁶ “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales

Desde luego la concepción del Estado como social y democrático de derecho tiene manifestación en la forma en que el Estado reacciona frente a la conducta contraria norma y particularmente en el ámbito penal, creando de esta forma un límite en el cuándo y cómo actúa el Estado ante estas conductas.

En un Estado de Derecho, surge como límite al ius puniendi el principio de legalidad o reserva, el que establece que todo delito y su pena debe estar determinado por ley, es decir, solo la ley es fuente de conductas penales y su correspondiente consecuencia. Este límite se resume en la expresión latina *nullum crimen, nulla poena sine legem*. El principio viene a consagrar el imperio de la ley frente al poder político o la autoridad que detente el poder en la comunidad.

Para que la ley cumpla el objetivo de control, es necesario que cumpla con tres requisitos. El primero de ellos es que debe ser previa a las conductas que regula, es decir debe tener existencia antes de que se desarrollen las conductas. Este requisito es recogido por la CPR en el artículo 19 N° 3 inc. 7 en que expresamente requiere una ley previa para la imposición de una sanción³⁷. En segundo lugar, debe constituir una ley formalmente dictada, es decir solo la ley puede crear delitos y solo la ley que se ha creado de acuerdo con las reglas que existen para crear las leyes. Puede verse este requisito en el mismo artículo 19 N° 3 en el inc. 7 y último³⁸ al utilizar en ambos casos la expresión “ley”. Además, en el artículo 1° del CP³⁹ al definir delito utiliza el mismo concepto por lo que este requisito tiene manifestación tanto a nivel constitucional como legal. En tercer

derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

³⁷ “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.”

³⁸ “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.”

³⁹ “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.”

y ultimo lugar, la ley debe describir la conducta prohibida y determinar la pena a imponer. La conducta debe describirse con claridad y precisión en lo sustancial de la conducta y la posibilidad de determinación de la pena que viene aparejada como consecuencia de la violación de la regla descrita en la ley. esta característica de la ley permite concretar la seguridad jurídica de los ciudadanos frente al Estado, al establecer claridad en las conductas y sus consecuencias. Nuevamente es el artículo 19 N° 3 inciso final el que viene a recoger dicho requisito.

De acuerdo a lo señalado sobre un Estado Social, éste tendrá también límites relacionados directamente con esta característica del Estado. Así, el principio de intervención mínima “hace que el Estado emplee el derecho penal únicamente -y de manera excepcional- cuando los demás recursos que posee para preservar el orden social han sido insuficientes y la sanción penal se presenta como un medio adecuado para esa preservación (principio de utilidad de la pena).”⁴⁰ el Estado tiene una obligación de concretar sus fines sin recurrir a medios represivos para lograrlos. Este principio esta indisolublemente vinculado al de utilidad, que restringe el uso del derecho penal cuando la imposición de la pena no hace cumplir con los fines de este. Así “desde que la conminación con pena de una conducta deja de ser útil para la protección de un bien jurídico, cesa la conveniencia de recurrir al derecho penal, porque su aplicación no cumpliría con su finalidad tutelar, o sea proteger bienes jurídicos para mantener una coexistencia pacífica⁴¹.

Un segundo límite relacionado al Estado Social es el principio de lesividad, que viene a condicionar la protección del Estado exclusivamente a bienes jurídicos fundamentales, “Como se ha visto, el legislador no es libre para sancionar cualquiera conducta; puede hacerlo únicamente cuando tiene motivos que legitiman el ejercicio de

⁴⁰ Ob. Cit. GARRIDO MONTT, pág. 40

⁴¹ Ob. Cit. GARRIDO MONTT, pág. 43

esa facultad, y ello sucede cuando se dirige a la *protección de bienes jurídicos valioso*⁴². En otras palabras, solo pueden ser sancionadas aquellas conductas que lesionan o ponen en riesgos intereses jurídicos socialmente relevantes.

En un Estado Democrático se materializa como límite al ejercicio de la facultad de castigar del Estado el principio de humanidad. Dicho principio apunta a la naturaleza de la reacción del estado, es decir, la forma que adopta la pena. Si la propia CPR en el artículo 1^o⁴³ establece y reconoce la dignidad intrínseca de todo ser humano, resulta imposible imponer una sanción que atente con aquella dignidad que se reconoce a todos. Así se encuentran proscritas las penas inhumanas, crueles o degradantes o estigmatizantes.

Un segundo límite o principio es el de culpabilidad. Por aplicación de dicho límite, no basta que la conducta desplegada haya producido un daño o puesto en peligro el interés socialmente relevante, sino que además dicha conducta debe poder ser atribuida al sujeto que la realiza. En otras palabras, sólo es posible imponer una sanción al sujeto que además de realizar la conducta dicha conducta es posible que le sea atribuida, considerándola como propia de quien la realiza.

Un tercer principio es el de proporcionalidad, que establece un vínculo entre la gravedad del hecho y la sanción que se impone por la realización de la conducta prohibida. Por lo tanto, la fijación de la pena tomará en cuenta por lo menos tres aspectos: la magnitud de la lesión del bien jurídico protegido, la intensidad del reproche de la conducta a su autor y la nocividad social del comportamiento⁴⁴. Este principio tiene una doble función pues no sólo obliga al legislador, sino que además debe ser

⁴² Ob. Cit. GARRIDO MONTT, pág. 43

⁴³ "Artículo 1°.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos."

⁴⁴ En este sentido HASSEMER, Winfried, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en *Doctrina Penal*, septiembre de 1989, año 12, N° 46-47, p. 275

considerado por el sentenciador al momento de determinar la pena en concreto que debe imponer.

El principio de resocialización, partiendo de la base que las penas constituyen un castigo, un mal, importa que debe evitarse en su ejecución el aislamiento social del condenado. De esta forma “ha de impedirse que el sentenciado pierda contacto con la comunidad, en especial con la que le es más próxima: su familia, su trabajo, sus amistades.”⁴⁵. no se trata de influir o conducir al condenado, sino de volverlo hacia los vínculos sociales, que en primera instancia actúan como mecanismos de control social, mas eficientes que la imposición de la pena estatal.

En palabras de Mir Puig, “El Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos «bienes» no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales—, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático). Un tal Derecho penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de *bienes jurídicos*, de *proporcionalidad* y de *culpabilidad*.”⁴⁶

Así, la adopción de una estructura política que implique reconocerla como un Estado, Social y Democrático de Derecho trae consigo una serie de límites y a la vez obligaciones del Estado en el tratamiento de sus ciudadanos que sufrirán la reacción Estatal por la aplicación del Derecho Penal, no sólo en la selección de la naturaleza de

⁴⁵ Ob. Cit. GARRIDO MONTT pág. 51

⁴⁶ MIR PUIG, Ob cit. Pág. 37

la reacción , sino que además, la intensidad, las consecuencias y la duración de la misma, y en definitiva el respeto de los principios que rigen no solo la imposición de las penas sino aquellos que regulan la estructura del propio Estado.

Sin embargo, esta concepción fundada en las normas de la Constitución Política de la República no es pacífica, por el contrario parece ser necesario un esfuerzo para poder aceptar dicha concepción, pues como lo señala Nasch “Es necesario reconocer que hay obstáculos en la estructura original de la Constitución para poder realizar una interpretación que permita reconocer un Estado social y democrático de derecho en Chile. También cabe destacar que la reforma de 2005 no genera un cambio respecto a esta materia. En definitiva, nos enfrentamos a problemas de cultura y formación jurídica.

No obstante lo anterior, es necesario reconocer que los problemas normativos no son un obstáculo insalvable, ya que es posible realizar una interpretación comprensiva de las normas constitucionales existentes que permita determinar la existencia de ciertas obligaciones para el Estado, que se constituyan como los principios fundamentales de un Estado Constitucional Ampliado.”⁴⁷. Así las cosas, es posible sostener el reconocimiento del Estado Social y Democrático de derecho en el articulado de la Constitución Política de la República desde una interpretación que fundamente deberes de Estado para con los ciudadanos.

⁴⁷ NASH, Claudio, “Estado social y democrático de Derecho en Chile. Tan lejos, tan cerca”, Revista Derecho y Humanidades N° 18, año 2011, pp. 73-84

CAPITULO II. CIUDADANIA Y CIUDADANO.

1.- CONCEPTO DE CIUDADANIA Y CIUDADANO.

Hoy, mucho más que antes, ha cobrado fuerza el concepto de ciudadano y desde luego el de ciudadanía. Podría afirmarse que el nuevo centro de preocupación del estudio de la teoría política ha sido el ciudadano, revalorizando el sujeto por sobre el modelo.

Este resurgimiento del ciudadano como punto de partida del análisis político tiene razones de carácter evolutivo de nuestros propios modelos políticos. Ya no aparece como una verdad autoevidente que un modelo de organización democrático asegure la estabilidad necesaria del propio modelo, sino que cobra relevancia la vinculación de los sujetos⁴⁸ y sus reales posibilidades de participación en los mismos, como parte de las voluntades que determinan el devenir de la sociedad.

El concepto de ciudadano puede abordarse desde dos aristas. La primera de ellas, desde una visión amplia que considera todos los miembros de la comunidad organizada, autogobernada, independiente, con características comunes y que comparten un mismo territorio. De este modo el concepto de ciudadano se confunde con el concepto de nación, pero apunta a la determinación del grupo de individuos que

⁴⁸ En este sentido y haciendo un análisis extenso, KYMLICKA, Will y NORMAN, Wayne, "El retorno del ciudadano. Una revisión en la producción reciente en la teoría de la ciudadanía", Cuadernos del CLAEH, n° 75, Montevideo, 1996, págs. 81-112. Este texto apareció originalmente como "Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory", en Ethics, n° 104, Chicago, The University of Chicago Press, enero de 1994, págs. 257-289.

pertenecen a la comunidad organizada. Es este concepto al que se hace referencia en la mayoría de los textos sobre teoría política o lo modernamente denominado teoría de la ciudadanía.⁴⁹

Los análisis del concepto de ciudadanía bajo el prisma de lo político, se centran en la relación del sujeto con la comunidad, atribuyendo obligaciones y deberes entre ambos a propósito de esta condición de pertenencia. Ser ciudadano o ciudadana significa dos cosas: una, poseer un sentimiento de pertenencia a una comunidad política; otra, obtener un reconocimiento de esa comunidad política a la que se pertenece. La pertenencia a una comunidad política y el reconocimiento por parte de ésta conlleva deberes y derechos⁵⁰. Sin embargo, para los propósitos de la presente investigación, solo servirá al momento de intentar responder si el sufragio es un deber o un derecho del ciudadano, y desde luego al momento de definir la naturaleza de la pérdida o suspensión del derecho a sufragio.

La segunda arista, está determinada por el concepto legal que cada comunidad organizada ha dado a esta categoría. El concepto normativo de ciudadanía. De este modo el concepto se construye en base al cumplimiento de determinados requisitos legales, los que se encuentran recogidos, por regla general, en la Constitución o norma fundamental de la comunidad, caracterizándose por el reconocimiento del derecho a sufragio. En este sentido, podemos sostener que para aquellas comunidades políticas organizadas a través del reconocimiento del derecho a sufragar, que reconocen, a su vez, en el voto el mecanismo de participación democrática paradigmático, siendo la realización de elecciones periódicas y participación en las mismas, la forma de materializar este derecho. Así, la legitimidad de las decisiones de las instituciones democráticas se funda precisamente en el carácter representativo de estas, haciendo de

⁴⁹ Ob. Cit.

⁵⁰JELIN, Elizabeth, entrevista publicada en http://www.lai.fu-berlin.de/es/e-learning/projekte/frauen_konzepte/projektseiten/konzeptebereich/je_ciudadania/contexto.html

esta forma partícipes a los miembros de la comunidad de las decisiones tomadas, pudiendo afirmar que a través de este proceso se gobiernan a si mismos⁵¹, al ser ellos parte necesaria y fundamental en el proceso de creación de la normas que determinan la convivencia dentro de la comunidad y la elección de aquellos a quienes se les encargará la labor de ejecutar dichas normas y –al menos en principio- conseguir el bien común.

La mayoría de los Estados, regulan a nivel constitucional los requisitos para acceder a la categoría de ciudadano. En otros casos se ha optado por regular dicha circunstancias en códigos, como es el caso de Argentina⁵².

En el caso de Chile, la Constitución Política de la República, establece los mencionados requisitos en el artículo 13, a saber, haber cumplido 18 años de edad y no haber sido condenado a pena aflictiva, es decir, una pena superior o igual a tres años y un día. El cumplimiento de estos requisitos importa la titularidad de del derecho a sufragio y de optar a cargos de elección popular. Agrega al artículo mencionado, que también posibilita el ejercicio de otros derechos que la Constitución o la ley confiera.

El punto común entre ambos conceptos es el vínculo político del sujeto –ahora ciudadano- con la comunidad. Lo que caracteriza al ciudadano es la posibilidad de participar en las decisiones de la comunidad que afecten a todos sus miembros. La consideración del individuo como ciudadano, en ambos sentidos del concepto, importa reconocerlo como interlocutor válido entre los miembros de la comunidad, convirtiéndose de este modo no sólo en partícipe de las decisiones tomadas dentro de la comunidad, sino que al mismo tiempo lo convierte en destinatario de aquellas decisiones.

⁵¹ En este sentido MARSHALL, Pablo, en “La Ciudadanía ante el Tribunal Constitucional”, recopilado en “Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis crítico”, Ed Legal Publishing 2011, pag 275

⁵² Código Electoral Nacional, de 18 de agosto de 1983.

Las dificultades para dotar de contenido al concepto de ciudadanía o ciudadano, descansan precisamente en que cada comunidad, determinará la naturaleza del mismo y los requisitos que deben cumplirse para ostentar dicha calidad.

Hoy asistimos a un sinnúmero de intentos de contenidos, que apuntan no solo al vínculo político al que hacíamos referencia sino, al empoderamiento del sujeto de su rol dentro de la sociedad, exigiendo, por las más variadas vías, que su opinión sea al menos escuchada antes de que se tomen las decisiones que afectan a la comunidad.

Así el concepto de ciudadano, puede incluso alejarse de los requisitos legales establecidos por el propio ordenamiento jurídico, llenando el contenido con el sólo involucramiento en la res pública. Sin embargo, y para lo que nos interesa, debemos centrar el análisis en el concepto normativo de ciudadano, para luego intentar un análisis de *lege ferenda* sobre el mismo.

La Constitución Política de la República, define ciudadano en función de los requisitos que establece para la ostentación de tal calidad, estableciendo en carácter de copulativos el cumplimiento de los 18 años de edad y la inexistencia de condenas penales que importen la imposición de un a pena aflictiva. De este modo, se genera espontáneamente el vínculo político del sujeto con su comunidad, convirtiéndolo de esta forma en generador de decisiones de gobierno y desde luego receptor de las mismas, aun cuando antes de cumplir la edad requerida ya fuese sujeto pasivo de los mandatos de su comunidad. Este hecho –el cumplimiento de 18 años- de alguna forma habilita al sujeto para hacerse cargo de sus propias decisiones.

De todos modos, aparece como arbitraria la determinación de la edad habilitante para ejercer el derecho a voto, en especial a la luz de las modificaciones legales en materia de responsabilidad penal de adolescentes, pues, habiéndose eliminado el decimonónico trámite del discernimiento, y estableciendo la capacidad penal de los menores de 18 años, no se vislumbra inconveniente en que pueda habilitarse su autonomía política a partir de los 16 años, considerando para ello especialmente la autonomía progresiva reconocida a los adolescentes.

Aun entendiendo las razones de carácter histórico que justifican la norma en comento, no es menos cierto que aparece como contradictoria, pues, a modo de ejemplo, no parece sensato que un adolescente pueda ser considerado responsable de un homicidio, debiendo responder de aquellos hechos y a la vez se le considere como incapaz de responsabilizarse de sus actuaciones en el ámbito de lo político.

2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES.

Dentro del concepto liberal de ciudadano, es decir, como miembro de la comunidad, tiende a confundirse con el concepto de persona –como sujeto de derecho– de este modo, los derechos que asisten al ciudadano son los derechos que le asisten a toda persona, es decir los que se han consagrado universalmente, más concretamente los denominados derechos humanos.

De esta forma, los derechos del ciudadano (o persona para estos efectos) son los que de manera universal se han reconocido a la persona en atención a su calidad de tal. Este reconocimiento sólo se ve materializado a partir de los tratados internacionales de derechos humanos que recogen aquellas condiciones de respeto y potestades

mínimas de las que toda persona es titular y sin las cuales (o la falta de reconocimiento de aquellas) importa la negación del carácter de persona del sujeto.

No es sino hasta este reconocimiento internacional que el concepto de ciudadano comienza a llenarse del contenido de titularidad de derechos, pasando a segundo plano esta relación política entre sujeto y Estado que tiende a confundirse con el concepto de nacionalidad.

El reconocimiento internacional al que hacemos referencia debemos situarlo temporalmente en 1948 con la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵³. Sin quitarle el valor intrínseco a los documentos previos que hacen referencia los derechos del ciudadano, como la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789⁵⁴.

Se ha preferido el primer documento internacional citado, por la amplia aceptación de este, siendo fuente del derecho internacional y reconocido como la confirmación de *ius cogens* para la mayoría de los pueblos; mientras los de anterior data, si bien son precursores en el reconocimiento de derechos que le asisten todo miembro de la comunidad, al momento de su aprobación, no existía unanimidad sobre la existencia de los mismos, por lo que la declaración no es más (pero tampoco menos) que solo eso, una declaración, que tiene el mérito de ser el primer intento en el reconocimiento amplio de la sociedad occidental, del derecho a votar.

No pasa inadvertido lo tardío del reconocimiento generalizado de los derechos inherentes a la persona, y en especial los que dicen relación con los derechos llamados

⁵³ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948

⁵⁴ Aprobado por la asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789

políticos. Esto solo viene a reforzar la idea del desarrollo tardío del concepto de ciudadanía (como contenido de derechos) y el dispar desarrollo que ha tenido en las distintas sociedades, como también, desde luego, el contenido del concepto.

Debe también llamar la atención, que a la fecha de la declaración, varios de los países firmantes, mantenían situaciones de dominio sobre otros pueblos⁵⁵, con políticas derogatorias que desde luego traían aparejada la negación del derecho a voto a los sometidos (súbditos, esclavos o colonos), excluyéndolo de la toma de decisiones.

Únicamente cuando los horrores del aguerra, tocaron las puertas de las modernas ciudades europeas y aquellos que no son soldados fueron espectadores privilegiados de aquello, es que la comunidad mundial, siente la necesidad de reconocer ciertos derechos que tienen como fuente la sola condición de persona, sin necesidad que aquellos sean reconocidos por la comunidad organizada políticamente. Todo, mientras en América y África, los mismos países firmantes, desconocen lo antes afirmado. Para suerte de todos, esta situación fue paulatinamente superada a medida que avanzaba el siglo XX.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, establece en su artículo 6^o⁵⁶ que la ley es la manifestación de la voluntad general y que todos los ciudadanos tienen el derecho a participar, personalmente o a través de representantes en su formación. Así como también el derecho a ser elegidos para los cargos públicos sin otra discriminación que sus talentos y virtudes.

⁵⁵ Francia, Holanda, Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, entre otros.

⁵⁶ DDHC, artículo 6°.- La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o a través de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos

El sentido del concepto ciudadano utilizado por la Declaración, hacer referencia a la pertenencia del sujeto a la comunidad, no al concepto normativo dotado de derechos, pues señala que el ciudadano es el que tiene derechos políticos y no que la titularidad de aquellos derechos configura al calidad de ciudadano, es decir, el concepto está siendo utilizado sólo en términos políticos y no jurídicos⁵⁷.

También existe reconocimiento de otros derechos que son inherentes al hombre, dándole preponderancia a la libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión⁵⁸, así como también establece garantías para el ciudadano sometido a juicio⁵⁹, la libertad de opinión y derecho del ciudadano de pedir cuentas a los agentes públicos, entre otros.

Para los objetivos de la presente investigación, basta constatar, la existencia del derecho a votar y ser elegido como un derecho del ciudadano, derecho que posee por el sólo hecho de pertenecer a una comunidad política, derecho que el preámbulo de la Declaración tiene le arroga de natural, inalienable y sagrado.

La Declaración Universal de Derecho Humanos de 1948, reconoce al derecho a voto en el artículo 21 n° 1⁶⁰, el que utiliza el concepto de persona y no de ciudadano, anotando de este modo la primera diferencia en la configuración del concepto, pues ahora el concepto de ciudadano aparece confundido con el del persona, estableciéndose inequívocamente que el derecho a participar de las decisiones políticas de la comunidad

⁵⁷ Esta diferencia se ve más nítida si se hace la comparación con el concepto de ciudadano de la CPR.

⁵⁸ DDHC. Artículo 2°

⁵⁹ DDHC. Artículos 7°, 8° y 9°

⁶⁰ DUDH. Artículo 21 n° 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

es previo a la creación de la propia comunidad y por lo tanto previa a la creación del concepto de ciudadano, en el sentido normativo que apuntáramos en un comienzo.

El catálogo de derechos del ciudadano es amplio en la Declaración Universal, va desde los derechos individuales, pasando por los derechos colectivos y garantías procesales. Pero aporta también una luz en cuanto a la existencia de los deberes del ciudadano, existiendo sobre este punto letra expresa.

Es así como el artículo 29 de la Declaración Universal, expresa que toda persona tiene deberes (obligaciones) con la comunidad, pues sólo en ella puede desarrollarse libre y plenamente, establece el deber de respeto a los derechos y libertades de los otros miembros de la comunidad, así como también satisfacer las exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática.

Es en este punto de las obligaciones o deberes en que las cosas no son del todo claras, pues el documento internacional utiliza conceptos jurídicos difusos, respecto de los cuales su contenido no ha sido definido y su discusión está lejos de ser un tema pacífico, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los tribunales. Sobre la decisión de utilizar estos conceptos difusos, valga la ya conocida explicación de la necesidad de dotar a los Estados partes de la libertad suficiente en materia legislativa para poder cumplir con lo previsto por la propia Declaración Universal.

No está demás reiterar la dificultad de dotar de contenido al concepto de moral, el que cada vez que tiene alguna participación en la creación de normas jurídicas, solo trae dificultades e imprecisiones en los ámbitos de actuación de los ciudadanos, además del concepto de orden público, el que esencialmente tiene una definición política y no jurídica. Solo el bienestar general en una sociedad democrática podría servir, no como

fundamento sino como guía de interpretación en cuanto a las conductas que podrían ser consideradas como ejercicio de los derechos o garantías reconocidos por la Declaración Universal.

Dentro de las obligaciones, curiosamente, no existe la obligación de participar dentro de la comunidad política, es decir, no existe la obligación siquiera de concurrir con el voto a las elecciones periódicas que debieran hacerse, esto lo derivamos precisamente del sistema democrático al que hace referencia el artículo 29, el cual necesariamente exige que las elecciones sean de carácter periódicas.

Lo que si aparece claramente, es la obligación de respeto a los derechos de los otros, configurándose de este modo un límite en el ejercicio de los derechos reconocidos por la Declaración. Así las cosas, es posible sostener que el deber primordial de los ciudadanos es el de respeto por los derechos de los demás miembros de la comunidad y las obligaciones que genere la propia comunidad fundadas en la moral, el orden público y el bienestar general, aun cuando, insisto, no tengamos claridad de cuál es el contenido de los últimos tres conceptos.

En el año 1966, la asamblea General de las Naciones Unidas aprueba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶¹, el que entra en vigencia sólo en 1976, según lo dispone el propio artículo 49 de este instrumento internacional.

Es en el artículo 25 del PIDCP, que se reconoce el derecho a participar en las elecciones, a votar, a ser elegido y a tener acceso en condiciones de igualdad las funciones públicas del país. Lo anterior no puede estar sujeto a distinción alguna “de

⁶¹ En Adelante PIDCP.

raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁶².

La redacción del instrumento internacional da cuenta de la naturaleza del ejercicio del voto, al tratarlo como un derecho, sosteniendo que el ejercicio de este no puede estar sometido a ninguna restricción.

De esta forma, se avanza en claridad en lo señalado por la Declaración Universal, pues se explicita el carácter de derecho del voto, vinculado éste a la realización de elecciones periódicas, universales y con el carácter de secreto del voto. No hay posibilidad de discriminar el ejercicio del voto y no existe forma en que el ejercicio democrático por antonomasia ponga en peligro la vida de la nación para dar aplicación a la facultad de suspensión de los derechos reconocidos en el PIDCP.⁶³

Como es de esperarse, siendo un documento que esencialmente impone obligaciones de respeto a los Estados, no establece obligaciones a los ciudadanos o habitantes de los Estados parte.

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁴, se pronuncia sobre los derechos políticos en el artículo 23, dando el tratamiento de derecho al voto⁶⁵. Sin embargo y a diferencia de los que hace el resto de los documentos

⁶² Artículo 2.1, PIDCP

⁶³ Artículo 4, Ob cit.

⁶⁴ Acordada en noviembre de 1969, en San José de Costa Rica. En adelante CADH.

⁶⁵ Art. 23: 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: [...] b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores

internacionales, establece la posibilidad de reglamentar a través de la ley el ejercicio de este derecho por razones de “condena, por juez competente, en proceso criminal”⁶⁶.

Debe entenderse que no es el derecho a voto el que puede restringirse sino el derecho a ser elegido, pues la excepción permite considerar dentro de las reglas penales la sanción de inhabilidad para ejercer un determinado cargo público, entendiendo que en ciertos delitos se ve afectada precisamente la probidad administrativa o se ha hecho abuso del ejercicio del cargo sobre el cual se prevé la inhabilidad de acceso.

Lo anterior es concordante con lo previsto en los artículos 27, 29 y 30 de la CADH. En el primero se establece la imposibilidad de suspender determinados derechos en casos extremos, estableciendo la prohibición de suspender los derechos políticos aun en los casos en que la propia CADH autoriza a realizar aquello. El artículo 29 establece las reglas de interpretación, que en términos generales prohíben aquellas interpretaciones que permitan limitar o suprimir el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos por el instrumento internacional. Por último el artículo 30, establece que en el caso de las restricciones permitidas estas deben ser aplicadas de conformidad a una ley que se dicte por razones de interés general.

Así, parece del todo coherente permitir la suspensión del derecho a ser elegido, - y ejercer un cargo público- como consecuencia de una condena criminal, pues dicha norma se dicta por razones de interés general, lo que evidentemente no ocurre respecto al derecho a voto, pues no hay razón basada en el interés general de prohibir o limitar el ejercicio del voto del condenado.

⁶⁶ Art. 23. 2 CADH.

A nivel constitucional, existe regulación expresa de los derechos que se fundan en la calidad de ciudadano, estableciéndose el derecho de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la ley y la Constitución confieren⁶⁷.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con los deberes del ciudadano, pues no hay norma expresa que establezca obligaciones específicas para quienes ostenten dicha calidad. La única norma que parece referirse en algo a lo anterior es la que establece el deber de “respeto a Chile y los emblemas nacionales; y honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena”⁶⁸. Sin embargo, los deberes antes mencionados no dicen relación con los ciudadanos propiamente tal pues el texto constitucional hace referencia a todo habitante de la república en los primeros y a los chilenos en los segundos. Luego, no es del todo claro que la norma en cuestión haga referencia al ciudadano en cuanto calidad jurídica reconocida por la constitución, dando cuenta que éstos deberes abarcan a un grupo más extenso, dentro del cual debería poder comprenderse a los ciudadanos de la república.

3. EL VOTO COMO OBLIGACIÓN O DERECHO.

El texto de la carta fundamental sitúa los derechos políticos en el capítulo II a partir del artículo 10°. Comienza por regular la nacionalidad, para luego en el artículo 13 establecer la forma en que se adquiere la ciudadanía, haciendo copulativos los requisitos de la mayoría de edad y la inexistencia de pena aflictiva. El mismo artículo señala que “la calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran”⁶⁹. Luego el artículo 16,

⁶⁷ Art. 13, CPR.

⁶⁸ Art. 22. CPR

⁶⁹ Art. 13, CPR..

nuevamente utiliza la voz “derecho” para referirse a las hipótesis en las cuales el mismo se ve suspendido⁷⁰. Por último el, artículo 17° regula la pérdida de la ciudadanía, situación que conlleva necesariamente la pérdida del derecho a sufragio contemplado en el artículo 13°.

Consistente con lo señalado en el párrafo precedente, es lo expuesto por el Prof. Alejandro Silva Bascuñán a propósito de la discusión sobre la regulación de la ciudadanía, registrado en las actas constitucionales, afirmando que “ciudadanos son los que tendrán los derechos políticos que son de diversa naturaleza: poder reunirse, asociarse y pedir en materia de la dirección general de la colectividad; poder elegir y ser elegidos. O sea, la elección es un derecho político; es la realización de una potencialidad, de una capacidad”⁷¹. En el mismo sentido el Comisionado Guzmán señala “que la calidad de ciudadano otorga, fundamentalmente el derecho de participar en las elecciones y plebiscitos mediante el sufragio —más que de participar, el de ejercer el derecho a sufragio— y, en seguida, el de ser elegido en los mismos comicios generales”⁷². Sigue la misma línea el Comisionado Evans al señalar que “los derechos que constituyen esencialmente la ciudadanía son el derecho de elegir; el derecho de ser elegido; el de participar en plebiscitos; el de formar parte de un jurado; el de patrocinar la formación de partidos políticos”⁷³.

En al ámbito de la ley, se ha mantenido la voz derecho por sobre otro adjetivo. Así, la ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral⁷⁴ da tratamiento de derecho al sufragio a lo largo de su regulación, tanto para hacer referencia al contenido del Registro Electoral⁷⁵, la formación del Padrón

⁷⁰ Art. 16, CPR.: “El derecho a sufragio se suspende:[...]”

⁷¹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Tomo II. Sesión 70°, 12 de septiembre de 1974., pág. 433

⁷² Ob. Cit. Pág. 436

⁷³ Ob. Cit. Pág. 447.

⁷⁴ Ley 18556 de 11 de septiembre de 1986.

⁷⁵ Ibid. Art. 3°, inc. 3° y Art. 13, letra c)

Electoral⁷⁶, la verificación de los requisitos para su ejercicio⁷⁷ e inscripción⁷⁸, entre otras disposiciones de dicho cuerpo legal.

Cobra especial relevancia para la determinación del sufragio como derecho u obligación, la modificación legislativa que elimina el carácter obligatorio del sufragio, estableciendo multas para aquellos inscritos que no concurren a votar⁷⁹

De la misma forma, la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios⁸⁰, mantiene al sufragio en la categoría de derecho al regular el patrocinio de candidaturas independientes a Diputados y Senadores⁸¹, de igual forma para el patrocinio de candidaturas independientes a Presidente de la República⁸², en la designación de los vocales de mesas receptoras de sufragios⁸³, al definir el concepto de elector⁸⁴, en la conformación del Colegio Escrutador⁸⁵, en la regulación de los delitos de negación de derecho a sufragio y obstaculización del ejercicio del derecho a personas con discapacidad⁸⁶, la designación de apoderados⁸⁷, entre otras normas.

El marco de regulación internacional, al que ya he hecho referencia en este capítulo, es claro en su postura frente al sufragio al darle un tratamiento de derecho

⁷⁶ Ibid. Art. 3°, inc. 4° y Art. 30

⁷⁷ Ibid. Art. 9°, inc. 2°

⁷⁸ Ibid. Art. 11°

⁷⁹ Ley 20568 de 31 de enero de 2012, regula la inscripción automática, modifica el servicio Electoral y moderniza el sistema de votaciones.

⁸⁰ Ley 18.700, de 6 de mayo de 1988. Ley Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios. Última modificación de 27 de abril de 2013, Ley 20.669.

⁸¹ Ibid. Art. 11°.

⁸² Ibid. Art. 13°.

⁸³ Ibid. Art. 41.

⁸⁴ Ibid. Art. 60.

⁸⁵ Ibid. Art. 81.

⁸⁶ Ibid. Art. 132 n°4 y n° 9

⁸⁷ Ibid. Art. 160.

fundamental de aquellos que no son susceptibles de ser suspendidos por las hipótesis de excepcionalidad de aplicación.

Así la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en su artículo 6°, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 21.1, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 25 y la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 23, son consistentes con lo afirmado precedentemente.

De esta forma, queda resuelto en el plano normativo, la naturaleza del sufragio. No puede ser una distinta a la de un derecho. Al menos así debe inferirse del tratamiento dado por la legislación vigente nacional y por la internacional suscrita y ratificada por Chile. Lo anterior abre un nuevo problema normativo sobre las posibilidades de limitación o pérdida legítima de éste derecho, pues existe una evidente contradicción entre la regulación nacional sobre el punto y las reglas internacionales que facultan a los Estados a limitar los derechos contenidos en los instrumentos internacionales referentes a derechos fundamentales. Este conflicto será abordado en los capítulos siguientes de la presente investigación.

Ahora bien, desde el plano político, no puede sino reafirmarse el contenido de derecho del sufragio. Es precisamente la facultad de participar en la toma de decisiones de la comunidad política la piedra angular del sistema democrático. Es la vía por antonomasia, paradigmática e irremplazable de la construcción de la voluntad general, que su vez, debe ser el sustrato de toda ley legítima. De ahí la importancia de los efectos políticos de la limitación al ejercicio de este derecho, pues lo que en definitiva ocurre es la exclusión de cierta parte del pueblo en la toma de decisiones de la comunidad, convirtiéndolos en ajenos formadores y meros receptores de mandatos, cambian su condición de ciudadanos a la de súbditos, vasallos o en el peor de los escenarios en

esclavos políticos al verse impedidos de concurrir a los canales de participación democráticos.

En este mismo plano, se sostiene la tesis de la obligatoriedad del ejercicio del derecho a sufragar. La afirmación anterior se entiende sobre la base del reconocimiento de la existencia de derechos y deberes de los ciudadanos para con el Estado. Dentro de estos últimos están por ejemplo, el deber de los ciudadanos con el Estado de pagar impuestos y el respeto a los emblemas o símbolos nacionales. A estos deberes se suma el participar en las elecciones periódicas votando. Se entiende que el ejercicio del sufragio, como base de un sistema democrático de representación, importa la mantención y a la vez el fortalecimiento del sistema de participación, es decir, es obligación política del ciudadano participar en las actividades democráticas de la comunidad pues de esta forma, independiente de los resultados de su opciones marcadas en el voto, se sostiene el sistema de gobierno, generando la necesaria estabilidad del sistema político.

Dos aprehensiones sobre lo anterior, en primer lugar, el análisis del voto como obligación solo tiene sentido desde el prisma político, es decir, no tiene sustento normativo alguno, sino que ético-moral, luego, no resiste análisis normativo alguno debiendo dejar esa área en el campo de la filosofía. En segundo lugar, no parece lógico inferir la obligatoriedad (política o ética) del sufragio en la necesidad del sistema. Lo anterior implica tener por ciertas dos afirmaciones: que el sistema democrático es el único sistema de gobierno y que existe un deber de mantenerlo. Ambas pueden legítimamente ser puestas en duda incluso dentro del propio sistema.

CAPITULO III. DE LA SUSPENSION Y PÉRDIDA DE LOS DERECHOS POLITICOS.

1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS EN CHILE.

Todos los Estados han regulado la forma en que se configura la masa de lectores, es decir, determina los requisitos que deben cumplir los miembros de la comunidad política para participar de los procesos democráticos y circunstancias que privan a esos miembros de seguir participando. Dichas reglas por lo general se encuentran previstas por las Constituciones políticas de los respectivos Estados.

Ya en el proyecto constitucional de 1818, se establecía dentro del mecanismo de aprobación de éste una regla sobre quienes podrían participar de aquel proceso. Señalaba el artículo 5º del reglamento para aprobar la Constitución provisoria para el Estado Chile que: “serán hábiles para suscribir todos los habitantes, que sean padres de familia o que tengan algún capital, o que ejerzan algún oficio, y que no se hallen con causa pendiente de infidencia o de sedición. Serán inhabilitados todos aquellos que procuren seducir a otros, haciendo partidos, o tratando de violentar o de dividir la voluntad de los otros.”. Destacan entonces dos formas de exclusión, la primera por patrimonio y la segunda por causa criminal.

La Constitución de 1822, tiene un sistema similar al que aun existe en la CPR. Establecía en su artículo 37 que podrán ser electores:

“1.o Todos los ciudadanos, que no hayan perdido la ciudadanía, o no tengan suspenso su ejercicio.

2.o Los militares que tengan bienes raíces, y no manden tropa de línea.

Art. 38. Hasta pasados doce años no podrán ser electores, ni puestos en la lista de elegibles, los que cometieron soborno después del sorteo; y si concluído éste, se justificare el delito, se reemplazará el elector por otro sorteo hecho en la forma que queda prevenida: lo mismo se practicará, si la suerte hubiere recaído en los exceptuados por el artículo anterior.”.

De esta manera se establecían los requisitos de quienes podían sufragar, y al mismo tiempo la regla general para impedir el ejercicio de ese derecho por la pérdida o suspensión de la ciudadanía. Lo anterior hace que la regla deba integrarse con la prevista en el artículo 15 y 16 los que establecen causales de pérdida y suspensión respectivamente:

“Art. 15. Pierden la ciudadanía:

1.o Los que adquieran naturaleza en país extranjero.

2.o Los que admitan empleo de otro Gobierno.

3.o Los que son condenados a pena aflictiva o infamante, si no obtienen rehabilitación.

4.o Los que residiesen cinco años continuos fuera de Chile, sin licencia del Gobierno.

Art. 16. La ciudadanía se suspende:

1.o En virtud de interdicción judicial, por incapacidad moral o física.

2.o En el deudor quebrado.

3.o En el deudor a los caudales públicos.

4.o En el sirviente doméstico asalariado.

5.o En el que no tiene modo de vivir conocido.

6.o En el que se halla procesado criminalmente.”.

Ahora se incorporan mas criterios, como la falta de permanecía en el país sin permiso del Estado, o aceptar el empleo de gobierno extranjero. Sin embargo, se consolida en este punto la exclusión del condenado a pena aflictiva y la suspensión de

aquel que se encuentra procesado criminalmente. Es en este texto constitucional que se manifiesta de forma mas clara la exclusión basada en un criterio moral, especialmente de aquel que se encuentra sometido a un proceso criminal, pues este es el último numeral de la suspensión de la ciudadanía, lo que al menos podría dar a entender que es menos importante que aquel “deudor quebrado” o el que “no tiene modo de vivir conocido”. Sin embargo, debemos destacar el reconocimiento del proceso de rehabilitación, el que al parecer no tendría límite alguno.

La Constitución de 1823, mantuvo criterios de carácter patrimonial para obtener la ciudadanía agregando el requisito genérico de la edad, que se fijó en 21 años o por el hecho de haber contraído matrimonio. Es decir, es ciudadano el que teniendo 21 año o habiendo contraído matrimonio además cumple con las exigencias patrimoniales o de empleo⁸⁸.

La pérdida o suspensión de la ciudadanía se estableció en los artículos 12 y 13, manteniendo en gran parte los criterios del texto constitucional anterior, pero con una modificación no menor, los condenados no pierde la ciudadanía, sino que solo se les suspende quedando de esta forma en iguales condiciones con el que se encuentra sometido a un proceso criminal. De esta forma el texto constitucional establecería:

⁸⁸ Art. 11. Es ciudadano chileno con ejercicio de sufragio en las asambleas electorales, todo chileno natural o legal que habiendo cumplido veintiún años, o contraído matrimonio tenga alguno de estos requisitos:

- 1.o Una propiedad inmueble de doscientos pesos.
- 2.o Un giro o comercio propio de quinientos pesos.
- 3.o El dominio o profesión instruída en fábricas permanentes.
- 4.o El que ha enseñado o traído al país alguna invención, industria, ciencia o arte, cuya utilidad apruebe el Gobierno.
- 5.o El que hubiere cumplido su mérito cívico.
- 6.o Todos deben ser católicos romanos, si no son agraciados por el Poder Legislativo; estar instruídos en la Constitución del Estado; hallarse inscritos en el gran libro nacional, y en posesión de su boletín de ciudadanía, al menos desde un mes antes de las elecciones: saber leer y escribir desde el año de mil ochocientos cuarenta

“Art. 12. Se pierde la ciudadanía:
1.o *Naturalizándose en países extranjeros.*
2.o *Admitiendo empleo de otro Gobierno sin permiso del Senado*
3.o *Por excusarse sin causa suficiente al desempeño de alguna comisión encargada por los primeros poderes del Estado.*
4.o *Por quiebra fraudulenta.*

Art. 13. Se suspende la ciudadanía:
1.o *Por condenación a pena aflictiva, o infamante, interin no se obtenga rehabilitación.*
2.o *Por ineptitud física o moral que impida obrar libre y reflexivamente.*
3.o *Por ser deudor fiscal constituido en mora.*
4.o *Por falta de empleo, o modo de vivir conocido.*
5.o *Por la condición de sirviente doméstico.*
6.o *Por hallarse procesado criminalmente.*
7.o *Por habitud de ebriedad o juegos prohibidos: hecha la declaración de los defectos de éste y el anterior artículo un mes antes de las elecciones y por autoridad competente.”.*

Si bien puede ser considerado una mejora respecto de la regulación anterior, se presenta el problema de la equiparación del efecto respecto de dos situaciones que son naturalmente distintas. Respecto de quien se encuentra en un proceso criminal nada podríamos decir sobre su idoneidad moral, salvo el prejuicio implícito en el hecho de verse involucrado un procedimiento que desde siempre ha tenido como protagonistas a las clases menos acomodadas de la sociedad. Distinto es el caso del condenado, respecto del cual, el Estado ha hecho un juicio de reproche. Si bien se mantiene el criterio centrado en la idoneidad moral, al menos respecto de este último existe una declaración institucional a propósito del comportamiento no deseado de quien es condenado.

Con la dictación de la Constitución de 1928, se mantuvo el criterio al menos sistemático de regular estos requisitos en artículos consecutivos bajo el título de “los Chilenos”. Mantiene a si mismo el criterio de la edad sumado al patrimonial o de

oficio para poder acceder al derecho a sufragio⁸⁹. En lo que respecta a la pérdida o suspensión marca una diferencia con su predecesora, agravando la consecuencia de la condena. Refiriéndose el texto en los siguientes términos:

“Art. 8.o Se suspende la ciudadanía:

- 1.o Por ineptitud física o moral, que impida obrar libre y reflexivamente.*
- 2.o Por la condición de sirviente doméstico.*
- 3.o Por deudor del Fisco declarado en mora.*

Art. 9.o Se pierde la ciudadanía:

- 1.o Por condena a pena infamante.*
- 2.o Por quiebra fraudulenta.*
- 3.o Por naturalizarse en otro país.*
- 4.o Por admitir empleos, distinciones o títulos de otro Gobierno sin especial permiso del Congreso.*

Los que, por alguna de las causas comprendidas en los cuatro números anteriores, hubiesen perdido la ciudadanía, podrán obtener rehabilitación.”.

La Constitución de 1833, da un salto en materia de requisitos para la ciudadanía, al eliminar las referencias al patrimonio u oficio, dejando únicamente la regla de mayoría de edad, sumado al requisito de saber leer y escribir y la inscripción en los registros electorales del departamento respectivo⁹⁰.

⁸⁹ Art. 7.o Son ciudadanos activos:

1.o Los chilenos naturales que, habiendo cumplido veintiún años, o antes si fueren casados, o sirvieron en la milicia, profesen alguna ciencia, arte o industria, o ejerzan un empleo, o posean un capital en giro, o propiedad raíz de qué vivir.

2.o Los chilenos legales, o los que hayan servido cuatro años en clase de oficiales en los ejércitos de la República.

⁹⁰ Art. 8º Son ciudadanos activos con derecho de sufragio los chilenos que hubieren cumplido veintiun años de edad, que sepan leer i escribir i estén inscritos en los registros electorales del departamento.

Estos registros serán públicos i durarán por el tiempo que determine la lei.

Las inscripciones serán continuas i no se suspenderán sino en el plazo que fije la lei de elecciones.

En lo que respecta a la suspensión o pérdida de la ciudadanía, se retoma el requisito de la suspensión de la ciudadanía por proceso criminal, pero se restringe a aquellos casos en que la pena que pudiese imponerse sea aflictiva o infamante. Así lo regulan los artículos 10 y 11:

“Art. 10. Se suspende la calidad de ciudadano activo con derecho de sufragio:

1º Por ineptitud física o moral que impida obrar libre i reflexivamente;

2º Por la condición de sirviente doméstico.

3º SUPRIMIDO.

4º Por hallarse procesado como reo de delito que merezca pena aflictiva o infamante.

Art. 11. Se pierde la ciudadanía:

1º Por condena a pena aflictiva o infamante;

2º Por quiebra fraudulenta;

3º Por naturalización en país extranjero;

4º Por admitir empleos, funciones, o pensiones de un Gobierno extranjero sin especial permiso del Congreso.

5º SUPRIMIDO.

Los que por una de las causas mencionadas en este artículo hubieren perdido la calidad de ciudadanos, podrán impetrar rehabilitación del Senado.”.

La Constitución del 1925 trajo como novedad la modificación de la mayoría de edad para poder ejercer el derecho a votar, fijándola ahora en 18 años y manteniendo únicamente el requisito de inscripción⁹¹.

En lo que se refiere a la suspensión o pérdida de la ciudadanía, se mantiene la constante sobre la circunstancia de condena y sometimiento a proceso criminal, estableciendo en el primer caso como consecuencia la pérdida de la ciudadanía, pero con posibilidad de rehabilitación por parte del Senado de la República. De esta forma se indican tales circunstancias en el artículo 8º del texto constitucional:

⁹¹ ART. 7. Son ciudadanos con derecho a sufragio los chilenos que hayan cumplido 18 años de edad y estén inscritos en los registros electorales.

*“ART. 8. Se suspende el ejercicio del derecho a sufragio:
1º Por ineptitud física o mental que impida obrar libre y reflexivamente, y
2º Por hallarse procesado el ciudadano como reo de delito que merezca pena
aflictiva.
Se pierde la calidad de ciudadano con derecho a sufragio:
1º Por haber perdido la nacionalidad chilena, y
2º Por condena a pena aflictiva. Los que por esta causa hubieren perdido la
calidad de ciudadano, podrán solicitar su rehabilitación del Senado.”*

La Constitución actualmente vigente, mantuvo básicamente el mismo sistema de regulación de la ciudadanía basado en el cumplimiento de requisitos objetivos como la edad, y con la incorporación de la inscripción automática quedo derogado el requisito de la inscripción previa, quedando entonces como requisitos objetivos el cumplimiento de la mayoría de edad y la ausencia de condena a pena aflictiva⁹².

Se vuelve a regular en artículos separados, las causales de suspensión del derecho a sufragio y la pérdida de la ciudadanía, manteniendo en general las causales que se venían manifestando desde la constitución de 1833., quedando estas recogidas en los artículos 16 y 17 de la carta fundamental.

*“Artículo 16.- El derecho de sufragio se suspende:
1º.- Por interdicción en caso de demencia;
2º.- Por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista, y
3º.- Por haber sido sancionado por el Tribunal Constitucional en conformidad al inciso séptimo del número 15º del artículo 19 de esta Constitución. Los que por esta causa se hallaren privados del ejercicio del derecho de sufragio lo recuperarán al término de cinco años, contado desde la declaración del Tribunal. Esta suspensión no producirá otro efecto legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso séptimo del número 15º del artículo 19.*

Artículo 17.- La calidad de ciudadano se pierde:

⁹² Artículo 13.- Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva.

*1º.- Por pérdida de la nacionalidad chilena;
2º.- Por condena a pena aflictiva, y
3º.- 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.
Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal indicada en el número 2º, la recuperarán en conformidad a la ley, una vez extinguida su responsabilidad penal. Los que la hubieren perdido por las causales previstas en el número 3º podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez cumplida la condena.”.*

Se mantiene entonces la constante de la condena como causal de pérdida de la ciudadanía, y el estar involucrado en un proceso criminal. Hasta antes de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, el derecho a sufragio debía suspenderse con la dictación del auto de procesamiento, hoy aquella resolución no está contemplada y se estimó que la actuación que debía ser considerada como su homóloga era la acusación. Sin embargo, aquella homologación no es del todo correcta pues en el primer caso es una resolución judicial, en el segundo es una decisión administrativa de un organismo autónomo constitucionalmente, el Ministerio Público, que actúa a través del Fiscal de la causa respectiva; no es necesario tener antecedentes que funden el hecho y la participación para poder acusar, pues aquel requisito que si se encontraba presente en el auto de procesamiento, no existe en la acusación. Basta entonces la mera voluntad del Ministerio Público aun con antecedentes mínimos, para producir el efecto suspensivo.

Podemos afirmar que desde la Constitución de 1822, ha sido una constante el reconocimiento del efecto de pérdida de la ciudadanía o la suspensión del derecho a voto de aquel condenado por causa criminal o sometido a proceso o acusado en causa criminal, surgiendo ésta causal junto con aquellas de contenido moral, como “los que no tiene modo de vivir conocido” (Constitución de 1822) o “la ineptitud física y moral” (Constitución de 1828 y 1925) o el que quiebra fraudulentamente (Constitución 1833). Solo con el texto constitucional de 1980, todas aquellas causales basadas exclusivamente en criterios morales fueron excluidas, excepto la condición de acusado (el antiguo procesado en causa criminal) y al condenado a pena aflictiva, además de

aquel condenado por determinados delitos considerados particularmente graves como terrorismo y los relacionados con el tráfico de drogas.

De esta forma, podemos afirmar la presencia una tendencia a ampliar al número de personas que pueden ser considerados ciudadanos, fijando los requisitos en un mínimo y a la vez reduciendo las causales de pérdida o suspensión. Sin embargo, también podemos afirmar como una constante la consideración del vínculo del sujeto con el sistema criminal para determinar su calidad de ciudadano, y como consecuencia de ello, el reconocimiento de su derecho a sufragar.

2.- DEL FUNDAMENTO DE LA SUSPENSIÓN O PÉRDIDA DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS CONDENADOS EN PROCESOS CRIMINALES.

La mirada hacia la evolución histórica sobre la de la suspensión o pérdida de los derechos políticos por la condena en procesos criminales permite sostener que ello ha sido una constante, que nos ha acompañado desde las primeras formas de organización del Estado, el menos en Chile, y ha sido recogida en todas las Constituciones posteriores. Parecería entonces que el fundamento de la exclusión, de los condenados por causas criminales, de la vida política de la comunidad tiene un fundamento histórico, una razón replicada a través del paso del tiempo y que llega hasta hoy nuevamente replicada por la carta fundamental. Lo anterior hace que a lo menos se intuya que la propuesta de fundamento histórico es insuficiente si se mira con mayor detención el origen de esta.

El reglamento de aprobación el texto de 1818, excluía aquellos que estuviesen involucrados en procesos criminales por dos delitos. El primero de ellos corresponde al delito de infidencia que consistían en la destrucción, apropiación o divulgación de

información militar importante y que perjudica a la Nación, es un delito eminentemente militar. El segundo es el delito de sedición, que resulta ser también un delito militar, es decir que solo puede ser cometido por militares que sanciona al que se niega seguir las ordenes de su superior o se rehúse a cumplir sus deberes militares. Ambos delitos sólo pueden ser cometidos entonces por militares que no están de acuerdo con las instrucciones impartidas por sus superiores jerárquicos, y que por el propio contexto histórico de la dictación del texto de 1818 tiene sentido excluir a aquellos que en medio del proceso de establecimiento de los primeros gobiernos independientes, no tengan este ánimo “patriótico” e “independentista”, pues pondrían en riesgo precisamente el proceso y por que en estos casos, los hechos por los cuales son enjuiciados son de aquellos que afectan al Estado. Consideramos pues, que en esta primera regulación, prima un concepto tradicional de “enemigo” para excluir a quienes se encuentran en procesos criminales que afectan al Estado.

Sin embargo, en las posteriores Constituciones ya no se hace referencia a un delito en específico, a excepción claro de la Constitución actualmente vigente, la que al igual que el primer texto constitucional, tiene un contexto político de instalación de un gobierno durante de un periodo de dictadura, en que la oposición política desarrolló formas de actuación que fueron consideradas como conductas terroristas y ello explica la referencia al delito. La falta de referencia aun delito en específico y la preferencia por la pena impuesta, da cuenta que lo relevante al momento de definir las consecuencias políticas, ya no es la naturaleza particular del delito sino, en principio la gravedad del mismo, por eso la consideración de un apena afflictiva o infamante. Lo anterior viene a reforzar la apreciación de que no basta una fundamentación histórica de la exclusión.

Queda entonces una segunda vía de fundamentación, como consecuencia necesaria de la imposición de una pena penal y como pena penal en sí, es decir, dentro del ordenamiento jurídico se establece como consecuencia de la imposición de una pena penal afflictiva o infamante, la pérdida del derecho a voto, una especie de comiso de los

derechos políticos por el acto jurisdiccional de la condena. En la segunda hipótesis la pérdida del derecho a voto es la reacción estatal a la conducta antijurídica y culpable declarada en la condena, por lo que el fundamento de aquella pérdida de derechos debe buscarse en el mismo lugar que todas a las penas y aquello dependerá de que fin le otorguemos a la misma. Sin embargo, esta vía lleva a contestar la pregunta del para qué se pierden los derechos y no necesariamente el por qué se pierde el derecho a voto frente a la condena penal.

Por último, es posible fundar la exclusión del condenado en la valoración moral del mismo, considerando desde luego que existe una especie de inidoneidad moral del ciudadano que no ha sido condenado a una pena aflictiva, la regla entonces es una de valoración moral, que establece un baremo de aquellos que ostentan la dignidad necesaria para participar en los procesos democráticos a través de los procesos electorarios y la formación de la voluntad general. La existencia de la exclusión del condenado es entonces una afirmación de la pérdida de una especie de dignidad necesaria para ser considerado como miembro de la comunidad política, pues para pertenecer a ella es necesario cumplir con la condición de irreprochabilidad de nuestras conductas. En definitiva, es el llamado a los píos a participar de la formación de la voluntad general, voluntad que debe mantener aquella dignidad que de alguna forma es traspasada por aquellos inmaculados.

Pese a que con el paso de los años las distintas restricciones basadas en la idoneidad moral del ciudadano fueron desechadas, la exclusión por condena se mantuvo, generando una contradicción entre el desarrollo del derecho a voto en cuanto a su universalidad y expansión a la mayor cantidad posible de ciudadanos y la restricción de una parte de la población de un Estado basado en la propia decisión del Estado, manifestada en un órgano del Estado que dicta una sentencia que tiene además el efecto de quitarle un derecho considerado fundamental. Es entonces el propio Estado a través

de la actuación de sus órganos, que aporta a la exclusión de cierta clase de ciudadanos, los condenados.

El fundamento de idoneidad moral para poder participar de la comunidad política tiene un sesgo de clase que parece imposible de pasar por alto si se considera el estrato social que comparten la mayoría de los condenados a penas aflictivas en Chile. No es una novedad, ni debe sorprender, que la inmensa mayoría de quienes pasan por el sistema penal provienen de los sectores económicos más desposeídos y vulnerables. Desde este prisma, la regla de exclusión opera entonces como la antigua regla del oficio, de la renta o de la propiedad, excluyendo a aquellas capas sociales que no cuentan con los medios o las condiciones para satisfacer la condición de ingreso.

Para evitar esta crítica discriminatoria de la exclusión de los condenados, podría argumentarse que es una regla de protección de la propia democracia, pues al excluir a aquellos que han hecho de su actividad principal la comisión de delitos graves, de ahí que sólo se consideren las penas aflictivas, se impide que éstos puedan influir además en el sistema político, protegiéndolo de las posibles presiones que recibirían los representantes al depender su elección de los que consideramos indignos, carentes de moral y además peligrosos para el sistema democrático. Pero dicha afirmación importa tener por cierto un supuesto que debe rechazarse al a luz de las estadísticas que informan las instituciones encargadas de atender a la población penal⁹³, esto es que el sistema democrático no puede auto protegerse incluso de aquellos que siendo electores o elegidos no son respetuosos de las leyes, cuestión que es absolutamente equivocada, pues aquellos que resultan condenados siempre serán una minoría frente a aquellos ciudadanos que no tiene dicha condición, por lo que el sistema político se mantendría

⁹³ De acuerdo a la información publicada por gendarmería a junio de laño 2019 el total de población penal atendida es de 141.082 personas, mientras que el padrón electoral definitivo en Chile del año 2017 es de 14.308.151 de personas, según lo publicado por el Servicio Electoral

protegido por las mayorías. Además, parece ser aún más peligroso un representante no respetuoso de las leyes que un elector no respetuoso de las leyes.

3.- HIPÓTESIS PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL SOBRE LA PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS.

La regla general de exclusión recogida en la CPR, tanto en su versión de suspensión como de pérdida de los derechos políticos, tiene un correlato en diversas disposiciones del Código Penal Chile, el cual amplía la regla Constitucional, pues afecta a un grupo de ciudadanos condenado a penas no aflictivas.

El artículo 21 del Código Penal establece la escala general de penas, es en esta escala que la pérdida de derechos políticos aparece dentro de aquellas penas asociadas a los crímenes, es decir, aquellas cuya duración es superior a 5 años. Se establece de esta forma como una pena de crimen la “Inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares”.

Pareciera ser de esta forma que el Código Penal pone un supuesto diferente al texto constitucional ,pues establece como pena la inhabilitación absoluta perpetua para de derechos políticos para aquellas penas superiores a cinco años a diferencia del criterio Constitucional de pena aflictiva que corresponde a penas superiores a tres años, sin embargo debe entenderse esta regla como un catalogo general de penas, es decir como una pena que es considerada por el Código como sanción posible ante eventuales condenas y que en el caso que la inhabilitación sea perpetua, debe considerarse esta pena como pena de crimen, asunto que tiene relevancia especialmente al momento de dar aplicación a la institución de la prescripción penal.

Continúa el Código Penal en el artículo 22⁹⁴ con la regulación de las penas accesorias, en las que se considera expresamente la pérdida de los derechos políticos, no sólo en los casos de penas de crimen sino además en los simples delitos que la pena impuesta en ellos, trae aparejada además la pérdida de aquellos derechos, aun cuando la ley no la imponga especialmente, es decir la suspensión viene ligada a la imposición de una pena aun cuando en la oferta punitiva no lo establezca expresamente, siendo una especie de regla general en la imposición de la pena.

Estas reglas están recogidas en los artículos 27, 28 y 29 del CP. El primero de ellos establece la duración de la inhabilitación de los derechos políticos por el tiempo de vida del condenado a penas perpetuas⁹⁵. El artículo 28, regula las penas mayores, es decir aquellas que son superiores a 5 años caso en el cual, la inhabilitación de derechos políticos también es perpetuo⁹⁶. Por último el artículo 29 hace referencia a las penas menores en su grado máximo, es decir, penas inferiores a 5 años y mayores de 3 años, caso en el que la inhabilitación también tiene el carácter de perpetuo⁹⁷

El Código Penal entrega la definición legal de pena aflictiva señalando en el artículo 37 que "Para los efectos legales se reputan aflictivas todas las penas de

⁹⁴ Art. 22. Son penas accesorias las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras penas las lleven consigo.

⁹⁵ Art. 27. Las penas de presidio, reclusión y relegación perpetuos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida de los penados y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máximo que establece este Código

⁹⁶ Art. 28. Las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

⁹⁷ Art. 29. Las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

crímenes y, respecto de las de simples delitos, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos.”, es decir toda pena superior a 3 años, dotando de contenido a la regla constitucional.

El Código, a continuación regula el efecto de la pena de inhabilitación de los derechos políticos, señalando que dicha pena produce la “privación de todos los derechos políticos activos y pasivos y la incapacidad perpetua para obtenerlos.”⁹⁸. Luego, señala qué se debe entender por estos derechos políticos: “Los derechos políticos activos y pasivos a que se refieren los artículos anteriores, son: la capacidad para ser ciudadano elector, la capacidad para obtener cargos de elección popular y la capacidad para ser jurado”⁹⁹.

Por último, sólo a propósito de la sanción del delito de prevaricación en el Código Penal, es que aparece expresamente contemplada la pena de pérdida de los derechos políticos¹⁰⁰

El Código Penal viene a concretar la norma constitucional, a través de una clausula general de perdida de derechos políticos por condena considerando esta última como una pena accesoria para todas aquellas condenas que superen los 3 años, de conformidad a lo señalado por el artículo 22 del mismo texto legal, y sólo considera una

⁹⁸ Art. 37 CP.

⁹⁹ Art. 42 CP.

¹⁰⁰ Art. 223. Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados:

1° Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil.

2° Cuando por sí o por interpuesta persona admitan o convengan en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar de hacer algún acto de su cargo.

3° Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos

hipótesis de aplicación expresa, la que podría justificarse en la pena que se indica la que podría considerarse por debajo del mínimo establecido para dar aplicación a la regla general.

4.- SANCIÓN, CONSECUENCIA O EFECTO.

El concepto de pena dependerá necesariamente de la posición que se adopte frente a las distintas explicaciones sobre la legitimación de la imposición de la misma o teoría de la pena que se adopte, por lo que resulta en extremo difícil proponer un contenido pacífico de la misma, tanto así que incluso algunos señalan que tampoco es posible utilizar "las teorías" de la pena, pues ellas no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el "ser" de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?"¹⁰¹. Sin embargo, lo anterior debe ser considerado más como una advertencia previa al estudio del asunto, que una dificultad.

Así, podríamos decir que penas son "motivos sensibles, porque la experiencia ha demostrado que la multitud no adopta principios estables de conducta, ni se aleja de aquella innata general disolución, que en el universo físico y moral se observa, sino con motivos que inmediatamente hieran en los sentidos, y que de continuo se presenten al entendimiento, para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que se oponen al bien universal"¹⁰². O bien siguiendo el principio de *nulla poena sine crimine* afirmar que "La pena, según este principio formulado nítidamente en las célebres definiciones de Grocio, Pufendorf y Thomasiaus, es una sanción infligida ob malum actionis, o antegressi delicti, o propter delictum, esto es, aplicable cuando se haya

¹⁰¹ BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal, Parte General. Edit. Hammurabi, Buenos Aires 1999, pág. 31

¹⁰² BECCARIA, César, "Tratado de los Delitos y las Penas", Edit. Heliasta, Argentina 1993, pág. 59

cometido un delito, que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica”¹⁰³.

El concepto de sanción asociado a la pena aparece en una primera aproximación como autoevidente, es decir, que podría ser la pena sino la sanción al quebrantamiento de la norma, a la defraudación de la expectativa sobre el sujeto normativamente motivado. Sin embargo, dicho análisis sólo alcanza una parte muy inicial del análisis de la pena, esto pues confunde la pena con castigo, no definiendo la esencia de ésta, sino sólo una característica a través del concepto social del castigo. Este castigo necesariamente debe comprenderse como un mal, en contraposición al premio, que comprende un contenido de beneficio para el merecedor del mismo. De esta forma se confunde la naturaleza de la pena con una de sus características, esto es la irrogación de un mal a quien deba soportarla por la conducta desplegada contraria de derecho. Sin embargo, dicha aproximación es incompleta, y por lo tanto inútil en nuestro objetivo, pues resulta parcial y confunde una característica posible del objeto de estudio con el objeto mismo intentando definir este último a través de sus características.

Resulta dudoso, al menos a la luz del sistema de penas chileno, que la pena sea necesariamente la irrogación del un mal si se considera que como respuesta punitiva posible esta la intervención socio-educativa del condenado bajo un régimen de libertad con seguimiento de su caso que además incluye la nivelación de estudios, especialización laboral y tratamiento de adicciones en caso de ser necesario¹⁰⁴. Si bien la respuesta penal es, por regla general la privación de libertad, no es menos cierto que el sistema de penas chileno establece la posibilidad de sustituir la privación de libertad

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Edit Trotta, Madrid 1995, pág. 368.

¹⁰⁴ El modelo de penas sustitutivas vigente y regulado por la Ley N°18216 recoge en los casos de libertad vigilada del condenado modelos de intervención por el tiempo que inicialmente se determinó como pena privativa de libertad que se elaboran a partir de las necesidades del condenado en diversas áreas, determinando las necesidades de intervención de cada uno de los condenados.

por estos programas socio educativos, lo que hace necesariamente eliminar la característica del mal intrínseco en la ejecución de la pena, aun cuando este cumplimiento sustitutivo sea eventual,

En el caso de la pérdida de los derechos políticos, ponemos aún más en duda que este sea un mal irrogado al titular de los derechos que no podrá ejercer, en particular el derecho a voto. El análisis de la imposibilidad de que un miembro de la comunidad se encuentre impedido de participar de la toma de decisiones debe realizarse bajo el prisma del principio democrático del Estado, y en este plano quien se ve afectado realmente por aquella imposibilidad es la comunidad política, tanto o más que el propio titular, pues el derecho a voto solo tiene sentido y relevancia en cuanto es parte de la comunidad. Luego, la exclusión por la pérdida del derecho a voto si bien afecta al sujeto particular al que se le priva de ser escuchado en la asamblea, en cuanto a la manifestación de su autonomía, esta potestad solo es relevante en cuanto a la comunidad y por lo tanto es ella que en definitiva se ve afectada por la exclusión de uno de sus miembros.

Parece ser entonces, que la forma correcta de naturalizar la pena, es como una consecuencia de la comisión del delito, es decir como aquella respuesta asociada a la verificación del supuesto previsto en la ley que es el delito. Sin embargo, la pérdida de los derechos políticos, no están considerados dentro de este modelo, salvo las excepciones que ya hemos visto a propósito de delitos determinados. No existe supuesto típico que determine la pérdida de derechos políticos. El modelo elegido en este punto es a propósito del hecho de la condena, no del delito, por lo que la pérdida de los derechos políticos no puede ser considerada como una consecuencia del delito, sino como un efecto de la condena impuesta en un procedimiento penal y cuya intensidad dependerá del quantum de la pena¹⁰⁵.

¹⁰⁵ CP Art. 27, 28 y 29

Que aquel a quien se le impone una condena y sufre una pena mantenga la condición de ciudadano, es a tal punto relevante que de ello depende la legitimidad de la imposición de la pena misma, pues desde “una justificación democrática de la pena, un sujeto condenado por un hecho punible debe conservar su condición de ciudadano, pues la legitimidad (de las consecuencias) del reproche que se expresa en la pena presupone su reconocimiento como miembro de la comunidad política.”¹⁰⁶

La afirmación anterior se explica no sólo desde una justificación democrática de la pena en cuanto a su legitimidad en el proceso de formación de la ley, el que hemos venido afirmando con anterioridad, sino además en el análisis comunicativo de la acción merecedora de reproche y el efecto comunicativo de la sentencia y la imposición de la pena.

Si consideramos que la sentencia y la ejecución de la pena corresponden actos comunicativos, que resultan de la realización de la conducta del sujeto que son portadoras de un mensaje que tiene como destinatario el sujeto que deberá sufrir la pena es necesario entonces, que ese sujeto sea un receptor válido de esa comunicación. “La pena sólo puede legítimamente imponerse cuando ella se presenta como un mal que expresa la decepción por el quebrantamiento de la confianza en la observancia de la norma de comportamiento (legitimada prospectivamente, como modo de aseguramiento de bienes jurídicos) por parte del sujeto reconocido como agente moral”¹⁰⁷. De esta forma se releva el reconocimiento de quien debe ser sancionado como sujeto perteneciente a la comunidad generadora de la norma. Así, el “reproche de culpabilidad se dirige a la persona de derecho, en tanto destinatario obligado al seguimiento de la norma. Pero este reproche sólo es legítimo bajo la condición de que la persona haya tenido la posibilidad de tomar parte, como ciudadano, en el procedimiento democrático en el cual

¹⁰⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. “Pena y Ciudadanía”, Revista Centro de Estudios de la Justicia N°6 año 2005, pág. 63

¹⁰⁷ MAÑALICH, Ob cit , pág. 74, citando a Kindhäuser, “Personalität, Schuld und Vergeltung”, Goldammer’s Archiv für Strafrecht (1989) pp. 493-507, 502-4.

se establece y se revisa la validez de la norma.”¹⁰⁸. Es en ese contexto que Mañalich señala que la pena como expresión institucional de reproche está condicionada por el mantenimiento del vínculo del sujeto con la norma desautorizada, por lo que el condenado debe seguir siendo ciudadano. De esta forma, la consecuencia prevista en la Constitución para los casos de condenas a penas aflictivas hace imposible la construcción de un derecho penal del ciudadano quedando como única opción un derecho penal del enemigo.

Estando de acuerdo en lo anterior con Mañalich, la mayor consecuencia de la negación de la condición de ciudadano al condenado no radica en la ejecución misma de la condena, sino en la relación post cumplimiento de la condena entre el condenado y el Estado. La aguda observación sobre la necesidad de mantener la condición de ciudadano del condenado como requisito de legitimidad de la pena es solo parcialmente correcta. Es del todo posible sostener que por razones de defensa de la propia democracia (como podría tratarse de los casos de delitos electorales o aquellos que atentan contra la voluntad del pueblo), se estime necesaria la exclusión del sujeto condenado, la legitimidad de esta exclusión de la comunidad política requiere un requisito adicional para mantener la legitimidad de la sanción, este es, la rehabilitación por el sólo cumplimiento de la pena. De esta forma, la pérdida de los derechos políticos solo importa una suspensión, volviendo el condenado la comunidad una vez cumplida la pena, la expectativa en la recuperación de su condición de miembro de la comunidad hace que en definitiva nunca la pérdida y la comunicación en la fase de ejecución de la pena sea entre Estado y ciudadano.

En segundo término, la real dificultad esta en la posición del no ciudadano respecto de las normas que debería entender por obligatorias. Al considerarlo ajeno a la comunidad política, perdiendo entonces la condición necesaria de agente comunicativo y cocreador de la norma, no solo la última de ellas se le aparece como ilegítima en cuanto

¹⁰⁸ MAÑALICH, Ob. Cit. 75

no le es propia, sino que además la imposición de la sanción le aparece como ilegítima en cuanto no destinatario de la regla. De esta forma, el no ciudadano, el privado de sus derechos, y excluido de la comunidad, puede alzarse legítimamente como el “gran objetor”.

Es en esta nueva etapa de relación entre el sujeto que ya no es considerado ciudadano y el Estado la que importa una mayor atención pues se crea un sujeto que por las mismas razones que esgrimimos para establecer la obligatoriedad de los mandatos con expectativas de cumplimiento general, incluso bajo amenaza de un mal, son ahora utilizadas para negar el valor de ellas ante el no ciudadano, alegando entonces su inoponibilidad, por carecer ellos de la legitimidad necesaria. El no ciudadano queda de esta forma fuera del círculo de legitimidad de la comunidad y por lo tanto exento del deber de cumplimiento de estos mandatos, por cuanto le son ajenos al no poder participar de la formación de estos. Esto equivale a excluirlo de los canales de participación democráticos, únicos considerados como legítimos en la formación de la voluntad popular. Y la exclusión de los canales democráticos, hace que aquel que se encuentre fuera, pueda justificar desde su exclusión, la modificación del sistema de la comunidad política por vías distintas, incluida desde luego el uso de la violencia. De esta forma, la pérdida de los derechos políticos deslegitima un segundo llamado a cumplir la norma, la imposición de la pena y crea un germen de violencia al cerrar los canales de participación

CAPITULO IV. SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS CIUDADANOS SOMETIDOS A PRISIÓN PREVENTIVA.

1.- LA EXCEPCIONALIDAD DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CHILE: REQUISITOS Y LÍMITES

Para decretar la prisión preventiva de un ciudadano, deben concurrir copulativamente tres requisitos los que se encuentran establecidos en el artículo 140 del Código Procesal Penal.

El primero de ellos dice relación con la acreditación de la existencia del hecho punible, para cumplir con dicho baremo es necesario que el ente persecutor presente antecedentes suficientes que den cuenta de los elementos del tipo del delito por el cual ha realizado la formalización de la investigación, los que deben dar cuenta de la persona de la víctima y de los hechos acontecidos. El segundo elemento dice relación con la participación del ciudadano en los hechos materia de la formalización. Entiendo que sobre este punto el legislador estableció un estándar superior al presupuesto material de la existencia del delito, pues estableció la exigencia de presunciones fundadas de participación, lo que en términos procesales y de acreditación importa la existencia de dos o más antecedentes no contradictorios entre si y además la ausencia de otro antecedente que ponga en duda la validez de uno de ellos. Sólo en ese escenario es posible tener por acreditado el segundo presupuesto material de la prisión preventiva.

Además, el legislador estableció como tercer requisito la necesidad de cautela, que hoy en día se encuentra muy debilitado por las constantes modificaciones al código¹⁰⁹. En este punto lo relevante del debate se centra en la proporcionalidad y justificación de la privación total de libertad, previa a la realización de un juicio y la declaración de culpabilidad por un tribunal¹¹⁰, en especial a la luz de la modificación constitucional de fecha 17 de agosto del año 1989, que permite la aplicación directa de los tratados internacionales de derechos humanos, vigentes y ratificados por Chile¹¹¹.

El carácter excepcional de la prisión preventiva está determinado por dos aristas. La primera dice relación con los requisitos necesarios que deben cumplirse para decretarla y los límites para su aplicación y duración.

¹⁰⁹ La primera modificación de importancia realizada al Código Procesal Penal en esta materia consistió en la eliminación de la regla que establecía la prohibición de aplicar la prisión preventiva si dentro de la prognosis de pena del delito formalizado, el imputado podría cumplir la eventual sanción bajo un régimen alternativo a la pena privativa de libertad. El segundo gran cambio a este respecto fue la introducción de criterios de peligrosidad que vinieron a objetivar el peligro de la libertad del ciudadano formalizado, estableciendo como criterios, la existencia de condenas previas o encontrarse sometido a medidas cautelares o haber actuado en grupo o pandilla. Sin embargo, entendemos que la intención del legislador jamás fue la de objetivar el riesgo sino ponderar circunstancias que parecían relevantes a la hora de determinar la peligrosidad del ciudadano. Pese a lo anterior la práctica de los jueces de garantía ah tendido la objetivación de las circunstancias, fundando la necesidad de cautela en la concurrencia de los presupuestos establecidos en la regulación del Código, olvidando el debate de la real necesidad de la medida cautelar en comento.

¹¹⁰ En lo que respecta a los fines de la medida cautelar personal, en especial la de prisión preventiva, resulta ilustrativo la contradicción normativa entre los tratados internacionales de derechos humanos, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, y la Constitución Política, pues mientras los primeros regulan la prisión preventiva sólo en la medida que falten garantías de comparecencia al juicio o diligencias o a la eventual ejecución del fallo, la Constitución mantiene la visión heredada del sistema criminal inquisitivo estableciendo además el criterio de peligro tanto para la sociedad como para la víctima

¹¹¹ Esta ley de reforma constitucional modificó el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución dejando su texto de la siguiente manera "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

El primer requisito para decretar la medida de prisión preventiva de en contra de un ciudadano, es que se haya realizado la audiencia de formalización de la investigación, acto de garantía procesal en el que el imputado es informado de los hechos que se le imputan y el grado de participación en los mismos. La regla, en este punto, es de aplicación general para todas las medidas cautelares previstas en el código procesal Penal, es decir, no se puede decretar ninguna medida cautelar sin previa audiencia de formalización. La única excepción la constituye la legislación especial sobre violencia intrafamiliar en al que le juez está facultado para dictar medidas cautelares tendientes a la protección de la víctima, sin formalización previa.

El segundo requisito es el *fumus boni iuris*, recogido por el legislador en la obligación para el solicitante de acreditar dos circunstancias: que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investiga y que existen antecedentes que permitan presumir fundadamente la participación del ciudadano en el delito¹¹².

En lo que respecta al estándar de convicción que debe tener el tribunal para dar por acreditados ambos presupuestos, es más o menos pacífico el hecho de exigir sólo la probabilidad y no la certeza, dilucidando de este modo la posible interpretación por la utilización de la voz “delito”, en cuanto a la exigencia de acreditar además culpabilidad, sosteniéndose que sólo se hace referencia al atipicidad de la conducta¹¹³.

El tercer requisito de la prisión preventiva es el *periculum in mora*, recogido en el código procesal bajo la necesidad de cautela¹¹⁴, estableciéndose la obligación para quien solicita dicha medida de acreditar que existen antecedentes calificados para estimar que el imputado es un peligro para la sociedad o la víctima, o su libertad

¹¹² Artículo 140 letra a) y b), CPP.

¹¹³ En este sentido y más profundamente HORVITZ LENNON-LOPEZ MASLE, “*Derecho Procesal Penal Chileno*”, T 1, Edit. Jurídica de Chile, 2003, pág. 400 y ss.

¹¹⁴ Artículo 140, letra c), CPP

entorpecería o pondría en peligro el desarrollo de la investigación o existe el peligro de que se dé a la fuga.

Solo en el año 2005¹¹⁵ se logra salvar, en parte las contradicciones existentes entre la redacción del artículo que regula la prisión preventiva en el CPP y la Constitución. Sin embargo, esta última aun no recoge la hipótesis de peligro de fuga, que si contempla el código y que fue incorporada el año 2008¹¹⁶, siendo precisamente la redacción del texto constitucional una de las mas cuestionables, por ser abiertamente contraria a la presunción de inocencia y tener como fundamento último meros fines de administración del procedimiento, pues el criterio por sí sólo, tiene como efecto único asegurar la presencia del imputado en las audiencias posteriores, operando solo bajo criterios de eficiencia del procedimiento, superponiendo estas a los derechos fundamentales¹¹⁷.

En lo que respecta a los límites de la prisión preventiva, se establece la improcedencia de dicha medida cautelar en los casos que el delito que se imputa tenga solo aparejadas sanciones de carácter pecuniario o privativas de derechos, se trate de delitos de acción penal privada o se encuentre cumpliendo una pena privativa de libertad. Sin embargo, dichas limitaciones no son absolutas, pues aun encontrándose en dichos supuesto aparece como procedente al prisión preventiva en los casos que el imputado incumpla otras medidas cautelares o la privación de libertad previa esté por cesar¹¹⁸.

En lo que respecta a la duración de la prisión preventiva, sólo se establece el propio límite temporal del procedimiento penal, rigiendo el ideal de ser juzgado en un plazo razonable. Además, el legislador, tímidamente, conjuga ambas circunstancias al

¹¹⁵ Ley 20.050 de 26 de agosto de 2005.

¹¹⁶ Ley 20.253 de 14 de marzo de 2008

¹¹⁷ En este sentido y en mayor profundidad, véase FERRAJOLI. Ob cit.

¹¹⁸ Artículo 141, CPP.

establecer hipótesis en que la cautelar personal analizada debe ser sometida a revisión de oficio por el tribunal de garantía, esto procede cuando han transcurrido más de seis meses desde que se decretó la medida, o el tiempo de privación de libertad supera la mitad de la pena probable del delito imputado¹¹⁹.

Pese a la regulación de carácter excepcional, establecida en el CPP, la práctica de los tribunales de justicia y la política criminal del Ministerio Público, ha hecho de la prisión preventiva una medida cautelar de carácter general en ciertos delitos y para ciertos imputados. Esto se debe a la entrada en vigencia de la ley 20.253 de 14 de marzo de 2008¹²⁰, que establece criterios orientadores de peligrosidad del sujeto investigado, amplía los plazos de detención y flagrancia, y permite la apelación verbal de la resolución que niega la solicitud de la imposición de la medida de prisión preventiva, mejorando de esta manera –a juicio del legislador- el trabajo del Ministerio Público.

¹¹⁹ Artículo 152, CPP.

¹²⁰ También conocida como ley de agenda corta anti delincuencia, aprobada por amplia mayoría en el Congreso Nacional. Los objetivos de la legislación en comento buscaban morigerar la creciente sensación de inseguridad de la población. Sin embargo los datos sobre la comisión de delitos se mantenía la baja, mientras las encuestas de victimización de la época mostraba una sensación de mayor inseguridad. Las críticas fundamentalmente fueron dirigidas a los jueces de garantía quienes son los llamados a resolver sobre la imposición de medidas cautelares, es por ello que se decide incorporar criterios de peligrosidad como la existencia de condenas previas por los mismos hechos o el estar sujeto a otras medidas cautelares en otra investigación vigente seguida en contra del sujeto o estar actualmente cumpliendo una condena. En esa misma línea se facultó al Ministerio Público para deducir recurso de apelación de manera verbal en la misma audiencia en que el juez de garantía rechazaba la prisión preventiva, debiendo el sujeto investigado mantenerse en situación de privación de libertad mientras la Corte de Apelaciones respectiva no resolviera la procedencia de la medida cautelar en cuestión. Este punto es particularmente polémico e incluso estuvo a punto de no ser parte de la ley en comento pues durante el trámite de constitucionalidad de la ley, el Tribunal Constitucional estuvo por declarar constitucional la modificación legal por 5 votos contra cuatro, destacando el voto de minoría que la privación de libertad del sujeto investigado no se ajustaba a derecho en el entendido que el periodo de privación posterior a la interposición del recurso solo obedecía a una decisión de carácter administrativa manifestada por el Ministerio Público, debiendo primar la resolución del juez de la República.

El efecto real de la aplicación de la ley en cuestión, devino en la generalización de la prisión preventiva para el caso de investigación de crímenes, generalizándose la aplicación de la prisión preventiva.

2.- DERECHOS DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD SOMETIDOS A PRISIÓN PREVENTIVA.

¿Qué se pierde –además de la libertad ambulatoria- cuando se decreta la medida de prisión preventiva? La respuesta, debiese, necesariamente afirmar la naturaleza de medida cautelar personal, es decir, sólo la privación total de libertad ambulatoria, sin afectación del ejercicio de otros derechos, sin perjuicio de aquellos actos que importan un ejercicio de un derecho que tienen como presupuesto el ejercicio de la libertad.

Se puede, incluso, afirmar que el hecho de encontrarse en prisión preventiva, el ciudadano adquiere nuevos derechos por la circunstancia de estar sometido al régimen cautelar de privación de libertad. Es así, como se establece como derecho el cumplimiento de dicha medida en el domicilio del ciudadano en los lugares públicos destinados para ese objeto¹²¹, es decir solo puede cumplirse la prisión preventiva en los recintos públicos, cárceles, resguardados por Gendarmería de Chile, quedando absolutamente prohibido el cumplimiento discrecional en cualquier otro recinto¹²². Tiene derecho a solicitar su libertad, la que debe ser resuelta por el tribunal de garantía

¹²¹ Artículo 19 n° 7 inc., letra d) CPR.

¹²² Sin perjuicio de lo antes señalado, es posible que un ciudadano imputado por un delito cumpla la medida cautelar de prisión preventiva en recintos asistenciales. Ello ocurre, en la práctica, cuando a petición del Ministerio Público, la audiencia de formalización se realiza en dependencias del recinto asistencial, el que puede ser público o privado, pues la salud de quien será formalizado le impide concurrir al tribunal de garantía, y en dicha audiencia se decreta la prisión preventiva, esta comienza a regir en ese instante cumpliéndose en el recinto de salud donde se encuentra el imputado, el que solo será trasladado a dependencias de Gendarmería de Chile una vez que el médico tratante autorice el traslado del enfermo.

respectivo y eventualmente por la Corte de Apelaciones respectiva¹²³; tiene derecho a comunicarse privadamente con su abogado¹²⁴; a tener las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del lugar de detención¹²⁵, a sus expensas, y a recibir visitas ya comunicarse por escrito o por cualquier otro medio¹²⁶.

Lo anterior sólo refleja, en parte la batería de derechos y garantías reconocidos expresamente en la Constitución el Código Procesal Penal. Sin embargo, pareciera ser evidente que el sujeto sometido al régimen de prisión preventiva mantiene los mismos derechos de los que fuera titular antes de la imposición de la medida cautelar. No hay norma expresa que prive de derecho político alguno por la imposición de la medida cautelar en cuestión, más allá, insisto, en el ejercicio material de algunos derechos que tiene como presupuesto el ejercicio de la libertad ambulatoria y desde luego la libertad ambulatoria en sí misma. De este modo, y dentro del ámbito que convoca este análisis, el ejercicio de los derechos políticos no cede ante la resolución que decreta la prisión preventiva de un ciudadano.

Sustenta lo anterior la norma constitucional que regula la suspensión del derecho a sufragio en aquellos casos en que el Ministerio Público ha presentado acusación en contra del imputado por delito que merezca pena aflictiva¹²⁷, como un adelantamiento de los efectos constitucionales previstos para el caso de una condena¹²⁸.

Sólo la acusación del Ministerio Público produce el efecto de suspender el ejercicio del derecho a sufragio. Dos cuestiones que llaman la atención de la norma en

¹²³ Artículo 94, letra d) CPP.

¹²⁴ Artículo 94, letra f) CPP.

¹²⁵ Artículo 94, letra g) CPP.

¹²⁶ Artículo 94, letra h) CPP.

¹²⁷ Artículo 16 n° 2 CPR.

¹²⁸ Artículo 17 n° 2 CPR.

comento. La primera de ellas dice relación con la suspensión solo del derecho a sufragio y no el derecho de acceder a los cargos de elección popular, es decir, es posible que un acusado mantenga al mismo tiempo la calidad de candidato pero no pueda participar a la vez como elector. Lo segundo es que la suspensión del derecho a sufragio tenga como fundamento material la decisión administrativa del órgano persecutor y no en la resolución de un órgano jurisdiccional. Luego, la suspensión de un derecho constitucional de la relevancia del derecho a participar como votante en los procesos electorarios depende de la discrecionalidad del fiscal a cargo del caso y no del análisis jurídico entregado a los tribunales de justicia.

La explicación de tan curioso fenómeno en que un acto procesal de parte y no una resolución judicial, prive de derechos constitucionales radica en la antigua norma¹²⁹ que hacía referencia al casi olvidado auto de procesamiento, el cual le daba el mismo efecto que la norma constitucional actual a la presentación de la acusación. La diferencia estriba en que el auto de procesamiento es una resolución judicial, en principio fundada, mientras que, tal como se señalara precedentemente, la presentación de la acusación por parte del Ministerio Público sólo importa un acto procesal de parte.

El escenario complejo está determinado por el período de tiempo que media entre la prisión preventiva y la presentación de la acusación por parte del Ministerio Público. No hay norma alguna que impida el ejercicio de los derechos políticos del imputado preso.

La situación anterior no requiere de un análisis hermenéutico profundo para llegar a la conclusión planteada. La norma en comentario es clara y no admite otra interpretación, sin embargo, cede ante la brutal realidad de la imposibilidad material de sufragar,

¹²⁹ El antiguo artículo 16 de la CPR fue modificado por la ley 20.050, publicada el 26 de agosto de 2005.

determinada a su vez por la falta de previsión sobre procedimientos para el ejercicio de este derecho de quienes se encuentran en los centro de detención. Además debo agregar la sospecha, del inexistente interés de las autoridades administrativas a cargo de la custodia de los imputados presos, la falta de interés de las autoridades políticas y la falta de interés de quienes representan los intereses de estos imputados en el proceso penal.

El adelantamiento del efecto de la pérdida de la ciudadanía en la arista del derecho a sufragio, por el hecho –insisto en el punto del acto discrecional del un órgano administrativo en desmedro de una resolución judicial- de la presentación de la acusación, merece los mismo reparos que recaen sobre la pérdida de la ciudadanía una vez condenado el ciudadano a una pena aflictiva. Si para la imposición de la pena es necesario que quien al reciba sea miembro de nuestra comunidad política y ese vinculo político está determinado por la posibilidad de participación en la toma de decisiones a través de la representación, como requisito de legitimidad de la pena, en cuanto determinante del penado como receptor comunicativo válido, con mayor razón deben mantenerse la categoría de ciudadano en su doble faz de sufragio y candidato, por cuanto es el procedimiento penal en sí mismo el que legitima lo resuelto por la sentencia. Luego, el trato que debe recibir quien es sujeto de investigación, acusación y posterior condena debe mantenerse en la categoría de ciudadano.

La aplicación de la suspensión del derecho a sufragio a los imputados acusados, y en particular a quienes se encuentran en prisión preventiva, necesariamente entra en conflicto con el principio de presunción de inocencia, pues de una parte se exige el trato de inocente a toda persona que se vea imputada de un delito, mientras no recaiga sobre ella sentencia que lo declare responsable del mismo, y de otra se le trata como condenado a pena aflictiva en cuanto es excluido del canal de participación democrática por antonomasia.

Este adelantamiento de efectos constitucionales, parciales, de la pena ni siquiera tiene como exigencia cumplir con los requisitos generales de las medidas cautelares, las que en esencia están comprendida por la privación o restricción de un derecho que en su mayoría es referido a la libertad ambulatoria. Si bien no se puede afirmar la pertenencia de este efecto constitucional de la acusación o adelantamiento de los efectos parciales de la pena la categoría de medida cautelar, no es menos cierto que comparte características de aquellas, en especial el hecho de representar en parte el adelantamiento de la pena o efectos de la imposición de la misma mientras aun se encuentra pendiente la resolución del conflicto penal. Puede darse el caso absurdo, como de hecho ha ocurrido, en que un ciudadano haya sido formalizado sin que el tribunal de garantía decreta medidas cautelares de ningún tipo, pues no se acredita el presupuesto material del delito, es decir los elementos que configuran el mismo o la participación del imputado en él, y que pese a ello, el Ministerio Público decide presentar acusación de todos modos. ¿En dónde, entonces, se encuentra la legitimación de la suspensión del derecho a sufragio?, ¿Qué permite excluir al acusado –inocente aún- del proceso de toma de decisiones?, ¿pérdida de calidad moral?, ¿o simplemente es el resultado de una modificación constitucional que no considero estos problemas?.

El problema nuclear, tal como se expuso previamente, está circunscrito a los ciudadanos privados de libertad sometidos a prisión preventiva y que no han sido acusados. En el apartado siguiente intentaremos explicitar el problema y examinar las soluciones legales establecidas.

3.- DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA DEL EJERCICIO DEL DERECHO A VOTO. SOLUCIONES LEGALES

De lo expresado anteriormente se puede afirmar que quien se encuentra sometido a prisión preventiva y no ha sido acusado aún, mantiene absolutamente vigentes sus derechos políticos y en el caso del derecho a voto se encuentra obligado a ejercerlo¹³⁰, a menos que se encuentre fuera del país o a más de doscientos kilómetros del lugar de votación en que le corresponde emitir su voto o se encuentre enfermo, o le afecte otro impedimento grave que le impida ejercer su derecho, cuestión que debe ser acreditada ante el juez de policía local¹³¹ de la comuna en que debe sufragar.

Las sanciones a las que se expone el ciudadano en prisión preventiva no acusado que no ejerce su derecho a sufragio van de una a tres unidades tributarias mensuales.

No parece razonable que quien se encuentra en prisión preventiva y no concurra al local de votación para cumplir con su obligación cívica, sea además sancionado por el hecho de no cumplir con dicha obligación. Pareciera ser que en este caso todos los ciudadanos que se encuentran en la situación descrita estarían comprendidos en la hipótesis exculpatoria de “impedimento grave”. Sin embargo, respecto ellos es imposible cumplir con el procedimiento establecido en la propia ley para justificar dicho impedimento grave pues se encuentran privados de libertad. Luego, no cabría posibilidad alguna de no sancionar a estos ciudadanos por el incumplimiento del deber de sufragar.

No hay norma alguna en la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones populares y escrutinios que regule la situación de los ciudadanos privados de libertad que no

¹³⁰ LOC Sobre Votaciones Populares y Escrutinios, artículo 139

¹³¹ LOC Sobre Votaciones Populares y Escrutinios, artículo 139

pueden ejercer su derecho a voto, pues no están exentos de dicha obligación, ni pueden justificar su incumplimiento acreditando un impedimento grave.

Pese a lo anterior, no puede considerarse un “impedimento grave” la situación de privación de libertad del ciudadano por resolución judicial como medida cautelar personal, pues tal como explicitáramos anteriormente, no existe otra privación de derecho que la libertad ambulatoria del imputado, pero mantiene todos los derechos que no le son incompatibles con dicha situación. En lo que nos ocupa, el derecho a sufragio es también un deber, de ese modo está regulado en la LOC respectiva, por lo que si es el Estado quien pone al ciudadano en una situación más gravosa para el ejercicio del derecho y cumplimiento del deber, nace con ello la obligación del Estado de facilitar los medios necesarios para el ejercicio de este derecho-deber.

La regulación del ejercicio de los derechos y obligaciones de los privados de libertad está hecha solo a nivel reglamentario a por el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios¹³². Señala como principio rector de la actividad penitenciaria¹³³, el antecedente de que la relación entre el interno –es decir, privado de libertad y residente en un centro de detención dependiente de Gendarmería de Chile- y el Estado, es de derecho público. Esto quiere decir que su “condición es idéntica al a de ciudadanos libres”¹³⁴, dejando, desde luego, fuera los derechos perdidos o limitados por la detención, prisión preventiva o condena.

¹³² En adelante REP. Reglamento promulgado el 22 de mayo del año 1998 y publicado el 21 de agosto del mismo año a través del Decreto 518 del Ministerio de Justicia

¹³³ El reglamento no define qué es actividad penitenciaria, sin embargo determina sus fines primordiales: custodia, atención y asistencia de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados. Asimismo la acción educativa necesaria para la reinserción social

¹³⁴ REP, artículo 2°

Reitera dicho reglamento, que la actividad penitenciaria y el régimen penitenciario¹³⁵ debe ajustarse a la Constitución, a los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile a la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería, a la ley procesal vigente y las leyes y reglamentos que sean aplicables.¹³⁶

En lo que se refiere a los derechos de los privados de libertad se regula el derecho a asistencia médica la que debe administrarse dentro de los recintos penales y excepcionalmente en dependencias de un establecimiento de salud externo, el derecho a comunicarse con sus familiares y su abogado, derecho a recibir visitas, derecho a educación y derecho a petición. No existe ninguna referencia al ejercicio del derecho a voto del ciudadano privado de libertad. De igual modo, la ley orgánica de Gendarmería de Chile¹³⁷, guarda silencio sobre este punto.

No existiendo regulación de la forma en que deben ejercer el derecho sufragio los ciudadanos privados de libertad, sólo queda recurrir al derecho de petición consagrado en la Constitución y reafirmado en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. De este modo, la vía legal debiese comenzar por la solicitud del interno a la autoridad administrativa del recinto penitenciario en que se encuentra, petición que debe ser resuelta por el Alcaide del recinto en un plazo de quince días¹³⁸.

¹³⁵ Régimen penitenciario es el conjunto de normas y medidas destinadas a mantener una convivencia pacífica y ordenada de las personas que, por resolución del tribunal competente, ingresen a los establecimientos penitenciarios administrados por Gendarmería de Chile, cumplir los fines previstos en la ley procesal para los detenidos y sujetos a prisión preventiva, y llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados. Art.24° REP.

¹³⁶ REP, artículos 4° y 25°

¹³⁷ DL 2859 de 1979 del Ministerio de Justicia.

¹³⁸ REP, artículo 58°

De ser negativa la respuesta de la autoridad administrativa para el ejercicio del derecho a sufragio, se debe recurrir al ejercicio del derecho a petición por vía constitucional. De este modo, aparecen dos vías posibles por las cuales el ciudadano debería intentar el resguardo de este derecho.

La primera acción constitucional que puede ser intentada es la Acción de Protección prevista en el artículo 20 de la CPR. La dificultad normativa de dicha acción constitucional radica en la regulación por *numerus clausus* de los derechos y garantías que pueden ser objetos de dicha acción. Es evidente que dentro del catálogo de derechos y garantías no aparece el derecho a sufragar. Luego, a primera vista no aparece como procedente, esta vía constitucional. Sin embargo, la jurisprudencia ha estimado que es posible considerar los derechos como activos del patrimonio de la persona, como atributo de la personalidad, de esta forma, es posible sustentar que existe derecho de propiedad sobre el derecho a sufragio, el que sí está protegido por la acción de protección.

Pese a lo anterior, me parece poco satisfactoria al vía procesal con la fundamentación antes descrita. En primer lugar, si bien es posible la reconducción interpretativa del derecho a voto a la norma protectora de la propiedad, no es menos cierto que el derecho a sufragio tal como ya lo he mencionado antes, tiene una doble faz. De un aparte es un derecho pero al mismo tiempo es un deber. Luego el sentenciador llamado a resolver por vía de acción de protección el supuesto conflicto de propiedad sobre el derecho, le bastará reconocer que dicho derecho a voto si existe, tal como lo hace la legislación vigente a nivel constitucional, legal y reglamentario. De esta forma la acción se ve satisfecha con el reconocimiento de la existencia de dicho derecho y que la imposibilidad de cumplir con el deber de votar se debe al cumplimiento de una resolución judicial que priva temporalmente de la libertad ambulatoria el ciudadano. Puede además el tribunal argumentar que la acción constitucional de protección tiene a proteger derecho y no deberes y que la correcta calificación del sufragio, atendida el

sistemas de normas que regulan la adquisición del derecho a voto, el que solo nace del acto voluntario de la inscripción y cumplimiento de los demás requisitos legales, pero que luego de cumplidos los mismos, ingresa al patrimonio del ciudadano como una carga pública, que no sólo lo obliga a emitir su voto sino además a cumplir otros deberes determinados dentro del proceso electoral como ocurre con los vocales de mesa.

Una segunda alternativa, también dentro de la vía de la acción de protección, es fundar la acción constitucional en la infracción de la garantía del artículo 19 n° 2. Podría fundamentarse que la decisión de la autoridad administrativa a cargo del recinto penitenciario, en cuanto a la negativa de autorizar el traslado del ciudadano privado de libertad al recinto de votación para ejercer su derecho a sufragio, es una discriminación arbitraria de parte de la autoridad administrativa de Gendarmería, pues su decisión administrativa es necesariamente contraria al conjunto de normas reglamentarias, legales y constitucionales. De este modo, la decisión administrativa es ilegal, generando un trato diferenciado entre ciudadanos en iguales condiciones, pues en este caso la privación de libertad no constituye antecedente legal alguno que permita fundar la negativa de traslado del ciudadano al local de votación.

A diferencia de la primera fundamentación expresada, ésta última ofrece mayor rendimiento en cuanto, no es necesario recurrir a una ficción respecto al derecho a voto y aparece menos compleja la determinación sobre la naturaleza de derecho o deber del sufragio, pues la vulneración de la garantía se concreta con la expresión de voluntad del ciudadano de votar y la negativa de la autoridad administrativa, sin que sea necesario afirmar la naturaleza del sufragio pues lo que intenta restablecer es el trato sin discriminación del ciudadano y no definir si el sufragio es objeto de protección, como si puede ocurrir en la primera variante.

Una tercera vía posible de impugnación de la decisión administrativa de gendarmería es la acción constitucional de amparo. En esta hipótesis de acción es necesario entender la detención como un estado y no sólo como una acción. Si bien en la gran mayoría de los casos en que es utilizada esta acción constitucional, ésta responde a la decisión judicial de privar de libertad a una persona o se pone en riesgo su libertad, dirigiéndose en aquellos casos la fundamentación de la acción a la falta de legalidad o arbitrariedad de la resolución, no es menos cierto que en el caso de impedir el ejercicio del derecho a voto del ciudadano en prisión preventiva, se excede en la afectación de derechos que pueden estar involucrados en la resolución.

Si tal como ya se ha dicho, la resolución que ordena la prisión preventiva del ciudadano solo afecta su libertad ambulatoria, debiendo permanecer en un establecimiento penitenciario, regido por el reglamento correspondiente que establece el trato de inocente para estas personas, sumado a lo establecido en el propio código procesal penal y las normas constitucionales ya citadas, la privación de libertad deviene en ilegal al afectar derechos respecto de los cuales no existe autorización a ningún nivel normativo, para ser exceptuados.

Lamentablemente, no existe recurso legal definido para esta situación de imposibilidad de ejercicio de un derecho considerado básico dentro de un Estado democrático de derecho. La Constitución política no lo considera como derecho fundamental, lo que dificulta la utilización de la acción de protección; la ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios ni siquiera considera esta hipótesis, y por último el reglamento de establecimientos penitenciaros guarda silencio sobre este derecho limitándose a regular pormenorizadamente las atenciones de salud de los internos.

4.- LA ALTERNATIVA JURISDICCIONAL POR ACCIÓN CONSTITUCIONAL.

Pese a lo señalado precedentemente, el Instituto Nacional de Derechos Humanos -INDH en adelante- inició una ofensiva judicial para resguardar el derecho constitucional del voto de los privados de libertad, en especial aquellos que se encontraban en prisión preventiva. Decidieron utilizar la vía de la acción constitucional de protección, variando desde el derecho a voto de los ciudadanos, el que tal como dijimos anteriormente no se encuentra resguardado por dicha acción, a la garantía de igualdad ante la ley y el derecho constitucional de emitir opinión, salvando de esta forma la objeción sobre el requisito de entrada formal de la acción.

Los recursos de protección presentados en las Cortes de Apelaciones estaban dirigidos contra Gendarmería de Chile y el Servicio Electoral, señalando a ambos como los responsables de dar un trato discriminatorio a los internos que se encontraban facultados para votar al no entregar las facilidades para ello, incurriendo por tanto ambos en una omisión. Solicitaba el INDH en sus escritos que la forma de remediar la afectación de tales derechos fundamentales era que se dispusieran locales de votación en los recintos penitenciarios o se trasladara a los internos a los respectivos locales de votación.

La respuesta de las Cortes de Apelaciones fue desfavorable en todos los casos presentados. Las Cortes de Temuco¹³⁹, Santiago¹⁴⁰, Antofagasta¹⁴¹ y Valdivia¹⁴², declararon inadmisibles las acciones de protección presentadas, señalando como argumentos que los hechos señalados por la recurrente no son vulneratorios de alguno

¹³⁹ ICA TEMUCO 6143-2016

¹⁴⁰ ICA SANTIAGO 109602-2016

¹⁴¹ ICA ANTOFAGASTA 3625-2016

¹⁴² ICA VALDIVIA 933-2016

de los derechos y garantías que protege el artículo 20 de la CPR¹⁴³, el relato de la recurrente no precisa cuales hechos serían los vulneratorios de las garantías y además las medidas concretas exceden las funciones propias del recurso¹⁴⁴ y por ultimo que dicha acción resultaría extemporánea considerando la fecha en que se publicaron los locales de votación, además de que este asunto correspondería a la justicia electoral constitucional¹⁴⁵.

Sólo por la vía de la apelación de las resoluciones que rechazaron los recursos presentados por el INDH, es que la Corte Suprema modificó algunas acogiendo los recursos presentados. De esta forma, y frete al argumento de la imposibilidad del Servicio electoral de instalación de mesas en los recintos penitenciarios, la Corte Suprema afirma que aquello si es posible de acuerdo a lo establecido en el artículo 52 de la Ley N° 18.700¹⁴⁶, señalando “Que a partir de la disposición antes señalada se puede concluir, contrariamente a lo señalado por los recurridos, que el Servicio Electoral está facultado para determinar la instalación de locales de votación en un recinto penitenciario, toda vez que la norma citada no realiza una enumeración taxativa y excluyente de recintos, por lo tanto no se advierte impedimento normativo a estos

¹⁴³ En este sentido las cortes de Apelaciones de Temuco y Valdivia

¹⁴⁴ En este sentido la Corte de Apelaciones de Santiago.

¹⁴⁵ En este sentido Corte de Apelaciones de Antofagasta, resolución de inadmisibilidad que fue en definitiva confirmada por la Corte Suprema en sentencia 82452-2016

¹⁴⁶ Art. 52, inciso 2º: “El Secretario de la Junta Electoral requerirá de la Comandancia de Guarnición respectiva, a lo menos con sesenta días de anticipación a la audiencia o dentro de quinto día de la publicación del decreto que convoque a plebiscito o a una elección extraordinaria de Diputados, un informe sobre los locales estatales o privados que sean más adecuados para el expedito funcionamiento de las Mesas, la instalación de cámaras secretas y la mantención del orden público. Sin perjuicio de su informe escrito, el jefe aludido podrá, personalmente o representado por quien él designe, asistir a la audiencia de la Junta y proponer otros locales”. El texto vigente es el que se encontraba vigente al momento de resolver el recurso en cuestión, norma que actualmente esta recogida en el inciso 2º del artículo 58 del mismo cuerpo legal modificado por ultima vez el 6 de septiembre del año 2018, cuyo texto señala lo siguiente: El director regional respectivo del Servicio Electoral requerirá de la comandancia de guarnición, a lo menos con sesenta días de anticipación a la determinación de los locales de votación, un informe sobre los locales o recintos, estatales o privados, que sean más adecuados para el expedito funcionamiento de las mesas, la instalación de cámaras secretas y la mantención del orden público.

efectos”¹⁴⁷. Pese a que actualmente la norma sufrida modificaciones estas no han afectado sus efectos esenciales, por lo que la razón de la corte fundada en el texto legal mantendría su vigencia.

Así mismo, la Corte Suprema funda su decisión en los artículos 2º y 25 del Reglamento de Establecimientos penitenciarios, los que establecen la relación de derecho publico existente entre el interno y el Estado, reconociendo si calidad de ciudadanos y el deber del cumplimiento de la función penitenciaria de conformidad a la ley y a los tratados internacionales. De esta forma cobra relevancia el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 23 de la Convención Americana de sobre Derechos Humanos utilizados por el fallo.

Por último, la Corte recurre a lo previsto en el artículo 1º de la Constitución Política de la República, norma que asegura la igualdad de participación y hace referencia a su opinión a propósito del proyecto de ley que intentaba regular esta situación, además de hacer referencia a los sistemas de protección de derechos humanos americano y europeo en que esta situación había sido resuelta en favor de los privados de libertad.

Los votos de minoría y en los casos en que la sentencia de primera instancia fue confirmada, los argumentos tenidos a la vista fueron principalmente tres. El primero de ellos dice relación con que los hechos por los que se recurre exceden los márgenes de la acción constitucional. El segundo, es el de la extemporaneidad de la acción por el hecho de que al momento de resolver los recursos las elecciones municipales que los motivaron ya se habían producido¹⁴⁸ y por ultimo, el hecho de que tanto el Servicio Electoral como Gendarmería de Chile, habían actuado de conformidad a la ley que rigen

¹⁴⁷ CS ROL 4764-2017

¹⁴⁸ Las elecciones municipales que motivaron la presentación de los recursos de protección se realizaron el 23 de octubre del año 2016

dichos servicios y los procesos eleccionarios, por lo que no habría ilegalidad en su actuar.

Así, fueron definitivamente rechazados los recursos presentados en la Corte de Antofagasta, Temuco y Valdivia, mientras que los de la Corte de Santiago, Arica, Valparaíso, Talca y Concepción, fueron revocados y en definitiva acogidos, ordenando la Corte Suprema que el Servicio Electoral, dentro de los plazos legales, adopte las medidas necesarias que posibiliten el derecho a voto de estas personas que se encuentran privadas de libertad, por no tener suspendido su derecho a voto, debiendo por su parte Gendarmería de Chile adoptar igualmente todas las medidas administrativas y de coordinación interinstitucional que garantice el derecho a sufragio.

En la experiencia internacional sobre este debate, y a la que hacen referencia los fallos que acogen la acción constitucional, podemos nombrar a modo de ejemplo dos fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos: *HIRST v. THE UNITED KINGDOM*, *GREENS AND M.T. v. THE UNITED KINGDOM*.

En el caso de *HIRST v. THE UNITED KINGDOM*, el solicitante había sido condenado por un homicidio afectado por “responsabilidad disminuida” imponiéndosele una detención indeterminada temporalmente, la que de acuerdo con la última revisión de la Comisión (Parole Board) debía mantenerse, pues el condenado continuaba siendo un riesgo serio de daño para el público. Señaló que como condenado en prisión se le aplicaba una prohibición general de votar en las elecciones¹⁴⁹, negándosele su inscripción en respectivo registro por la Oficina Electoral. La negativa fue confirmada en los tribunales superiores de justicia del Reino Unido.

¹⁴⁹ The Representation of the People Act 1983, Section 3

El caso de GREEN AND M.T. v. THE UNITED KINGDOM, se sustentó el precedente del Sr HIRST. Se trataba de dos condenados en prisión, el Sr. GREENS quien había sido elegido para obtener su libertad bajo palabra pero aún no estaba determinada la fecha en que aulló ocurriría. El SR. M.T -quien prefirió mantener su anonimato en la sustanciación del procedimiento en la corte, tenía fecha cierta de liberación por el cumplimiento de su condena. Al igual que en caso anterior solicitaron su inscripción como votantes, la que les fue rechazada por estar sujetos a una prohibición genérica para votar por la calidad de convictos. Manteniendo el criterio manifestado en el caso HIRST v. THE UNITED KINGDOM, los tribunales superiores confirmaron el rechazo.

En ambos casos los solicitantes esgrimieron la vulneración del Art. 3º del Protocolo N° 1 de la Convención Europea de derechos Humanos¹⁵⁰, que en lo sustantivo garantiza elecciones libres con voto secreto y posibilidad de expresión en ellas.

En ambos casos la Corte, acoge la solicitud y declara la infracción a la regla anterior, señalando que la prohibición general prevista en la ley de 1983, en la que no se hace distinción alguna sobre el tipo de condena, tiempo de pena y las circunstancias personales del afectado, queda fuera de cualquier margen de apreciación y es contraria al protocolo.¹⁵¹

¹⁵⁰ The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.

¹⁵¹ HIRST v. THE UNITED KINGDOM “82 [...] while the Court reiterates that the margin of appreciation [applicable to Article 3 of Protocol No. 1] is wide, it is not all-embracing. Further, although the situation was somewhat improved by the 2000 Act which for the first time granted the vote to persons detained on remand, section 3 of the 1983 Act remains a blunt instrument. It strips of their Convention right to vote a significant category of persons and it does so in a way which is indiscriminate. The provision imposes a blanket restriction on all convicted prisoners in prison. It applies automatically to such prisoners, irrespective of the length of their sentence and irrespective of the nature or gravity of their offence and their individual circumstances. Such a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin might be, and as being incompatible with Article 3 of Protocol No. 1.”

Por último, debemos señalar que lo que parecía una evidente victoria para los recurrentes de protección ante las Cortes chilenas, resultó, en la práctica, sólo una declaración sobre la vigencia del derecho sin ninguna consecuencia en el ejercicio de este. Los privados de libertad de todos modos no votaron.

CAPITULO V. EXPERIENCIAS COMPARADAS

1.- PRELIMINARES.

Resulta evidente en este punto del desarrollo de la investigación, que existe una contradicción entre las obligaciones del Estado para con sus ciudadanos y el respeto a sus derechos políticos recogidos en el derecho internacional de los derechos humanos y la legislación interna de Chile.

Para superar esta contradicción resulta práctico revisar las soluciones adoptadas por otros países en este ámbito, las que al menos podrían servir de guía sobre una necesaria reforma legislativa; modificación legal que tiene en su esencia un evidente contenido político y que por lo tanto la toma de decisión sobre el modelo de solución al conflicto determinará la forma en que el poder de los nuevos electores pueda manifestarse.

La decisión sobre la forma en que se les permita a los ciudadanos privados de libertad ejercer el derecho a voto es de una relevancia poco considerada. Si ya resulta complejo el solo reconocimiento del derecho a voto de los que han tenido contacto con el sistema penal como imputado o condenado, el ejercicio de este corre el riesgo de que, con la sensación de victoria por ese reconocimiento no se le preste la importancia que requiere.

Imputados y condenados, y especialmente aquellos que se encuentran privados de libertad en un recinto penitenciarios, configuran un grupo vulnerable, por el mayor riesgo de transgresión de sus derechos, y como tal deberían considerarse mejores espacios de participación real. Así, debe considerarse un modelo de participación que permita de forma efectiva la materialización de la voluntad política de este grupo de ciudadanos. Es entonces necesario establecer mecanismos excepcionales de participación.

El ejercicio del derecho a voto está determinado por el territorio. El territorio como circunscripción electoral para el caso de diputados y senadores, la comuna para el caso de los alcaldes, la Región para los intendentes -cuando entre en vigencia la ley que permite dichas elecciones- y por último el territorio nacional en las elecciones presidenciales. De otra parte, el territorio determina el lugar en el que el ciudadano ejerce su voto al inscribirse de acuerdo con su domicilio, domicilio que es libremente elegido y por lo tanto modificable.

En el caso del grupo de ciudadanos que nos convoca y que se encuentran en un recinto estatal privados de libertad, el factor territorial del domicilio les resulta ajeno por cuanto el lugar donde se encuentran no ha sido elegido por ellos, sino que es consecuencia del cumplimiento de un acto del Estado que se materializa en una resolución judicial que a su vez ordena el cumplimiento de una pena privativa de libertad. De esta forma, el Estado crea comunidades obligatorias de ciudadanos privados de libertad. Si esta nueva comunidad comparte ahora un territorio común, parece razonable que este nuevo territorio de la comunidad forzada por el Estado sea reconocido como portador de valor político de quienes la forman. Este reconocimiento solo es efectivo si se reconoce este domicilio forzado y temporal como eficaz para la organización de la elección, es decir, los privados de libertad votan con domicilio del recinto en el que se cumple la privación de libertad, de esta forma, la comunidad forzada, se le dota de un poder político real.

Este modelo de solución permitiría que los privado de libertad participaran en las elecciones de alcaldes y concejales de la comuna en donde se encuentra el centro de cumplimiento, los diputados y senadores que representen la circunscripción en la que se encuentra el recinto, el intendente de la región. Solo en las elecciones presidenciales, por tener el carácter nacional en cuanto a territorio, resulta menos relevante la comunidad forzada.

De otra parte, los beneficios de dotar de voz efectiva a este grupo superan las posibles objeciones. La objeción moral sobre la eticidad de los electores, quienes organizados podrían elegir a personas de igual moral, es solo sostenible desde un discurso de discriminación e ignorante sobre las estadísticas de quienes participan en los procesos electorarios. Ni aun sumando a todos los que se encuentran en tal condición, superan a la masa de electores que no tienen dicha característica por lo tanto tal riesgo debería ser controlado por el resto de los electores. Una segunda línea de oposición es el temor sobre el posible financiamiento de las campañas políticas por quienes se encuentran en dicha situación, abriendo una entrada a que “la delincuencia” y el “dinero sucio” financie la “actividad política”. Sin embargo, las investigaciones llevadas a delante en el último tiempo por el Ministerio Público sobre el financiamiento de la política en Chile, muestran que ese riesgo no esta en este grupo excluido.

Por el contrario, adoptar un modelo de domicilio temporal hace que quienes se encuentren en dicha situación tengan una posición reforzada en cuanto a la visibilización de los intereses de dicha comunidad forzada, intereses que son particulares y propios de dicha comunidad, que debemos recordar está constituida por un grupo vulnerable. Al permitirse es visibilización y convertirlos en comunidad, vuelven a convertirse en interlocutores validos para la practica política, y especialmente para aquel ciudadano que quiere ser elegido, y para las autoridades que deben implementar y decidir políticas publicas que puedan afectar a los miembros de la comunidad forzada. De esta forma,

no solo se le entrega voz si no que se les da un trato que permite mejorar su posición relativa frente a los intereses de la comunidad política general.

Sin embargo, no hay actualmente un modelo en ejecución que considere un domicilio temporal, optando por modelos que no reconocen la existencia de esta comunidad forzada. Son dos los modelos para dar solución al voto de los privados de libertad: voto por correo y urnas en la cárcel.

2.- SUFRAGIO POR CORREO.

Una de las soluciones que con mayor frecuencia se esgrimen para asegurar la participación de los privados de libertad en las elecciones es la utilización del voto por correo. Uno de los referentes en este modelo es España. De acuerdo con su legislación¹⁵², todos los ciudadanos tienen derecho a voto y este derecho solo se vería limitado en los casos en que la sentencia condenatoria así lo expresara¹⁵³, es decir, no existe una regla general de prohibición de voto a los privados de libertad que se encuentran en proceso, ni para los condenados y que el voto es voluntario.

Para poder emitir el voto¹⁵⁴ los privados de libertad deben registrarse en el censo electoral, para formar parte del padrón y así recibir los votos que luego deben ser enviados por correo. Para llevar adelante esto, actúan la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, quienes deberán concurrir a los centros con los formularios del censo y luego concurrir para la entrega y retiro de los votos.

¹⁵² Constitución Española art. 14 y siguientes en cuanto a garantías fundamentales de igualdad ante la ley y participación en los asuntos públicos. Art.68 sobre la calidad de elector

¹⁵³ Ib. Idem. Art. 25

¹⁵⁴ Las votaciones se encuentran reguladas principalmente en la Ley Orgánica del Régimen electoral General

El modelo del voto por correo permite con un gasto menor, que los privados de libertad puedan ejercer su derecho, distribuyendo las preferencias según la localidad a la que pertenece el privado de libertad. Permite mantener fidelidad respecto del número de electores pues se realiza un censo electoral meses antes de la elección, minimizando posibilidad de fraude por la utilización de un método no presencial.

3.- URNAS EN CENTROS PENITENCIARIOS.

El segundo modelo de solución es instalar urnas receptoras de votos en los centros penitenciarios, para que los privados de libertad puedan ejercer su derecho en las condiciones que normalmente se realiza, es decir de forma presencial, con documentos oficiales, cámara secreta y registro.

En el ámbito latinoamericano, dos son los países que han adoptado este modelo, pero con variables. Uno de ellos es Argentina, en que de conformidad a su legislación actual, se constituyen mesas receptoras de sufragios en los distintos recintos penitenciarios con hasta 450 electores, siendo el voto voluntario y solo pudiendo ejercerlo aquellos que no se encuentran condenados.

La experiencia Argentina aparece muy cercana a los intentos realizados por el INDH en los recursos de protección interpuestos en favor de los privados de libertad y las audiencias fijadas de oficio por el juez del 7º juzgado de garantía Daniel Urrutia¹⁵⁵, pues la realidad del modelo argentino se construyó precisamente sobre un caso de

¹⁵⁵ Audiencias que en una primera instancia le significaron al juez de garantía el inicio de un proceso sancionatorio en su contra

amparo en favor de un preso preventivo que quería ejercer su derecho a voto, caso conocido como el “Caso Mignone”. El recurso fue conocido por la Corte suprema de Justicia de la Nación¹⁵⁶, la que declaró inconstitucional la prohibición de voto de los presos preventivos, señalando en su fallo que se deben tomar las medidas reglamentarias necesarias para poder ejercer dicho derecho en un plazo no superior a seis meses. Es así, que en cumplimiento de aquel fallo se dicta el decreto 1291/2006 que regula la forma en que deben votar los presos preventivos optando por el sistema presencial, en que las papeletas de los votos corresponden a las del domicilio del interno.

El otro país que sigue este modelo es Venezuela¹⁵⁷, pero con un voto automatizado. Si bien se constituyen mesas receptoras de sufragios estas son en realidad terminales de computación que permiten verificar la identidad del votante para luego permitir la emisión del voto, de esta forma se superan las dificultades de las circunscripciones electorales. El voto en Venezuela es voluntario y también tiene el carácter de secreto, sin embargo, el modelo automatizado a levantado varias críticas en los últimos años a propósito de las denuncias de fraude informático en el mismo y la supuesta posibilidad para el gobierno de identificar la elección realizada por el elector.

Si bien es un modelo eficiente, parece que no es posible aun verificar el cumplimiento de todas las garantías necesarias en un proceso electoral como el secreto del voto y la posibilidad de verificación de los resultados, ambas cuestiones que en un modelo presencial y material (voto de papel) si son verificables por lo que sigue corriendo con ventaja el modelo antes nombrado

¹⁵⁶ Sentencia de 9 de abril de 2002.

¹⁵⁷ Las elecciones en Venezuela se rigen por la Ley Orgánica de Procesos Electorales

CONCLUSIONES.

La evolución en la forma en que caracterizamos al Estado nos ha determinado hacia un Estado complejo, que no solamente rige su actuar por el derecho, sino que además se sustenta en un principio democrático y que a la vez se auto impone deberes para con los miembros de la comunidad considerados como pueblo en su acepción política, dejando atrás, de esta forma, el concepto liberal de corte estricto, en cuanto a un Estado pasivo y favorecedor de las inclinaciones e intereses individuales, pasando a ejercer un rol activo respecto de los ciudadanos, en especial sobre acciones positivas destinadas a resguardar derechos y garantías consideradas como esenciales.

Es en esta característica del Estado, como Estado social, que cobra también relevancia el contenido democrático del mismo, la forma en la generación de la voluntad del Estado resulta relevante no sólo en cuanto al ejercicio estricto del análisis de legitimidad, el cual sería positivo aun cuando estuviésemos frente a sistema de generación de voluntad a través de modelos no participativos, en los que la legitimidad se resolvería simplemente en el apego al procedimiento establecido para ello, sino además en el vínculo de pertenencia y por lo tanto una motivación ajena a la propia norma. Así, el cumplimiento del mandato se materializa, en los modelos participativos, mas por el sentido de pertenencia la comunidad creadora del mandato que por la existencia de la sanción por el incumplimiento. La norma se vuelve entonces “propia” de aquel que debe cumplirla. Luego, la legitimidad de ella se define en la posibilidad de participación de los miembros de la comunidad.

El modelo de sanciones penales adoptado por nuestro sistema penal, se basa esencialmente en la privación de libertad del sujeto de reproche por la infracción a la

norma, pero considera a demás, efectos de la imposición de una condena de carácter penal, los que consideran la perdida a perpetuidad de los derechos políticos en alguno de los casos

Esta consecuencia de la imposición de una condena penal, es recogida en los textos constitucionales y reiterada en el Código Penal, apareciendo como una constante histórica a propósito de quienes deben ser excluidos de los procesos de democráticos, incorporando ahora un elemento de evaluación moral del ciudadano, considerándolo indigno de participar en los procesos de eleccionarios.

Esta exclusión del condenado, no por la pena impuesta como consecuencia de la comisión de un delito, sino como efecto de la imposición de la misma, es un golpe directo al principio democrático, pues la producción constante de los no ciudadanos, genera una grupo importante excluido de la comunidad política, grupo que además por su condición de privación de libertad es un grupo vulnerable en las posibilidades de afectación grave de sus derechos fundamentales.

Existen dos situaciones graves sobre la afectación del derecho a voto de los privados de libertad. Una de ellas es el caso de aquellos que se encuentran en prisión preventiva y que pese a que no existe norma que impida el ejercicio del derecho a voto, su ejercicio resulta imposible de facto. Pese a los esfuerzos hechos por el INDH, con la presentación de las acciones constitucionales de protección y que, pese a que el derecho a voto no se encuentra protegido por dicha acción, las resoluciones que acogieron las mismas no tiene el efecto buscado por los actores. Ellas sólo se limitan a reconocer la existencia del derecho a voto, pero no resuelven la imposibilidad fáctica del ejercicio, ordenando a instituciones sin las competencias necesarias para tomar medias extemporáneas sobre un proceso eleccionario ya realizado. Resulta evidente que la estrategia seguida por el INDH esta basada en la utilizada en Argentina, en el

denominado caso Mignone, sin embargo los efectos, tal como ya lo dijimos, no son los esperados, pues en el caso argentino, la Corte Suprema Federal, ordenó al gobierno establecer la forma en que los presos preventivos debían votar, obligando de esta forma al ejecutivo a generar una ley que así lo permitiera.

La exclusión del ciudadano de la comunidad política por la pérdida de los derechos políticos como consecuencia de la imposición de una pena penal, tiene un doble efecto sobre la legitimidad. Legitimidad de la pena y de la norma. De una parte, la ejecución de la pena requiere considerar a quien la sufre como un ciudadano, condición que le permitiría presentarse ante el Estado en el proceso de ejecución como dotado de todos los derechos que le son propios, salvo, desde luego la libertad ambulatoria, dotándolo esta forma de reconocimiento como sujeto evitando el trato de enemigo, respetando por lo tanto su dignidad inherente. De otra, la exclusión del sujeto importa dejar de considerarlo como parte del proceso de formación de la voluntad popular, su voz excluida ahora del proceso democrático no es considerada. Así, la norma le resulta ajena, tan ajena como lo es el condenado a la propia comunidad, generándose un déficit en la motivación al cumplimiento de la norma, pues aquella ha dejado de serle propia, generando de esta forma condiciones propicias para buscar influir en los patrones de conducta por vías no institucionales, vías ajenas a los mecanismos de control, vías que por lo general se manifiesta a través de la violencia.

El trato que el Estado ha dado hasta el momento a los presos preventivos y condenados, importa una infracción grave las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Considerando la experiencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, resulta particularmente comprometida la responsabilidad del Estado en la falta de garantías para el ejercicio del derecho a voto, por lo que una acción ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y conocida eventualmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene altísimas posibilidades de acarrear una sanción para el Estado de Chile.

Se deben tomar dos acciones inmediatas para superar el estado actual de esta situación. De una parte, se debe derogar el artículo 16 de la CPR, generando de esta forma una salvaguarda al derecho a voto. La segunda acción necesaria, es generar un sistema de votación de los privados de libertad, el que debe considerar a este grupo como vulnerable, prefiriendo la comunidad forzada y temporal del recinto penitenciario, reconociendo así la condición particular de grupo, votando por tanto en las circunscripciones en las que se encuentran los recintos penitenciarios.

Sobre esta solución se puede criticar la sobre valoración de un grupo vulnerable específico, en detrimento de otros, como por ejemplo enfermos y ancianos, sin embargo, no se puede dejar de tener ala vista que la sujeción a un lugar determinado no es voluntaria del ciudadano si no que responde al cumplimiento de una sentencia. Siendo el Estado el que impone esta situación, debe entonces el Estado hacerse cargo de aquellas circunstancias que impiden el correcto ejercicio de derechos fundamentales.

La consideración de los privado s de libertad como ciudadanos y dotarlos de un sistema que asegure su representación real en la comunidad política, permitiría generar un espacio de discusión de mayor legitimidad sobre las políticas públicas que afectan a dicho grupo, y con esto no hago referencia a las discusión sobre el quantum de las penas, sino a asuntos que les son aun mas relevantes como trabajo, educación y reinserción, temas que se convertirían en asuntos de política pública real, pues los principales beneficiarios de ellas seria ahora electores. Este modelo propuesto viene a ser un enfoque nuevo al fenómeno de la delincuencia, al que ya no responderemos ni con mas policías o mas facultades para ellas, o mas recursos. Esta vez responderemos desde la comunidad, responderemos con más democracia.

BIBLIOGRAFIA.

BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal, Parte General. Edit. Hammurabi, Buenos Aires 1999.

BECCARIA, César, "Tratado de los Delitos y las Penas", Edit. Heliasta, Argentina 1993.

GARRIDO MONTT, Mario, "Derecho Penal Parte General, Tomo I", Edit. Jurídica de Chile, Santiago 2007.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Edit Trotta, Madrid 1995.

FICHTE, Johann, "*Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*". Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994

HABERMAS, Jürgen, "Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso", Madrid, Trotta, 2005.

HASSEMER, Winfried, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en Doctrina Penal, septiembre de 1989, año 12, N° 46-47

HELLER, Herman. "Teoría del Estado". Fondo de Cultura Económica, México. 2010

HESÍODO, "Teogonía"

HORVITZ LENNON-LOPEZ MASLE, "*Derecho Procesal Penal Chileno*", T 1, Edit. Jurídica de Chile, 2003

JAKOBS, Günther, "Derecho penal del enemigo", Madrid, Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther, "Sobre la teoría de la pena", Cuadernos de conferencias y artículos /Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho ; no.16, re impresión 2001.

KYMLICKA, Will y NORMAN, Wayne, "El retorno del ciudadano. Una revisión en la producción reciente en la teoría de la ciudadanía", Cuadernos del CLAEH, nº 75, Montevideo, 1996

LOCKE, John. "Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil", Edit. Tecnos, Madrid 2006

MAÑALICH Raffo, Juan Pablo, "Pena y ciudadanía", Revista de Estudios de la Justicia. no.6, 2005.

MAÑALICH, Juan Pablo, Estudios Sobre la Fundamentación y la Determinación de la Pena, Thomson Reuters, Chile, 2018

MARSHALL, Pablo, "La ciudadanía ante el Tribunal Constitucional". Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico. LegalPublishing. Santiago: 2011

MIR PUIG, Santiago, "El Derecho Penal en El Estado Social y Democrático de Derecho", Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

MIR Puig, Santiago, "Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho", Barcelona, Bosch, 1982.

NASH, Claudio, "Estado social y democrático de Derecho en Chile. Tan lejos, tan cerca", Revista Derecho y Humanidades Nº 18, año 2011

ROUSSEAU, Jean-Jacques. "El Contrato Social", Edit, Espasa Calpe, Madrid, 2007.

ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Ed Civitas, Madrid 1997

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "El enemigo en el derecho penal", EDIAR, Bs As, 2009.

ABREVIATURAS.

CPR:	Constitución Política de la República de Chile.
CPP:	Código Procesal Penal.
CP:	Código Penal.
REP:	Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.
ICA:	Ilustrísima Corte de Apelaciones.
CS:	Corte Suprema.
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
CADH:	Convención Americana de Derecho Humanos.