



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

**SUSPENSIÓN DEL DERECHO A SUFRAGIO POR ACUSACIÓN
PENAL**
**Análisis del Artículo 16 numeral 2° de la Constitución Política
de la República**

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

MACARENA LORETO AGUILAR NAVARRO

Profesor Guía: Paulino Varas Alfonso

Santiago, Chile
2014

*A mis padres, por su constante e
incansable apoyo para culminar esta
larga tarea.*

RESUMEN

El artículo 16 numeral 2° de la Constitución Política de la República dispone la suspensión del derecho de sufragio respecto de la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva.

A partir de lo anterior, nuestra hipótesis consiste en que dicha suspensión, al imponerse antes de que la persona sea condenada por sentencia firme dictada en proceso penal, constituye una pena anticipada vulneratoria de la presunción de inocencia, principio que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico al encontrarse consagrado en tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentran vigentes.

Será en este contexto que el objeto del presente trabajo, una vez determinado el carácter de derecho fundamental que reviste el sufragio, se centra en un análisis tanto histórico como semántico del artículo 16 numeral 2°, así como también en las consecuencias que su redacción genera en el trato de inocente que debe recibir el imputado.

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I. EL VOTO COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SU LIMITACIÓN	14
1. Qué es un derecho fundamental.....	14
1.1. Concepto de derecho fundamental.....	14
1.2. Características de los derechos fundamentales.....	16
1.3. Determinación del catálogo de derechos fundamentales.....	25
2. ¿Es posible limitar un derecho fundamental?	31
2.1. En qué consiste la limitación a un derecho fundamental.....	31
2.2. Condiciones para limitación de los derechos fundamentales.....	35
3. El derecho a voto como derecho fundamental.....	55
4. Consagración del derecho a voto como un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico chileno.....	62
4.1. Consagración en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.....	62
4.1.1. Convención Americana de Derechos Humanos.....	62
4.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	66
4.2. Evolución histórica del derecho a voto en Chile.....	67
4.3. Consagración del derecho a voto en la Constitución vigente.....	71
5. Límites constitucionales al derecho a voto en el ordenamiento jurídico chileno.....	73
6. Conclusiones del capítulo.....	74

**CAPÍTULO II. EL ARTÍCULO 16 NUMERAL 2° DE LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DE LA REPÚBLICA: LA ACUSACIÓN PENAL COMO UNA
LIMITACIÓN AL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO.....77**

1. Historia del artículo 16 numeral 2° de la Constitución Política de la República.....	79
1.1. Tratamiento de las causales de suspensión del derecho de sufragio por las Constituciones anteriores.....	79
1.2 Historia del artículo 16 número 2° de la Constitución Política de la República de 1980.....	80
1.2.1. Actas oficiales de la Comisión Constituyente.....	80
1.2.1.1. Sesión número 74 del 30 de septiembre de 1974.....	80
1.2.1.2. Sesión número 75 del 3 de octubre de 1974.....	84
1.2.1.3. Sesión número 77 del 14 de octubre de 1974.....	90
1.2.1.4. Sesión número 83 del 31 de octubre de 1974.....	91
1.2.1.5. Sesión número 411 del 6 de septiembre de 1978.....	91
1.2.1.6. Sesión número 416 del 5 de octubre de 1978.....	92
1.2.2. Decreto Ley N° 3.464 de 1980 que aprueba la Nueva Constitución Política y la somete a ratificación por plebiscito.....	93
1.3. Ley N° 20.050 sobre reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República.....	94
1.3.1. Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados.....	94
1.3.2. Tercer Trámite Constitucional: Senado.....	95
1.3.3. Trámite Veto Presidencial: Senado.....	96
2. Análisis del artículo 16 número 2° de la Constitución Política de la República.....	98
2.1. El derecho a sufragio.....	98
2.1.1. Concepto de derecho a sufragio.....	98

2.1.2. Sufragio activo.....	99
2.1.3. Sufragio pasivo.....	101
2.2. La suspensión.....	103
2.3. La acusación.....	104
2.4. Delito que merezca pena aflictiva.....	105
2.4.1. Concepto de delito.....	105
2.4.2. Concepto de pena.....	106
2.4.3. Pena aflictiva.....	107
3. Intentos de reformas.....	109
3.1. Boletín N° 5338-07.....	109
3.2. Boletín N° 8.101-07.....	116
4. Conclusiones del Capítulo.....	121

**CAPÍTULO III. PROBLEMÁTICA QUE GENERA LA LIMITACIÓN
CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 16 NUMERAL 2° DE LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DE LA REPÚBLICA: LA VULNERACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE
INOCENCIA.....**

1. La presunción de inocencia.....	124
1.1. El estado jurídico de inocencia.....	124
1.1.1. Significación del estado jurídico de inocencia.....	124
1.1.2. La presunción de inocencia como garantía del debido proceso.....	128
1.1.3. La presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.....	132
1.1.4. Repercusiones del estado jurídico de inocencia.....	134
2. Marco normativo.....	136
2.1. Consagración de la presunción de inocencia en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.....	136

2.2. Consagración de la presunción de inocencia en la legislación interna de nuestro ordenamiento jurídico.....	138
3. Conclusiones acerca de la presunción de inocencia como principio y su consagración.....	143
4. El artículo 16 número 2 de la Constitución Política de la República vulnera la presunción de inocencia porque la suspensión del derecho a sufragio es una pena anticipada.....	146
4.1. Condición de carácter competencial.....	156
4.2. Condición de carácter internacional.....	159
4.3. Condición de carácter material.....	167
4.4. Condición de carácter lógico.....	169
5. Conclusiones del capítulo.....	173

CAPÍTULO IV. LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO DEL SUJETO PROCESADO, ACUSADO O CONDENADO PENALMENTE EN EL DERECHO COMPARADO.....

1. La suspensión del sufragio en la legislación canadiense: el Caso Sauvé.....	176
2. La suspensión del sufragio en el Reino Unido: el Caso Hirst.....	181
3. La suspensión del sufragio en la constitución mexicana: el Caso Facundo.....	184
4. La suspensión del sufragio en la constitución argentina: el Caso Mignone.....	193
5. Conclusiones del capítulo.....	200

CAPÍTULO V. PROPUESTA PARA SOLUCIONAR LA PROBLEMÁTICA: LA PROTECCIÓN JUDICIAL A TRAVÉS DE LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE Y QUE SE ENCUENTRAN VIGENTES	201
CONCLUSIONES FINALES	223
GLOSARIO	229
BIBLIOGRAFÍA	230

INTRODUCCIÓN

Durante el mes de agosto de 2013 todos fuimos testigos del gran debate suscitado a raíz de las declaraciones de la otrora Ministra de Justicia Patricia Pérez, quien informó públicamente a través de diversos medios de comunicación que el gobierno se encontraba trabajando en la elaboración de un proyecto de ley que permitiera a los imputados privados de libertad y a los reos condenados a penas menores a tres años de reclusión votar en las elecciones presidenciales y parlamentarias a realizarse en noviembre de ese año, ya que si bien estas personas no se encuentran impedidas de ejercer su derecho a sufragar, nuestra legislación no contempla los mecanismos para que éstos lo hicieran efectivo.

Paralelamente, en la misma época, el Juez del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago don Daniel Urrutia Laubreaux, a raíz de una visita a Santiago Uno, constató que los imputados no acusados y sujetos a prisión preventiva no contaban con un mecanismo para hacer efectivo su derecho de sufragio en las elecciones primarias a efectuarse en dicho año, lo cual calificó como “un estado inconstitucional de cosas”, compeliendo al Servicio Electoral a

implementar los mecanismos para hacer posible el ejercicio del derecho a voto de los presos.

No obstante que el mencionado proyecto de ley no llegó a concretarse producto de la controversia política generada entre el gobierno de turno y el oficialismo, así como tampoco prosperó la iniciativa del Juez Urrutia, lo cierto es que la puesta en debate de la imposibilidad de que los imputados privados de libertad y los presos no condenados votaran, generó inquietud en gran parte de la sociedad.

Nuestra investigación surge como una manifestación de esta inquietud, no obstante que ésta se centra en la norma que posibilita u origina la limitación.

Por lo tanto, el objetivo de este trabajo consiste en el análisis del artículo 16 numeral 2° de la Constitución Política de la República, norma que dispone la suspensión del derecho de sufragio por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva, y que a nuestro juicio, constituye –aunque erradamente- en la causa de la privación en comento.

En este contexto, nuestra hipótesis es que esta disposición, no obstante estar contenida en la Carta Fundamental, constituye una vulneración del principio de presunción de inocencia de la persona acusada por delito que

merezca pena aflictiva, el cual forma parte de nuestro ordenamiento jurídico al estar consagrado en diversos tratados de derechos humanos ratificados por el Estado de Chile y que se encuentran vigentes, los que en consecuencia son derecho aplicable al tenor de lo dispuesto por el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República. En consecuencia, la suspensión del derecho de sufragio de los acusados sería una pena anticipada.

En cuanto a la metodología de investigación utilizada para abordar nuestra problemática, ésta se estructura en cinco capítulos.

El primer capítulo se centra en el sufragio, su carácter de derecho fundamental, su consagración en diversos cuerpos normativos y las limitaciones que nuestro ordenamiento jurídico impone al mismo.

En el segundo capítulo haremos un análisis histórico y semántico del artículo 16 numeral 2° de la Constitución, así como también comentaremos algunos proyectos de ley que han tenido por objeto su modificación y que lamentablemente no prosperaron.

En el tercer capítulo nos avocamos de lleno a exponer la problemática de nuestro trabajo, comenzando con una breve referencia al principio de presunción de inocencia: su significado, sus axiomas y su consagración

normativa tanto a nivel nacional como internacional. Luego, explicaremos de qué forma el artículo 16 numeral 2° de la Constitución vulnera a este principio, infringiendo diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

En el cuarto capítulo expondremos cuatro casos de derecho comparado, en los cuales se analiza la situación del sujeto procesado, acusado o condenado penalmente en relación al ejercicio de sus derechos políticos, cuya resolución por el tribunal llamado a conocer de los mismos aporta argumentos que contribuyen de manera significativa a la constatación de nuestra hipótesis, así como también a su posible solución.

A partir de lo anterior, en el quinto y último capítulo de nuestro trabajo elaboramos una propuesta para solucionar la problemática bajo estudio, consistente en la interpretación judicial *pro homine* de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, a través de la tesis del control de convencionalidad sustentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya aplicación permitiría mitigar las consecuencias de la suspensión del derecho de voto contenida en la norma que se analiza, mientras ésta no sea derogada.

CAPÍTULO I. EL VOTO COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SU LIMITACIÓN

Este primer capítulo tiene por objeto proporcionar el marco teórico a partir del cual se trabajará en esta investigación. Para ello, en primer lugar se esboza un concepto de derecho fundamental, sus principales características y se analiza si es posible o no determinar un catálogo de este tipo de derechos. Luego, se examinan las condiciones bajo las cuales es posible limitar un derecho fundamental. Finalmente, se estudia la consagración del derecho de voto como un derecho de esta categoría, tanto en el derecho internacional como en el ordenamiento jurídico interno, y finalmente, se señalan las limitaciones que actualmente existen en éste respecto de dicho derecho, y entre éstas, la que es objeto de nuestro estudio.

1. ¿Qué es un derecho fundamental?

1.1. Concepto de derecho fundamental

Luigi Ferrajoli nos entrega la siguiente definición de derechos fundamentales: “Son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que

corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas”¹.

Una definición como la recién mencionada resulta sumamente útil, siendo válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los intereses y valores tutelados por el mismo, ya que aun cuando hace referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados en las actuales democracias, prescinde del hecho de que tales garantías se encuentren consagradas en una Constitución.

Por su parte, el profesor Humberto Nogueira ha señalado que el concepto de derechos fundamentales o derechos constitucionales se reserva generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en la carta fundamental, entendiéndose como tal “el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente

¹ FERRAJOLI, Luigi (2004). “Derechos y Garantías. La ley del más débil”. Madrid, Editorial Trotta, 4ª Ed., p. 37.

reconocidos y garantizados por el derecho positivo”². Afirma además que, en todo caso, los conceptos de derechos humanos, derechos esenciales o derechos fundamentales pueden utilizarse alternativamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional, y que vinculan a las personas y a los estados³.

1.2. Características de los derechos fundamentales

En cuanto a las características que debe reunir un derecho para ser considerado esencial, este autor señala como tales las siguientes⁴:

- a) Universalidad: Todas las personas son titulares de derechos humanos, sin importar su raza, color, sexo, religión, ideología, nacionalidad o condición social.

- b) Supranacionalidad: En la medida que los derechos humanos son inherentes a la persona humana, no dependen de la nacionalidad ni del territorio en que la persona se encuentra. Ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse ésta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional.

² NOGUEIRA, Humberto (2003). “Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales”. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 58.

³ *Ibidem*, p. 58.

⁴ Las características y su conceptualización han sido tomadas de NOGUEIRA, H. (2003), *ob. cit.*, pp. 69-75.

La supranacionalidad de los derechos fundamentales resulta palpable a partir de lo dispuesto por el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República: “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”⁵.

El Estado pone el ejercicio de la soberanía al servicio de la dignidad humana, y por ende, debe preferirse aquel cuerpo normativo que mejor la consagre, sin importar que éste no emane del poder legislativo del Estado. Tal como afirma Nogueira, “la dignidad humana es una cualidad inherente a todo y a cualquier ser humano. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser concedida o retirada a algún ser humano, siendo inherente a su naturaleza humana”⁶.

⁵ DECRETO SUPREMO N° 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República. Ministerio Secretaría General de la Presidencia de Chile, Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005, p. 1 [en línea] :<http://www.leychile.cl/N?i=242302&f=2010-01-07&p=>

⁶ NOGUEIRA, Humberto (2007). “La dignidad humana, los derechos fundamentales, el bloque constitucional de derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales” en *Gaceta Jurídica* N° 322, p. 33.

Desde el punto de vista del derecho interno de los Estados, y, en particular, del orden jurídico interno chileno, la Constitución ha proporcionado un tratamiento diferenciado a los tratados internacionales de derechos humanos⁷.

Así lo ha entendido la Corte Suprema, en fallos tan emblemáticos como el dictado en el caso sobre secuestro calificado de Ricardo Troncoso y otros⁸, o en el Caso Molco, en el cual dictaminó lo siguiente:

“Que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide que sean desconocidos”⁹.

⁷ AGUILAR, Gonzalo (2009). “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador” en *Estudios Constitucionales*, año 7, N° 1, p. 96.

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de fecha 10 de mayo de 2007, Rol N° 3452-06, Considerando N° 66.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006, Rol N° 559-04, Considerando N° 22.

Resulta acertado lo afirmado por Nogueira: “La norma jurídica positiva no crea los derechos humanos: su labor está en reconocerlos, convertirlos en obligación jurídica y garantizarlos jurídicamente”¹⁰.

- c) Irreversibilidad: Consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de un tratado internacional, ya que ellos son inherentes a la persona, y el texto constitucional y el procedimiento señalado por éste solo los asegura y garantiza.

Citando nuevamente a Nogueira, “Todo acto de cualquier órgano estatal, incluido el Tribunal Constitucional, que busque alterar la validez, vigencia, aplicación y eficacia de un tratado internacional válidamente incorporado al derecho interno al margen de las normas del propio tratado o del derecho internacional genera responsabilidad internacional del Estado, la que se agrava aún más cuando con ello se vulneran estándares mínimos de derechos humanos, cuyos atributos y garantías se encuentran asegurados por dichos tratados”¹¹.

¹⁰ NOGUEIRA, H. (2003), ob. cit., p. 77.

¹¹ NOGUEIRA, Humberto (2013). “Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 2, p. 101.

d) Progresividad: Los derechos humanos están en una constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. A partir de ésta, los preceptos que se refieren a cada derecho han ido evolucionando a través de los diversos tratados sobre la materia, ampliando el ámbito del derecho y sus garantías.

El principio de progresividad lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, lo que lleva a una interpretación *pro-cives* o *favor libertatis*, o sea, a la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos¹².

Esta visión integradora deriva del tenor del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, ya citado. Así lo sostiene el profesor Nogueira: “La confluencia e integración en el sistema jurídico de los derechos, reconocidos por vía de fuente interna y de fuente internacional, obliga a unificar el criterio de interpretación del sistema de derechos humanos, dando coherencia a dicho sistema. Esta visión

¹² NOGUEIRA, H. (2003), ob. cit., p. 71.

interpretativa convergente de los derechos, los asegurados por la Constitución y los asegurados por el derecho convencional internacional, deriva necesariamente del artículo quinto, inciso segundo de la Carta Fundamental”¹³.

En conclusión, el sistema nacional de protección de los derechos fundamentales se completa con la integración del derecho internacional de los derechos humanos, optimizando la operatividad de estos derechos y dotando de una adecuada protección a la dignidad humana.

- e) Posición preferencial: El Estado constitucional y democrático de derecho implica que todo el Estado y sus diferentes organismos e instituciones se constituyen en función de la dignidad de la persona, del pleno desarrollo de sus derechos fundamentales y del bien común.

Tal como dispone el artículo 1° inciso cuarto de la Carta Fundamental, “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

¹³ Ibídem, p. 54.

material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”¹⁴.

La relevancia de la dignidad humana como criterio orientador de la actuación del Estado puede constatarse en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

“Que, el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno a la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que prexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5°, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos”¹⁵.

En otras palabras, en un Estado constitucional de derecho, los derechos fundamentales tienen una posición preferente respecto al

¹⁴ DECRETO SUPREMO N° 100, ob. cit., p.1.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 7 de julio de 2009, Rol N° 1218-08-INA. Considerando Décimo Octavo.

poder público, dado que persona es el objetivo y finalidad de toda la actuación estatal.

- f) Eficacia erga omnes: La protección del contenido esencial de los derechos constituye una garantía institucional en relación con los fines establecidos objetivamente por la carta fundamental.

Esta eficacia general o erga omnes de los derechos se encuentra establecida en el artículo 6° inciso segundo de la Constitución Política de la República, que dispone “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”¹⁶.

Resulta ejemplar lo resuelto por el Tribunal Constitucional a este respecto:

“Que, como ya se ha señalado, el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1°, 4° y 5°, inciso segundo, de la misma, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus

¹⁶ DECRETO SUPREMO N° 100, ob. cit., p. 2.

disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado;

Que estos principios y valores, como ya se recordó –y lo hace manifiesto el inciso segundo del artículo 6° de la Constitución, que precisa que sus preceptos obligan no sólo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado, sino a toda persona, institución o grupo-, no configuran meras declaraciones programáticas sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo presidir la labor del intérprete constitucional, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del respeto de las disposiciones de la Constitución;

Que por lo recién expresado, debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema¹⁷.

¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 10 de junio de 2008, Rol N° 943-07, Considerandos Trigésimo a Trigésimo Segundo.

g) Fuerza expansiva: La hermenéutica constitucional debe basarse en el principio *favor libertatis*, que da fuerza expansiva a los derechos, ya que, en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja asegurando y garantizando los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente y jerarquizada a la luz de los valores que los informan.

1.3. Determinación del catálogo de derechos fundamentales

Otra pregunta que surge al momento de entregar una definición de derechos fundamentales consiste en la determinación de cuáles son los derechos inherentes a la persona humana.

Según Ferrajoli, el concepto de derechos fundamentales comprende cuatro categorías de derechos: los derechos humanos, que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales; los derechos públicos, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como el derecho de reunión y asociación y el derecho al trabajo; los derechos civiles, que son los derechos secundarios adscritos a todas las

personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada; y los derechos políticos, que son, en fin, los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el de sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política¹⁸.

Por su parte, Nogueira señala que son derechos fundamentales aquellos proclamados internacionalmente como tales, ya que las convenciones internacionales referentes a derechos humanos, a las que se refiere el artículo 5º inciso segundo, califican a los derechos en ellas reconocidas como derechos “inherentes a la persona humana”. Tal sería el caso del Preámbulo común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas; del Preámbulo de la Convención contra la Tortura y Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; del Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, que los define como “atributos de la persona humana”, como en la

¹⁸ FERRAJOLI, L. (2004), ob. cit., p. 40.

generalidad de las convenciones internacionales sobre la materia, siendo todos ellos derechos esenciales, universales e inherentes a la persona humana¹⁹.

En efecto, en la sesión 203 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se sostuvo: “la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana”²⁰.

El Tribunal Constitucional también ha constatado la existencia de derechos fundamentales implícitos:

“Tanto la doctrina como nuestra Constitución reconocen la existencia de derechos, aunque estos no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales. Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional”²¹

En otras palabras, podemos concluir que la Constitución no crea los derechos, sino que sólo los protege, asegura y garantiza. Nuestra Carta

¹⁹ NOGUEIRA, H. (2003), ob. cit., p. 87.

²⁰ *Ibidem*, p. 88.

²¹ NOGUEIRA, Humberto (2010). “El derecho de sufragio en el ordenamiento jurídico chileno” en *Gaceta Jurídica* N° 365, p. 8.

Fundamental reconoce derechos anteriores y preexistentes a la existencia de la norma jurídica, ya que los derechos son inherentes a la naturaleza humana y a la dignidad de la persona humana. Esto nos permite considerar que no es necesario que un derecho se encuentre contemplado expresamente en la Constitución para ser considerado esencial, humano o fundamental²².

Hacemos nuestras las palabras de Nogueira, al sostener que “[l]a denominación utilizada de derechos esenciales, humanos o fundamentales, explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de fundamentalidad de los derechos, la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del status jurídico de la personas (...) Puede sostenerse, entonces, que los derechos esenciales, fundamentales o humanos se protegen por su importancia intrínseca, desechando la concepción de que ellos son fundamentales porque son protegidos”²³.

Esto implica afirmar que los derechos esenciales o fundamentales no son sólo los que se encuentran enumerados en la Constitución como tales, sino que también podemos considerar como tal el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos asegurados por el Capítulo II de la Carta Fundamental y en general, todos aquellos que se encuentran contenidos en tratados

²² NOGUEIRA, H. (2003), ob. cit., p. 94.

²³ NOGUEIRA, H. (2013), ob. cit., p. 118.

internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, los cuales se incorporan a nuestro derecho interno en virtud de lo dispuesto por el artículo 5° inciso segundo de la Constitución²⁴.

A lo anterior obliga, además de lo ya dicho, lo dispuesto por la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, la que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, en cuyo artículo 27 dispone que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”²⁵.

Así, la necesidad de cumplir lo dispuesto por un tratado reconocido por un Estado implica que éste debe aplicar e implementar sus normas a su derecho interno, ya sea mediante la creación de normas propicias para ello, o bien implementándolo directamente, si estamos ante normas autoejecutables, y al mismo tiempo, aquellas incompatibles con dicho tratado deben ser derogadas.

La Corte Suprema, en el caso de Fernando Vergara Vargas, hace una expresa afirmación de la vigencia, en el derecho interno chileno, del principio de la primacía del Derecho Internacional por sobre el derecho interno, tal como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los

²⁴ [cfr.] NOGUEIRA, H. (2003), ob. cit., p. 88.

²⁵ CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS [en línea] https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf

Tratados. En efecto, la Corte Suprema señaló que “Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno y que invoca el Consejo de Defensa del Estado en resguardo de los intereses fiscales, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre derechos de los tratados”²⁶.

Por su parte, reflexionando acerca del sentido del artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional en un fallo reciente expresó que “Si bien se mira, esa obligación o deber les correspondería a los órganos del Estado de Chile aunque esa norma específica no existiera, en virtud del principio internacional *pacta sunt servanda* –que se deriva del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados-, que obliga a todos los órganos del Estado parte a cumplir, de buena fe, las obligaciones adquiridas en virtud del tratado, sin admitir excusas fundadas en la aplicación del derecho interno (artículo 27 de la Convención de Viena)”²⁷.

²⁶ AGUILAR, G. (2009), ob. cit., pp. 124-125.

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 23 de enero de 2013. Roles N° 2387-12-CPT y N° 2388-12-CPT acumulados. Considerando Duodécimo.

2. ¿Es posible limitar un derecho fundamental?

2.1. En qué consiste la limitación a un derecho fundamental

La universalidad que caracteriza a los derechos fundamentales no es absoluta. En efecto, si bien se predica la igualdad respecto de un “todos”, esto resulta lógicamente relativo a las clases de sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida. Tal como expone Ferrajoli, “si la intensidad de la igualdad depende de la cantidad y de la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales, la extensión de la igualdad y con ello el grado de democracia de un cierto ordenamiento depende, por consiguiente, de la extensión de aquellas clases de sujetos, es decir, de la supresión o reducción de las diferencias de estatus que las determinan”²⁸.

De cualquier modo, la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente de las diferencias de hecho existentes entre sus titulares.

A partir de estos presupuestos, se comprende el nexo que, por la vía de los derechos, liga las diferencias a la igualdad y las opone a las desigualdades y a las discriminaciones. Las diferencias –sean naturales o culturales- no son otra

²⁸ FERRAJOLI, L. (2004), ob. cit., p. 39.

cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales²⁹.

En la actualidad, la ciudadanía y la capacidad han quedado como las únicas diferencias de status que aún delimitan la igualdad de las personas humanas, sobre las cuales se sustentan las dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre derechos de la personalidad y derechos de la ciudadanía, que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a los ciudadanos, y la existente entre derechos primarios y derechos secundarios, que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar³⁰.

En cuanto a la distinción entre la ciudadanía y la personalidad, en la tradición jurídica se ha mantenido siempre la distinción entre un *status civitatis* (o ciudadanía) y un *status personae* (personalidad o subjetividad jurídica). Una distinción solemnemente proclamada, en forma dicotómica, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789³¹, que suprimía cualquier anterior distinción de *status*, conservado únicamente dos: el de ciudadano y el

²⁹ *Ibidem*, p. 82.

³⁰ *Ibidem*, p. 40.

³¹ Dicha Declaración dispone expresamente que “la Asamblea Nacional, reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano”. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS EL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789 [s.a.], p. 1 [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>>.

de persona, éste último extendiéndose a todos los seres humanos. Ciudadanía y personalidad, forman desde entonces, en todas las Constituciones, los dos *status* subjetivos de los cuales dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales: los derechos de la personalidad, que corresponden a todos los seres humanos en su calidad de personas, y los derechos de la ciudadanía, que corresponden exclusivamente a los ciudadanos³².

No obstante, si bien los derechos fundamentales no deben ser condicionados en cuanto a su titularidad o en cuanto a su ejercicio, están sujetos a límites, explícitos o no. Tal es la opinión del profesor José Luis Cea, quien sostiene que estos derechos poseen “atributos que jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra con rangos ilícitos o abusivos”³³.

Así también lo sostiene el profesor Humberto Nogueira, quien afirma que “[l]os límites pueden ser explícitos o implícitos. Son explícitos cuando la propia Constitución los señala como tales, es condición fundamental que la naturaleza formal del derecho y la de su límite coincidan, de manera tal que sólo bienes o intereses reconocidos y protegidos a nivel constitucional pueden limitar los derechos constitucionales. Los límites pueden ser implícitos o inmanentes,

³² [cfr.] FERRAJOLI, L. (2004), ob. cit., p. 99.

³³ CEA, José Luis (2004). “Derecho Constitucional Chileno”, Tomo II. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 58.

cuando ellos derivan de la necesaria protección de otros bienes o derechos constitucionalmente asegurados, de manera tal que todo derecho está limitado por la exigencia de armonizar su goce con todos los demás derechos fundamentales o humanos contenidos en los pactos internacionales ratificados por Chile y vigentes y en los establecidos por la Constitución formal”³⁴

Podemos decir entonces que las limitaciones a los derechos fundamentales como “aquellas restricciones al ejercicio de un determinado derecho básico, de manera tal que toda pretensión de ejercicio del atributo respectivo que vulnere los límites impuestos por las mismas, es por esencia antijurídica y puede derivar para el titular infractor en las responsabilidades que para tal efecto prevea el ordenamiento jurídico positivo”³⁵.

En cuanto a la forma en que dicha limitación puede concretarse, existen diferentes clasificaciones de las limitaciones posibles a los derechos fundamentales, pero para efectos de nuestro estudio, nos centraremos en aquella que atiende a la norma en la que consta la limitación.

Al respecto, Robert Alexy sostiene que “una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición

³⁴ NOGUEIRA, H. (2003), ob. cit., p. 248.

³⁵ TORTORA, Hugo (2010). “Las limitaciones a los derechos fundamentales” en *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 2, p. 168.

puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción. Con esto, puede fijarse ya una primera característica: las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son constitucionales”³⁶.

Así, Alexy distingue entre las restricciones directamente constitucionales, en las cuales la cláusula restrictiva consta en la propia Carta Fundamental, sin existir delegación a otra autoridad o persona para imponer tales limitaciones, y las restricciones indirectamente constitucionales, que son aquellas cuya imposición se encuentra autorizada por la Constitución, siendo ésta la que genera competencia en favor de la ley u otro tipo de norma para regular la limitación respectiva, la cual se expresa mediante la estipulación de las cláusulas de reserva explícitas³⁷.

2.2. Condiciones para la limitación de los derechos fundamentales

Ahora es necesario examinar las condiciones que debe reunir una limitación a los derechos fundamentales para que ésta sea posible.

Se puede señalar que son condiciones de limitación a los derechos fundamentales aquellos presupuestos o requisitos que deben observar las

³⁶ ALEXY, Robert (2002). “Teoría de los Derechos Fundamentales”. 3era Ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 272.

³⁷ [cfr.] TORTORA, H. (2010), ob. cit., p. 176.

autoridades llamadas a imponer, con carácter general, restricciones ordinarias o extraordinarias a esta categoría de derechos, en el entendido que ni el constituyente ni el legislador, ni cualquier otra persona o autoridad que tenga facultades para restringir los derechos fundamentales puede actuar de manera arbitraria³⁸

En primer lugar, debe existir una condición de **carácter competencial** [el destacado es nuestro]. En nuestro ordenamiento, el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales es de dominio constitucional. Por ello, el legislador o cualquier otra autoridad sólo podrán limitar un derecho fundamental cuando se encuentren constitucionalmente habilitados para ello, en virtud de lo dispuesto por el artículo 6° y el artículo 19 número 26 de la Constitución. Además, esta habilitación debe ser expresa, consagrada por el Constituyente a través de normas de competencia, de modo que el órgano dotado de esta facultad sólo podrá limitar los derechos claramente indicados en estas normas, toda vez que no existe una autorización genérica en tal sentido³⁹.

En otras palabras, se trata de potestades conferidas a los operadores jurídicos para limitar en ciertas hipótesis el ejercicio de derechos o suspenderlos temporalmente⁴⁰.

³⁸ [cfr.] *Ibidem*, p. 177.

³⁹ [cfr.] *Ibidem*, pp. 178-180.

⁴⁰ [cfr.] NOGUEIRA, H. (2003), *ob. cit.*, p. 252.

En segundo lugar, también debemos estar ante una **condición de carácter internacional** [el destacado es nuestro], consistente en el respeto al bloque de constitucionalidad de los derechos fundamentales, contemplado en el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, el cual supone que esta clase de derechos no sólo se encuentra garantizada por el ordenamiento jurídico interno, sino que también son protegidas mediante tratados internacionales que una vez ratificados por los Estados, éstos se encuentran obligados a respetar.

Tal como señala Nogueira, “[l]a normativa jurídica constitucional latinoamericana no permite que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos sigan siendo considerados en forma compartimentalizada, sino que deben ser abordados como fuentes de un único sistema de protección de los derechos que tiene por fundamento la dignidad de la persona humana, abordándolos en forma integral, realizando una tarea de armonización e integración, eliminando prejuicios y visiones conflictuales, otorgándoles una visión convergente y optimizadora de los derechos fundamentales”⁴¹.

Ahora, acerca de qué debemos entender por bloque de constitucionalidad, este mismo autor lo define como “el conjunto de los derechos de la persona

⁴¹ NOGUEIRA, H. (2007), ob. cit., p. 41.

(atributos) asegurado por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5° inciso segundo de la Constitución chilena vigente⁴².

En otras palabras, puede afirmarse que tanto los derechos fundamentales contenidos en las normas constitucionales formales como los derechos implícitos derivados de valores o principios constitucionales y los asegurados por el derecho internacional de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales constituyen un bloque en materia de derechos fundamentales de acuerdo con el cual deben ser interpretadas las leyes⁴³.

En cuanto al mencionado artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), éste dispone lo siguiente:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

⁴² Ibídem, p. 42.

⁴³ Ibídem, p. 43.

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”⁴⁴.

A la luz de la norma recién transcrita, podemos afirmar que el artículo 29 de la CADH consagra el principio *pro homine*, el cual consiste en “(...) un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión

⁴⁴ DECRETO SUPREMO N° 873. Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”. Ministerio de Relaciones Exteriores, Diario Oficial, 5 de enero de 1991, p. 10. [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=16022&f=1991-01-05&p=>

extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”⁴⁵.

El principio *pro homine* como pauta de regulación de los derechos humanos se encuentra consagrado positivamente no sólo en la CADH, sino que también en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el cual dispone:

“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”⁴⁶.

⁴⁵ PINTO, MÓNICA (1997). “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en Martín Abregú y Christian Courtis (Coord.). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, p. 163.

⁴⁶ DECRETO SUPREMO N° 778. Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. Ministerio de Relaciones Exteriores, Diario Oficial, 29 de abril de 1989, p. 3. [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=15551&f=1989-04-29&p=>

Así, tanto el artículo 29 de la CADH como el artículo 5° del PIDCP, establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar el goce y ejercicio de los derechos protegidos en mayor medida que la prevista⁴⁷.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dicho que si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana⁴⁸.

En este mismo sentido apunta el profesor Nogueira, cuando sostiene que “el ámbito normativo de cada derecho fundamental está conformado por los elementos precisados tanto por la fuente normativa constitucional como por la del derecho internacional. Todo derecho fundamental queda así limitado por los contenidos de ambas normativas, aplicando siempre aquella que mejor protege el derecho, dándole la mayor fuerza expansiva, que constituye una exigencia ínsita en los mismos derechos, de acuerdo con el principio *pro homine* o *favor persona*”⁴⁹.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta el artículo 30 de la CADH, que dispone: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al

⁴⁷ [cfr.] PINTO, M. (1997), ob. cit., p. 164.

⁴⁸ [cfr.] FILIPPINI, Leonardo y ROSSI, Felicitas (2012). “Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho al voto de las personas condenadas” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, N° 1, p. 196.

⁴⁹ NOGUEIRA, H. (2007), ob. cit., p. 42.

goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”⁵⁰.

Al respecto, en su Opinión Consultiva 5/85, la CIDH estableció parámetros para la legitimidad de las restricciones a derechos, al afirmar que éstas deben perseguir una finalidad legítima, ser proporcionales al fin que persiguen y que no debe existir otra vía menos gravosa para lograr el mismo fin⁵¹.

Asimismo, mediante Opinión Consultiva 6/86, la CIDH sostuvo lo siguiente:

“Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;

b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio

⁵⁰ DECRETO SUPREMO N° 873, ob. cit., p. 10.

⁵¹ FILIPPINI, L. y ROSSI, F. (2012), ob. cit., p. 198.

teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y

c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas⁵².

Además de establecer las condiciones que debe reunir una limitación, en dicha Opinión Consultiva la CIDH establece cómo debe interpretarse el vocablo “ley” a que se refiere el mentado artículo, señalando lo siguiente:

“El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal⁵³.

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1986). Opinión Consultiva 6/86: La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo 18. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf>.

⁵³ *Ibidem*, párrafo 21.

La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”⁵⁴.

En esta misma Opinión Consultiva, la Corte también aborda la delimitación del concepto de “interés general”, indicando que “[e]l requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del “bien común” (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del

⁵⁴ Ibídem, párrafo 27.

hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”⁵⁵.

Sobre este punto, citamos al profesor Hugo Tortora: “Que los derechos puedan ser limitados en consideración al “interés general” no significa en ningún caso que este interés sea superior a los derechos humanos o a la dignidad de la persona, sino sólo implica que los derechos sólo podrán limitarse o restringirse “excepcionalmente” en atención a dicho interés general”⁵⁶.

Finalmente, la CIDH expresó “[q]ue la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”⁵⁷.

En tercer lugar, se requiere una **condición de carácter material** [el destacado es nuestro], la que se refiere al respeto por el contenido esencial del derecho.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 29.

⁵⁶ TORTORA, H. (2010), *ob. cit.*, p. 182.

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1986), *ob. cit.*, párrafo 38.

Al respecto, Nogueira sostiene que “[e]s esencial delimitar el contenido del derecho para saber cuándo se está limitando el derecho, y si esta limitación es constitucional. La delimitación del derecho es la que realiza el constituyente al fijar su contenido y sus fronteras, el constituyente fija el núcleo indisponible del derecho, sin perjuicio de que otras normas puedan complementar el contenido esencial del derecho cuando el constituyente lo autorice”⁵⁸.

El contenido esencial de los derechos se encuentra expresamente protegido por el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, que dispone:

“La Constitución asegura a todas las personas la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”⁵⁹.

Sobre este punto, resulta útil lo expuesto por el profesor José Luis Cea, quien señala que el sustento de la fuente esencial de los valores y derechos constitucionales se encuentra en la dignidad humana: “La dignidad es la calidad de la persona humana que la convierte en fuente y titular de los derechos

⁵⁸ NOGUEIRA, H. (2003), ob. cit., p. 245.

⁵⁹ DECRETO SUPREMO N° 100, ob. cit., p. 14.

inherentes a su naturaleza. En tal sentido, afirmamos que los derechos fundamentales 'son la expresión más inmediata de la dignidad humana'⁶⁰.

En efecto, el artículo 1º inciso primero de la Constitución dispone que “[l]as personas nacen iguales y libres en dignidad y derechos”⁶¹. La dignidad de la persona es el rasgo distintivo e inherente de los seres humanos, constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o un medio para otro fin, dotándola de la capacidad de autodeterminación y de realización libre del desarrollo de la personalidad⁶².

Los derechos y los bienes en el orden constitucional democrático se encuentran al servicio del desarrollo de la persona y del bien común de la sociedad, tal como expresa el citado artículo 1º de la Carta Fundamental, formando parte de un sistema en el cual deben ponderarse los efectos de cada derecho con los bienes protegidos por el constituyente, considerándose sus límites y alcance en cada caso, interpretándolos de forma que tal que se entiendan concebidos al servicio de la persona humana⁶³.

Entonces, reconocida la atribución constitucional con la que cuenta un órgano expresamente habilitado para restringir o limitar un derecho, éste en

⁶⁰ CEA, J. (2004), ob. cit., p. 39

⁶¹ DECRETO SUPREMO N° 100, ob. cit., p. 1.

⁶² [cfr.] NOGUEIRA, H. (2007), p. 33.

⁶³ [cfr.] NOGUEIRA, H. (2003), ob. cit., p. 253.

caso alguno podrá afectar el contenido esencial del derecho, el cual debe permanecer incólume, ya que su fuente es la dignidad inherente a todos los seres humanos.

Citando nuevamente a Cea, “(...) los derechos fundamentales se hallan asegurados a todas las personas, sin discriminación o diferencia arbitraria, prohibiéndose quebrantarlos en su esencia y estando prevista la irretroactividad del ordenamiento jurídico, con las salvedades universalmente admitidas”⁶⁴

Finalmente, una limitación a un derecho fundamental requiere de una **condición de carácter lógico** [el destacado es nuestro], lo que implica que ésta debe ser justificada y proporcional⁶⁵.

Que las limitaciones sean justificadas quiere decir que deben tener una causa o un motivo jurídico concreto, susceptible de ser comprendido y, por lo mismo, de ser revisado. A su vez, deben ser razonadas y razonables, y en ningún caso, arbitrarias o caprichosas. Normalmente, tales restricciones pueden provenir de la necesidad de proteger otros derechos o bien a valores considerados elementales por el constituyente⁶⁶.

⁶⁴ CEA, J. (2004), ob. cit., p. 606.

⁶⁵ [cfr.] TORTORA, H. (2010), ob. cit., p. 185.

⁶⁶ [cfr.] *Ibidem*, p. 185.

Por su parte, que una limitación sea proporcional quiere decir que debe tratarse de una restricción adecuada luego de efectuar un juicio de ponderación entre los principios en juego, concebidos éstos como mandatos de optimización, por lo que “exigen que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes”⁶⁷.

Así, en aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas formas de aplicación, debe acudir al principio de proporcionalidad, porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental. A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función, sin que éste constituya una sanción⁶⁸.

En virtud del principio de proporcionalidad, el operador jurídico debe utilizar las medidas limitativas de derechos que sean idóneas, necesarias y proporcionales para la consecución de objetivo. La finalidad del citado principio es evitar que los poderes públicos que tengan atribuida la competencia para

⁶⁷ ALEXY, Robert (2011). “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, p. 12.

⁶⁸ [cfr.] VILLAVERDE, Ignacio (2004). “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad” en *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial Tecnos, p.182.

aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren, con la limitación, su contenido esencial⁶⁹.

Alexy explica en qué consisten la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente tal como subprincipios del principio de proporcionalidad.

El primer subprincipio, el de la idoneidad, excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los fines para los cuales un determinado derecho ha sido adoptado, siendo este principio una aplicación práctica del Óptimo de Pareto: una posición puede ser mejorada sin perjudicar a otra⁷⁰.

La regla de la idoneidad evalúa la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales en dos sentidos. Por una parte, analiza si la medida o su finalidad son legítimas –idoneidad teleológica-, y por otra, si es adecuada para promover dicha finalidad –idoneidad técnica-. Sólo si la medida

⁶⁹[cfr.] PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2012). “El derecho de voto como derecho fundamental” en *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, Núm. 2, p. 130 [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoElectoral/2/ard/ard4.pdf>>

⁷⁰[cfr.] ALEXY, R. (2011), ob. cit., pp. 13-14.

es admisible en ambos sentidos, podemos afirmar que la limitación ha superado el estándar exigido por esta primera regla⁷¹.

El segundo subprincipio, el de la necesidad, exige que entre dos medios igualmente idóneos para alcanzar la consecución de un determinado principio (P1), debe elegirse aquel que resulte menos lesivo o que intervenga perjudicialmente otro principio (P2)⁷².

La medida sometida a control es teleológicamente necesaria si es la única idónea, lo que significa que no existen otras medidas alternativas que sean igualmente eficaces para la obtención de los fines perseguidos con su imposición. Por otra parte, la medida será técnicamente necesaria si es la que menos afecta otros derechos fundamentales en juego, siendo la más moderada entre aquellas que permiten alcanzar la finalidad pretendida⁷³.

Tanto el principio de idoneidad como el de necesidad se refieren a la optimización de posibilidades fácticas, consistente en ahorrar costos que pueden ser evitados. Sin embargo, los costos devienen en inevitables si los principios entran en conflicto. La ponderación se hace entonces necesaria, tercer subprincipio que se refiere a la optimización de las posibilidades jurídicas,

⁷¹ [cfr.] DÍAZ, L. Iván (2011). “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXVI, pp. 174-175.

⁷² [cfr.] ALEXY, R. (2011), ob. cit., p. 14.

⁷³ [cfr.] DÍAZ, L. (2011), ob. cit., pp. 184-185.

y que se resume en la siguiente regla: “cuanto mayor sea el grado de la afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁷⁴.

La regla de la ponderación evalúa la constitucionalidad de una medida restrictiva, mediante una ponderación que permite determinar qué interés constitucional debe preferirse y cuál debe ceder, según si los beneficios que reporta la medida son mayores o menores que los perjuicios que genera sobre otros bienes constitucionales que colisionan con esta medida⁷⁵.

Nuestra Constitución no contiene ninguna norma que consagre el principio de proporcionalidad de manera expresa, pero éste puede entenderse como una regla propia e implícita del Estado de Derecho⁷⁶.

Ahora bien, ¿Qué debemos entender por Estado de Derecho? Una primera aproximación conceptual permite concebirlo como un Estado donde se respeta sin condiciones el derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan. Estado de Derecho es condición, por tanto, de seguridad jurídica y mantenimiento del *status quo*. Una segunda aproximación permite entender al Estado de Derecho como contraposición al estado de fuerza. Finalmente, desde

⁷⁴ [cfr.] ALEXY, R. (2011), ob. cit., p. 15.

⁷⁵ [cfr.] DÍAZ, L. (2011), ob. cit., pp. 194-195.

⁷⁶ [cfr.] RAINER, Arnold, MARTÍNEZ, José Ignacio y ZÚÑIGA, Francisco (2012). “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Estudios Constitucionales*, año 10, N° 1, pp. 86-87.

una tercera y última perspectiva, el Estado de Derecho es aquel en donde la ley y los derechos fundamentales de participación son asumidos como formas de limitación de la arbitrariedad del Estado mediante un procedimiento público de formación del Derecho y de la garantía de la autonomía individual⁷⁷.

Nogueira se ha referido a la consagración implícita del principio de proporcionalidad en nuestra Constitución, señalando que “el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en la garantía genérica de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículo 6° y 7°), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N° 2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26 de la Constitución), además del valor justicia inherente al Derecho”⁷⁸.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la regulación legal de los derechos “debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad,

⁷⁷ [cfr.] MARSHALL, Pablo (2010). “El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución Política” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 17, N° 2, pp. 186-187.

⁷⁸ NOGUEIRA, Humberto (2010). “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional Chileno” en *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago, Editorial Librotecnia, p. 374.

determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos⁷⁹.

Más recientemente, el Tribunal ha dado paso a una aplicación más clara y abierta del principio de proporcionalidad al señalar que “los límites al derecho consagrado en la Constitución deben, como ha señalado reiteradamente este Tribunal, pasar un examen de proporcionalidad; esto es, perseguir fines lícitos, constituir la limitación un medio idóneo o apto para alcanzar tal fin y resultar el menoscabo o limitación al ejercicio del derecho, proporcional al beneficio que se obtiene en el logro del fin lícito que se persigue”⁸⁰.

A partir de todo lo expuesto, podemos concluir que es posible limitar un derecho fundamental, pero dicha limitación sólo será legítima si cumple con determinadas condiciones. En primer lugar, debe ser impuesta por quien tenga las competencias para ello, siendo el constituyente quien otorga la potestad legislativa para estos efectos. En segundo término, y en virtud del bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución, deben respetarse los criterios que los tratados internacionales establecen para que la limitación sea posible. Tercero, las limitaciones deben respetar el contenido esencial del derecho en cuestión, lo que implica que la acción legislativa no puede afectar el núcleo de los derechos fundamentales,

⁷⁹ RAINER A., MARTÍNEZ J. y ZÚÑIGA F. (2012), ob. cit., p. 87.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 88.

que no es otro que la dignidad humana, principio rector de nuestro ordenamiento constitucional. Por último, las limitaciones deben justificarse por la necesidad de proteger otros derechos fundamentales u otros bienes constitucionalmente protegidos, lo que implica que una restricción debe ser idónea, necesaria y proporcional al beneficio que se intenta lograr con su aplicación.

3. El derecho de voto como derecho fundamental

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispuso en su artículo 6º: “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente, o por medio de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles en todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos”⁸¹.

Al respecto, tal como lo explica el constitucionalista mexicano Miguel Presno Linera, “(...) a diferencia de lo que sucedió en la época liberal, en la que la intervención de los individuos en el ejercicio del poder desempeñaba, en última instancia, una función legitimadora de las limitaciones impuestas por el

⁸¹ DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789 [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>>.

legislador a la libertad natural de las personas, en un sistema democrático ese derecho a participar en los asuntos públicos no desempeña una mera función de legitimación, sino que canaliza el flujo de expectativas políticas de la sociedad al Estado, con lo que la comunidad se autodetermina de manera constante y puede decidir el sentido de su orientación política”⁸².

En la actualidad, la democracia representativa es el sistema político imperante en la mayoría de los países latinoamericanos. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que la democracia representativa es la forma de organización del Estado explícitamente adoptada por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos⁸³.

La elección popular de quienes ejercen el poder público es uno de los elementos centrales de un sistema democrático. Por ende, el voto se concibe como un derecho, es decir, un poder reconocido por el ordenamiento a los individuos para que intervengan en la adopción de las decisiones políticas y en la formación de las normas, que no son sino la voluntad popular. Desde una perspectiva jurídica, más que la participación efectiva lo que importa es la

⁸² PRESNO LINERA, M. (2012), ob. cit., p. 111

⁸³ [cfr.] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999). “Informe N° 137/99. Caso 11.863 Andrés Aylwin Azócar y Otros vs. Chile”. Párrafo 31 [En línea] <http://www.cidh.org/annualrep/99span/de%20fondo/chile11.863.htm>

garantía de la misma, que se construye a partir de normas que aseguren el derecho a decidir, así como la libertad y la igualdad de la decisión⁸⁴.

El derecho de voto permite la realización de los valores relacionados con la democracia: la libertad, la igualdad y el pluralismo político. Sirve a la libertad porque se concibe como expresión, manifestada de manera autónoma y voluntaria, de la elección acerca de la organización política de la comunidad; a la igualdad, porque se atribuye el mismo valor a todos los actos de participación, lo que a su vez tiene relación directa con el pluralismo político, que se define como la garantía de la existencia de distintas maneras de entender la organización del poder político dentro de la sociedad y la atribución a todas ellas de similares posibilidades de realización práctica⁸⁵.

No obstante, que el voto sea un derecho es un tema que no ha estado exento de debate, ya que cierta parte de la doctrina ha tendido a caracterizarlo como un deber. Sin embargo, esta discusión excede al marco de nuestro análisis. Por el momento, citamos el interesante argumento que el profesor Lucas Sierra ha desarrollado sobre este punto: “Frente al voto, el soberano puede llegar a tener un conflicto de interés, ya que el ejercicio del voto puede significar la pérdida de su poder, de su calidad de soberano. Por esta razón, es doblemente necesario considerar el voto como un derecho. No vaya a ser cosa

⁸⁴ [cfr.] PRESNO LINERA, M. (2012), ob. cit., p. 113.

⁸⁵ [cfr.] *Ibidem*, pp. 119-120.

que, ante la amenaza de perder las elecciones, el soberano nos exima del “deber” de votar, como puede eximirnos de pagar un impuesto. O bien, manipule el cumplimiento del deber al punto de establecer lugares de votación lejanos u horarios de votación particularmente incómodos para la población”⁸⁶.

Por lo tanto, el voto debe mantenerse como un derecho jurídico, pues la técnica de los derechos es la última garantía que tienen los individuos frente al Estado. Si, en cambio, el voto se definiera como un deber jurídico, ese núcleo desaparecería. A diferencia de los derechos, los deberes pertenecen por completo al Estado, el que puede agravarlos y manipularlos con bastante discrecionalidad. Por esto, siendo fieles al origen e historia liberal del voto, debemos concebirlo como un derecho⁸⁷.

Ahora, en cuanto al carácter fundamental que una Constitución confiere a este derecho, significa que lo dota de una disponibilidad inmediata para su titular⁸⁸, y atendido su carácter de norma fundamental de todo ordenamiento jurídico, preserva su alteración o vulneración, limitando la potestad de legislador para regular las condiciones en que se llevará a cabo su ejercicio.

⁸⁶ SIERRA, Lucas (2007). “El voto como derecho: una cuestión de principios” en *Modernización del régimen electoral chileno*. Santiago de Chile, Ediciones LOM, pp. 167-168.

⁸⁷ [cfr.] *Ibidem*, p. 168.

⁸⁸ [cfr.] PRESNO LINERA, M. (2012), *ob. cit.*, p. 115.

El derecho fundamental de voto consiste entonces en un derecho subjetivo que la Constitución atribuye a un sujeto que para que pueda defender o ejercer determinadas expectativas de participación política. Con la fuerza normativa de la Constitución, ese apoderamiento consistirá en la posibilidad de exigir a los poderes públicos que aseguren la intervención de manera directa o a través de representantes en el gobierno político de la comunidad⁸⁹.

Respecto al contenido de este derecho, éste consiste en la autodeterminación política de los individuos que están sujetos a un determinado sistema jurídico. Lo que asegura este derecho es la facultad de intervenir en los asuntos políticos, intervención que ha de realizarse de manera directa o por medio de representantes elegidos con libertad en elecciones periódicas por sufragio universal⁹⁰.

La autonomía política implica concebir al ciudadano como agente capaz de influir en el resultado colectivo, dando espacio a la discusión y al acuerdo mayoritario, consustanciales a la democracia moderna.

Ahora bien, propiciar la discusión amplia y reflexiva sólo es posible si concebimos a los derechos fundamentales a la manera de Ferrajoli, es decir, y como ya expusimos, como todos aquellos derechos subjetivos que

⁸⁹ [cfr.] *Ibidem*, p. 115.

⁹⁰ [cfr.] *Ibidem*, p. 119.

corresponden universalmente a todos los seres humanos en tanto dotados del status de personas, o de ciudadanos o de personas capaces de actuar.

En este sentido, una democracia debe propiciar la libertad de participación en la discusión, la cual conduce hacia acuerdos mayoritarios, y en esta discusión deben tomar parte la mayor cantidad de agentes políticos que sea posible⁹¹.

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos ha reafirmado en numerosas oportunidades la relación entre democracia representativa y derechos humanos, enfatizando la necesidad del ejercicio de los derechos políticos a fin de elegir a las autoridades del gobierno. Es así como la Asamblea General ha recomendado a los Estados miembros que no lo han hecho, que restablezcan o perfeccionen el sistema democrático de gobierno, en el cual el ejercicio del poder se derive de la legítima y libre expresión de la voluntad popular, de acuerdo con las características y circunstancias propias de cada país⁹².

En efecto, Mediante Resolución 837 (XVI-0/86), la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos concluyó “[r]eafirmar el derecho

⁹¹ [cfr.] FONDEVILA, Gustavo y MEJÍA, Alberto (2011). “Restricciones al derecho de voto” en *Revista de Justicia Electoral*. Ciudad de México, Vol. 1, N° 7, p. 158.

⁹² [cfr.] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999), párrafo 35.

inalienable de todos los pueblos americanos a elegir libremente un sistema político, económico y social sin injerencias externas, por medio de un auténtico proceso democrático, en un régimen de justicia social, en el que todos los sectores de la ciudadanía gocen de las garantías necesarias para participar libre y efectivamente mediante el ejercicio del sufragio universal”⁹³.

En conclusión, en un sistema democrático, asegurar la participación más amplia posible de todas las personas determinadas como ciudadanos en los procesos electorales, constituye un elemento central de la legitimación del sistema institucional y de las autoridades electas⁹⁴.

Citando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “[e]l derecho a elegir y ser elegido en elecciones abiertas, realizadas por sufragio universal e igual, que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, cumple en la democracia representativa una función legitimadora esencial de la autoridad política. Por ello, el vínculo entre electores y elegidos y la autenticidad de la representación sólo pueden lograrse a través de mecanismos que aseguren la más libre y amplia participación de los ciudadanos”⁹⁵.

⁹³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999), párrafo 37.

⁹⁴ [cfr.] NOGUEIRA, H. (2010), ob. cit., pp. 14-15.

⁹⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999), párrafo 95.

Determinado el carácter del derecho a voto como un derecho fundamental, el siguiente paso en nuestro análisis consiste en examinar su consagración como tal en nuestro ordenamiento jurídico.

4. Consagración del derecho a voto como un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico chileno

4.1. Consagración en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes

4.1.1. Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de enero de 1991, consagra en su artículo 23 a los derechos políticos, disponiendo lo siguiente:

“1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

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, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”⁹⁶.

Así, existe reiterada jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cual se ha reconocido al derecho de voto como un derecho fundamental.

En *Yatama vs. Nicaragua*, la CIDH expuso que “Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho a voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica

⁹⁶ DECRETO SUPREMO N° 873, ob. cit., p. 8.

que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán”⁹⁷.

En este mismo sentido falló en *Castañeda vs. Gutzman*: “Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones en asuntos públicos”⁹⁸.

A partir de lo expuesto, vemos entonces que la CIDH ha resaltado la importancia de los derechos políticos y en particular, del derecho a voto, en la inteligencia de que ellos propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Así ha destacado que el ejercicio efectivo de estos derechos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental para garantizar la vigencia del resto de los derechos humanos previstos en la Convención. Y

⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 127. Sentencia de fecha 23 de junio de 2005. Párrafo 198.

⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Castañeda Gutzman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184, párrafo 145.

también, que el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia, una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política e implica que todos ellos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán⁹⁹.

Por lo tanto, si los derechos consagrados por la CADH forman parte de nuestro ordenamiento jurídico al tenor de lo dispuesto por el artículo 5° inciso segundo de la Constitución, el voto es un derecho que puede ser considerado fundamental, y aunque ésta no lo mencione como tal en el catálogo de garantías contenido en el artículo 19 de la misma, el Estado de Chile tiene la obligación de adecuar la normativa interna para consagrarlo como tal, en virtud del artículo 2° de la CADH, el cual dispone:

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”¹⁰⁰.

⁹⁹ [cfr.] FILIPPINI L. y ROSSI F. (2012), ob. cit., p. 197.

¹⁰⁰ DECRETO SUPREMO N° 873, ob. cit., p. 2.

Al respecto, la Corte Interamericana ha fallado que el artículo 2° de la CADH “incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección a la Convención”¹⁰¹.

A partir de dicho razonamiento, en un párrafo posterior del mismo fallo, se resolvió que “La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio,

¹⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, párrafo 170.

considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”¹⁰².

4.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966, y que fue publicado en el Diario Oficial con fecha 23 de abril de 1989, dispone en su artículo 25 lo siguiente:

“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) 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;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”¹⁰³.

¹⁰² *Ibidem*, párrafo 201.

¹⁰³ DECRETO SUPREMO N° 778, ob. cit., p. 9.

4.2. Evolución histórica del derecho a voto en Chile

El Chile Republicano tuvo en una primera época un régimen electoral de tipo censitario (1810-1874). En éste, a través de distintas disposiciones, se reservó la calidad de ciudadano y el derecho a sufragio sólo a personas que cumplieran con requisitos de tipo educacional, ético, patrimonial, cultural, con lo cual la elección de las autoridades quedó en manos de un pequeño grupo de personas pertenecientes a la élite terrateniente y mercantil, que fue el que lideró el proceso independentista¹⁰⁴.

No fue sino hasta el año 1884 que se estableció enfáticamente que el voto era secreto y que las mujeres no estaban calificadas para sufragar. Cinco años después, una nueva reforma propuso la creación de un registro electoral permanente, eliminándose los requisitos patrimoniales para tener la calidad de ciudadano y estableciéndose una edad mínima para sufragar. Por lo tanto, a partir de 1888 eran ciudadanos con derecho a sufragio los chilenos que hubieran cumplido 21 años de edad, que supieran leer y escribir y estuvieran inscritos en los registros electorales del departamento¹⁰⁵.

¹⁰⁴ [cfr.] NAZER, Ricardo y ROSEMBLIT, Jaime (2000). "Electores, sufragio y democracia en Chile: una mirada histórica" en *Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*. Santiago de Chile, N° 48, Editorial Universitaria, p. 215. [En línea] <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-74767.html>

¹⁰⁵ [cfr.] *Ibíd.*, p. 216.

En 1890 se llevó a cabo una nueva reforma de la ley electoral, la cual estableció la confección de los registros electorales por subdelegaciones, así como también se adoptaron medidas tendientes a garantizar el carácter secreto del sufragio. Igualmente se consagró un sistema de voto acumulativo que permitía garantizar la representación de las minorías en el Congreso¹⁰⁶.

Otro cambio importante en el sistema electoral se produjo con la llegada del régimen parlamentario en 1891. Surgió con fuerza la manipulación del sistema, mediante la intervención de los registros electorales, el cohecho y el fraude, por lo que en el año 1915 se realizó una nueva modificación del régimen electoral, que significó el traspaso del manejo municipal a una Junta Especial de Contribuyentes y el establecimiento de un padrón electoral permanente, el cual se renovarían cada nueve años¹⁰⁷.

Frente al saneamiento del padrón electoral sólo quedó en manos de los partidos el cohecho y el fraude para manipular las elecciones, práctica que se extendió rápidamente. De esta manera, la educación y toma de conciencia política del obrero y del campesinado y la denuncia del cohecho fueron banderas de luchas de los nuevos movimientos políticos, lo que permitió el triunfo de liberales y radicales en las elecciones parlamentarias de 1918, así como también la victoria de Arturo Alessandri Palma en las elecciones de 1920.

¹⁰⁶ [cfr.] *Ibíd.*, p. 216.

¹⁰⁷ [cfr.] *Ibíd.*, p. 217.

Sin embargo, la frustración de los grupos emergentes frente a la inmovilidad del nuevo gobierno, sumada a la crisis económica desatada por la decadencia de la industria salitrera, condujeron a una nueva crisis del sistema político, la cual culminó con la promulgación de la Constitución de 1925¹⁰⁸.

La Constitución de 1925 dispuso que eran ciudadanos con derecho a sufragio los chilenos que hubieran cumplido 21 años de edad que supieran leer y escribir y que se encontraran inscritos en los registros electorales, los cuales serían públicos y válidos por el tiempo que determinare la ley. Asimismo, dispuso que en las elecciones populares el sufragio sería siempre secreto¹⁰⁹.

La participación electoral en el período 1925-1946 fue muy reducida, fluctuando entre los 302.142 y los 641.505 inscritos, observándose una importante abstención, con un promedio superior al 20%. Las cifras citadas variaron en el período 1952-1970, con cifra inicial de 1.005.029 y final de 3.539.747 inscritos, siendo el promedio de abstención superior al 15%. Si se considera la proporción del número de electores inscritos en relación a la población nacional, en 1925 era sólo el 7,42% y en 1970 el 36%¹¹⁰.

¹⁰⁸ [cfr.] *Ibidem*, pp. 218-219.

¹⁰⁹ [cfr.] *Ibidem*, p. 219.

¹¹⁰ [cfr.] CARRASCO, Sergio (2009). "La evolución política constitucional de Chile" en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 7, N° 1, p. 304.

Tal crecimiento se debió, por una parte, a un mayor acceso o interés a participar en la vida cívica, a la obligatoriedad de la inscripción en los registros electorales y del sufragio mismo, a la incorporación en 1934 y 1949 del sufragio femenino, que inicialmente llegó al 30% del registro total de electores y luego de veinticinco años al 50% del mismo, a la rebaja de la edad mínima para sufragar de los 21 a 18 años y, en menor proporción, a la ampliación del derecho a los analfabetos y no videntes¹¹¹.

4.3. Consagración del derecho a voto en la Constitución vigente

El artículo 13 de la Constitución Política de la República dispone:

“Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva.

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.

Tratándose de los chilenos a que se refieren los números 2° y 4° del artículo 10, el ejercicio de los derechos que les confiere la ciudadanía

¹¹¹ [cfr.] *Ibidem*, p. 304.

estará sujeto a que hubieren estado avecindados en Chile por más de un año”¹¹².

Por su parte, el artículo 15 del mismo cuerpo legal, dispone:

“En las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario.

Sólo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución”¹¹³.

Si bien el derecho de voto no se encuentra dentro del catálogo de derechos y garantías fundamentales que la Constitución asegura a todas las personas en su artículo 19, debemos recordar que, de acuerdo a lo ya expresado en este capítulo, toda persona es titular de los derechos que emanan de su propia naturaleza, no siendo óbice para su goce y protección que éstos se encuentren consagrados de manera expresa en el texto constitucional, entendiendo por tales derechos todos aquellos que se encuentran contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, los cuales se incorporan a nuestro derecho interno en virtud de lo dispuesto por el artículo 5° inciso segundo de la Constitución.

¹¹² DECRETO SUPREMO N° 100, ob. cit., p. 4.

¹¹³ *Ibidem*, p. 4.

5. Límites constitucionales al derecho de voto en el ordenamiento jurídico chileno

El artículo 16 de la Constitución Política dispone:

“El derecho de sufragio se suspende:

1° Por interdicción en caso de demencia;

2° Por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista, y

3° Por haber sido sancionado por el Tribunal Constitucional en conformidad al inciso séptimo del número 15° 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 por el inciso séptimo del número 15° del artículo 19”¹¹⁴.

Por su parte, el artículo 17 del mismo cuerpo legal, refiriéndose a la pérdida de la calidad de ciudadano, dispone:

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 4.

“Art. 17. La calidad de ciudadano se pierde:

1° Por pérdida de la nacionalidad chilena;

2° Por condena a pena aflictiva; y

3° 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 2°, 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 3°, podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez cumplida la condena”¹¹⁵.

Precisamente, la problemática de este trabajo se centra en el numeral 2° de la citada norma, la cual será analizada en los capítulos siguientes.

6. Conclusiones del capítulo

Este primer capítulo nos permite sentar uno de los presupuestos de nuestra hipótesis: un derecho posee el carácter de fundamental no por estar consagrado en el texto constitucional como tal, el cual no crea los derechos fundamentales, sino que sólo los garantiza, puesto que éstos son preexistentes,

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 5.

al emanar de la dignidad humana, es decir, del valor inherente a todo ser humano en su calidad de tal.

En el caso del ordenamiento chileno, los derechos que gozan de dicha característica, independiente de su denominación, no sólo son aquellos que se encuentran consagrados materialmente en la Constitución, sino que también deben considerarse aquellos que por medio del bloque de constitucionalidad se integran a nuestro ordenamiento jurídico.

Nuevamente citando a Nogueira, “[t]ales derechos son derechos fundamentales y derechos humanos, no un simple estatus jurídico *civitates*, aun cuando nuestra Constitución no lo precise así, debiendo aplicarse al respecto el principio favor persona o *pro homine* contenido en el artículo 29 de la CADH, aplicando los atributos que integran los derechos políticos en cuanto derechos esenciales de la persona, los que se encuentran contenidos en el artículo 23 de la CADH (...)”¹¹⁶.

En esta virtud, y en lo que interesa para el objeto del presente trabajo, pudimos establecer que el derecho de voto es un derecho fundamental, no sólo atendida la naturaleza del mismo, sino también porque se encuentra

¹¹⁶ NOGUEIRA, H. (2010), ob. cit., pp. 10-11.

consagrado como tal por tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad.

No obstante, y como también vimos, que un derecho sea fundamental no implica que se encuentra exento de la posibilidad de ser limitado por el legislador, sin perjuicio de que esta limitación debe reunir ciertas condiciones, las cuales ya fueron analizadas.

En el caso del derecho de voto, el constituyente ha impuesto dos clases de limitaciones: la suspensión y la pérdida del mismo, por las causales establecidas en los artículos 16 y 17, ya citados. Nuestro trabajo se centra en la primera de éstas, por lo que en el siguiente capítulo, analizaremos la norma, mientras que en el capítulo subsiguiente, examinaremos de qué forma ésta no cumple con las condiciones que exige toda limitación, y las condiciones de esta deficiencia.

CAPÍTULO II. EL ARTÍCULO 16 NUMERAL 2° DE LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DE LA REPÚBLICA: LA ACUSACIÓN PENAL COMO UNA
LIMITACIÓN AL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO

En este segundo capítulo analizaremos la norma bajo estudio, específicamente en lo que respecta a la acusación por delito que merezca pena aflictiva como causal de suspensión del ejercicio del derecho a voto.

Así, comenzaremos con la historia de su establecimiento, para luego determinar el significado de cada uno de los vocablos que la componen, concluyendo con algunos intentos de modificaciones legislativas que lamentablemente no han tenido éxito.

Cabe mencionar que este análisis cobra relevancia atendidas las repercusiones de esta disposición, tanto en el ejercicio del derecho de sufragio como en la posibilidad de optar a cargos de elección popular, tales como los de Presidente de la República¹¹⁷, diputado¹¹⁸, senador¹¹⁹, alcalde¹²⁰ o concejal¹²¹.

¹¹⁷ El artículo 25 de la Constitución Política de la República dispone que "Para ser elegido Presidente de la República se requiere tener la nacionalidad chilena de acuerdo a lo dispuesto en los números 1° o 2° del artículo 10; tener cumplidos treinta y cinco años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio". DECRETO SUPREMO N° 100, .ob. cit., p. 16.

¹¹⁸ De igual forma, el artículo 48 del mismo cuerpo legal dispone: "Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, tener cumplidos veintiún años de edad, haber cursado la

No obstante, este trabajo tiene por objeto analizar la limitación del sufragio respecto de su dimensión activa, esto es, de su ejercicio, por lo que el presente capítulo se centrará únicamente en este aspecto.

1. Historia del artículo 16 numeral 2° de la Constitución Política de la República

1.1. Tratamiento de las causales de suspensión del derecho de sufragio por las Constituciones anteriores

El actual numeral 2° del artículo 16 de la Constitución Política de la República, que suspende el derecho a sufragio respecto de las personas procesadas por delitos que merezcan penas aflictivas o que sean calificados de terroristas, encuentra sus antecedentes en la Constitución de 1822, la cual fue la primera en regular esta materia, al disponer en su artículo 16 “La ciudadanía

Enseñanza Media o equivalente y tener residencia en la región a que pertenezca el distrito electoral correspondiente durante un plazo no inferior a dos años, contando hacia atrás desde el día de la elección”. *Ibidem*, p. 24.

¹¹⁹ Finalmente, el artículo 50 dispone: “Para ser elegido senador se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, haber cursado la enseñanza media o equivalente y tener cumplidos treinta y cinco años de edad el día de la elección”. *Ibidem*, pp. 24-25.

¹²⁰ El artículo 57 de la Ley Orgánica de Municipalidades dispone que “Para ser candidato a alcalde se deberá acreditar haber cursado la enseñanza media o su equivalente N° 1 y cumplir con los demás requisitos señalados en el artículo 73 de la presente ley. DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Ministerio del Interior, Diario Oficial, 26 de julio de 2006, p. 29. [En línea] :<http://www.leychile.cl/N?i=251693&f=2014-04-01&p=>

¹²¹ El artículo 73 de esta misma ley dispone: “Para ser elegido concejal se requiere: a) Ser ciudadano con derecho a sufragio;”. *Ibidem*, pp. 42-43.

se suspende: 6° En el que se halla procesado criminalmente”, norma que también se consagró en el artículo 13 de la Constitución moralista de 1823.¹²²

El hecho de estar procesado criminalmente desaparece como causal de suspensión de la ciudadanía en la Suprema Ley de 1828, pero reaparece en las Constituciones de 1833, 1925 y 1980.

En efecto, el artículo 10 de la Constitución de 1833 disponía que “Se suspende la calidad de ciudadano activo con derecho de sufragio: 4° Por hallarse procesado como reo de delito que merezca pena aflictiva o infamante”¹²³.

Por su parte, el artículo 8 de la Constitución de 1925, y muy similarmente, preceptuaba “Se suspende el ejercicio del derecho a sufragio: 2° Por hallarse procesado el ciudadano como reo de delito que merezca pena aflictiva”¹²⁴.

¹²² [cfr.] BECA, Juan Pablo (1998). “Presunción de inocencia y suspensión del derecho a sufragio” en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, p. 127.

¹²³ CONSTITUCIÓN DE 1833 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535sufragio>

¹²⁴ CONSTITUCIÓN DE 1925 [en línea] <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/1925.pdf>

1.2. Historia del artículo 16 número 2° de la Constitución Política de la República de 1980

1.2.1. Actas oficiales de la Comisión Constituyente

1.2.1.1. Sesión número 74 del 30 de septiembre de 1974

La tensión entre el derecho de sufragio y la presunción de inocencia fue reconocida en el mismo año 1974, al momento de discutir las causales de la suspensión de la ciudadanía. Los comisionados Evans y Guzmán manifestaron sus aprehensiones acerca de la conveniencia de la norma, pues importaba tratar al procesado como condenado.

Así consta en las actas:

“Respecto a la segunda causal, que dice: “Por hallarse procesado el ciudadano como reo de delito que merezca pena aflictiva”, [el comisionado Guzmán] tiene dudas sobre la conveniencia de mantenerla. Por una parte se resiste a la mantención de esta disposición, porque cree que el ciudadano, mientras está procesado no es culpable; es cierto que ha sido declarado reo y que, además, sobre él hay presunciones fundadas de que puede ser autor, cómplice o encubridor de un delito,

pero no hay pronunciamiento judicial definitivo. Estima que en el ánimo popular ha existido la errónea magnificación de lo que significa ser encargado reo. Simplemente, es ser sometido a proceso y, en general, en la opinión pública hay la impresión de que por el hecho de ser encargado reo una persona, poco menos que hay respecto de ella una resolución contraria de la justicia y que está en una situación incómoda, idea que se ha ido reforzando por todas las disposiciones legales que suspenden a la persona en el momento en que es encargada reo y que está sometida a proceso. Por otra parte, hay un argumento positivo para mantenerla, porque no hay duda de que la encargatoria de reo supone una presunción fundada y naturalmente que ello algo indica”¹²⁵.

Por lo anterior, declaró que respecto de esta segunda causal tenía grandes vacilaciones y, por lo mismo, prefería escuchar los puntos de vista de los demás miembros de la Comisión.

Enrique Evans también era partidario de suprimir esta causal de suspensión de la ciudadanía. En las actas se expresó que el señor Evans “[c]ree que el que está procesado, está enfrentando a la justicia, al orden, al poder jurisdiccional, en calidad de individuo vinculado presuntivamente a un hecho delictuoso. No es un hombre al que la justicia haya condenado y por razones y por razones de

¹²⁵ COMISIÓN REDACTORA DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. “Actas oficiales de la Comisión Constituyente” (1974), p. 173 [En línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

defensa social lo haya marginado. En seguida, manifiesta desconocer si hay estadísticas que prueben el número de individuos que, de procesados, pasen a ser condenados a pena aflictiva. En este orden, ha visto con sorpresa y desazón que tres obreros agrícolas de Padre Hurtado han estado dos meses en calidad de detenidos e incomunicados, acusados de homicidio, hasta que la Brigada respectiva, encargada por la Juez de Talagante de investigar los hechos, descubrió al verdadero culpable. La Juez, de oficio, revocó en auto encargatoria de reo”¹²⁶.

Por su parte, el señor Ortúzar:

“Estima que, por el sólo hecho de encontrarse procesado, es fuerte concluir que el individuo pierde su empleo, lo que significa privarle de sus medios de subsistencia a él y a su familia, pues si en este caso se le suspende la calidad de ciudadano, automáticamente se le suspende de la función que está ejerciendo, y en consecuencia de su remuneración. Entonces, resulta que, realmente, el único derecho sustancial que otorga la ciudadanía y que sí debe suspenderse en los casos a que se refiere esta disposición, es el relativo al ejercicio del derecho de sufragio.

¹²⁶ COMISIÓN REDACTORA DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1974), ob. cit., p. 575.

Por eso concuerda con la opinión del señor Evans –a la cual parece inclinarse también el señor Guzmán, si bien es cierto que manifestó tener dudas-, en el sentido de que se podría prescindir de establecer un artículo que contuviera causales de suspensión de la ciudadanía y consignar, únicamente, un precepto que suspendiera el ejercicio del derecho de sufragio en los casos a que se refiere esta disposición y que acordara la Comisión”¹²⁷.

Finalmente, ésta fue la postura que primó, lo que dio origen al actual artículo 16, separándose las causales de suspensión de la ciudadanía de aquellas que suspenden el derecho de sufragio, encontrándose entre aquellas la encargatoria de reo, de acuerdo a la regulación del antiguo procedimiento penal.

1.2.1.2. Sesión número 75 del 3 de octubre de 1974

En esta oportunidad, manteniendo su postura, el señor Evans manifestó su oposición respecto a la exclusión del ejercicio del sufragio. El acta señala que Evans “[t]ampoco es partidario de que el procesado por delitos que merezcan pena aflictiva, o por delitos que atenten contra el ordenamiento institucional de

¹²⁷ COMISIÓN REDACTORA DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1974), ob. cit., pp. 576-577.

la República, así calificados por una ley, quede eliminado del derecho de sufragio, por las razones que en forma abundante dio en sesiones pasadas”¹²⁸.

A diferencia de la sesión anterior, Jaime Guzmán aportó argumentos a favor y en contra de la suspensión del derecho de sufragio respecto de los procesados por delito que merezca pena aflictiva:

“En cuanto a la causal de suspensión de los procesados, expresa tener dudas. Recuerda que manifestó desde un comienzo que le parecía y le sigue pareciendo que el procesado no debe ser tratado como que fuera un condenado. El procesado está siendo, justamente, analizado por así decirlo, por la justicia. Hay una presunción fundada en contra de él, pero no hay más que eso. De manera que, se inclinaría, en principio, por la idea de que el procesado no quede suspendido en sus derechos. La duda consiste en que si se considera como un derecho indisoluble el de sufragio y el de ser elegido, puede tener extraordinario peligro desde un punto de vista práctico y del ordenamiento jurídico del país, que una persona que está siendo procesada postule a un cargo de elección popular y sea elegida, porque no hay duda de que el fallo, que pudiera surgir *a posteriori* de la elección en que ese candidato resultara elegido y

¹²⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. “Historia de la Ley. Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 16. Causales de Suspensión del Derecho de Sufragio”, pp. 18-19. [En línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

trionfante, sería un fallo que entraría en pugna con una resolución del electorado, que incluso pudiese haber sido tomado durante la campaña con una expresa referencia al proceso de que está siendo víctima la persona. Es decir, se coloca en la situación de un candidato que postule estando procesado y que haga de su proceso el motivo central de su campaña, sosteniendo que está siendo víctima, por ejemplo, de una justicia corrupta, o clasista, o parcial. Triunfa en la elección popular, ¿En qué situación quedaría el fallo posterior que condenara a esa persona? Es una situación difícil para el ordenamiento jurídico. De manera que, desde ese punto de vista, se coloca en el otro fiel de la balanza: la conveniencia de consagrar la suspensión con respecto de algún tipo de procesado o de todos ellos. Hay, como se ve, razones a favor y en contra y, por eso, manifiesta sus dudas”¹²⁹.

El señor Ovalle fue de la opinión de excluir del padrón electoral a los que se hallaren procesados por delitos que merezcan pena aflictiva, por la misma razón entregada por el señor Guzmán:

“¿Qué ocurre con el procesado que después de condenado y en el lapso intermedio resultó ser elegido? Además, hay una razón de concepto. Si se decide que no son ciudadanos los condenados a pena

¹²⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ob. cit., pp. 21-22.

aflictiva o por delitos contrarios al régimen democrático, algo habrá que decir respecto de los que han sido encargados reos, que están procesados por esos delitos. Es la consecuencia de lo anterior, porque contrariamente a lo que aquí se dijo, no es una presunción la que vale, sino que tienen que haber presunciones fundadas. En consecuencia, lo normal, lo corriente, es que el encargado reo, realmente, tenga responsabilidad en el delito. Esta es una inhabilidad de orden moral que necesariamente, en su opinión, se debe contemplar.

No se le quita la calidad de ciudadano, sólo se le suspende transitoriamente, porque el Estado tiene el derecho de esperar el resultado de esta investigación, eliminando temporalmente a este individuo de la posibilidad de ejercer su derecho, como una manera de preservarse de la intervención de este hombre que moralmente –sea por actitudes criminales incompatibles con la vigencia de la sociedad o por su disposición a destruir la sociedad de que forma parte- no tiene derecho a entrar a decidir en la sociedad que él está combatiendo. Al señor Ovalle le parece elemental y no teme que por un error judicial quede, a veces, sin sufragar un número muy reducido de individuos, porque lo normal será que aquel que está encargado reo sea realmente condenado. Eso es lo normal. Es muy raro que la sentencia absuelva al que ha sido encargado

reo, porque en Chile la encargatoria de reo supone la concurrencia de requisitos que hacen que el pronunciamiento judicial sea serio”¹³⁰.

El señor Ortúzar coincidía con la opinión del comisionado Ovalle. Así lo expresan las actas:

“Al señor Ortúzar no le merece duda que a las personas que se encuentren procesadas por delitos que merezcan pena aflictiva, o por delitos contra el orden institucional de la República, así calificados por una ley que haya sido aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio, deba suspenderseles el ejercicio del derecho de sufragio y el derecho de optar a cargos de elección popular.

Ahora, si se ha establecido como requisito habilitante de la ciudadanía el no haber sido condenado a pena aflictiva o por delito contra el orden institucional en los casos señalados en el artículo primero del capítulo de la ciudadanía, y si se va a establecer como causa de pérdida de la ciudadanía el haber sido condenado por estos mismo delitos, la lógica indica que también deberían ser causales de suspensión del derecho de

¹³⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ob. cit., pp. 23-24.

sufragio y del derecho de optar a cargos de elección popular, estar procesados por esos delitos”¹³¹.

Atendidas las expresiones de sus colegas, el señor Silva Bascuñán llegó a la misma conclusión:

“Hay que considerar que la declaración de reo supone la intervención del Poder Judicial –y la intervención de él en dos instancias, porque para que la declaración de reo produzca efecto, tiene que ser ejecutoriada, o sea tiene que haber habido una revisión- y que no es una simple detención del ciudadano, sino que es el establecimiento, por dos órganos o grados de jurisdicción, de que en relación con esa persona hay presunciones fundadas de que ha cometido un delito. De manera que si se ha establecido, como muy bien lo recordaba el profesor Ovalle, como una condición habilitante de la ciudadanía misma que quien esté bajo esa gravísima sospecha del ordenamiento jurídico de encontrarse en esa situación de delincuencia, no puede por razones de dignidad formar parte del proceso electoral mientras está sometido a esa situación”¹³².

Como puede observarse, la opinión mayoritaria de los comisionados refleja su equívoca asimilación del procesamiento a la condena, bajo el argumento de que la presunción de culpabilidad como consecuencia de la encargatoria de reo

¹³¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ob. cit., p. 26.

¹³² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ob. cit., p. 28.

era lo suficientemente grave como para suspender los derechos políticos de quienes fueran sujetos de un auto de procesamiento, postura que – probablemente- obedecía a la inexistencia de la consagración tanto legal como constitucional de la presunción de inocencia, y consecuente con ello, la afectación de los derechos de las personas procesadas parecía legítimo.

Sobre este punto, el profesor Juan Pablo Beca sostuvo que “[c]onsiderando que estamos frente a una persona inocente, el ejercicio de sus derechos no puede ser afectado, salvo en casos muy calificados, y siempre que la medida restrictiva de derechos encuentre su justificación en algún bien jurídico superior, como puede serlo, por ejemplo, la seguridad de la víctima”¹³³, por lo que, a su juicio, la suspensión del derecho a sufragio era una medida cautelar injustificada, pues en nada afectaba a la víctima o al proceso penal el que la persona procesada emitiera su sufragio en una elección¹³⁴.

Asimismo, planteaba que “[l]a prohibición que pesa sobre las personas sometidas a proceso resulta ser una diferencia arbitraria, pues no existe razón que la justifique. Dicha diferencia no se funda en la razón ni en la justicia y nada aporta al Bien Común, requisitos para poder considerar que una diferencia no

¹³³ BECA, J. (1998), ob. cit., p. 128.

¹³⁴ [cfr.] BECA, J. (1998), ob. cit., p. 128.

es arbitraria y por tanto ajustada a Derecho, según lo manifestado por el profesor Silva Bascuñán¹³⁵.

1.2.1.3. Sesión número 77 del 14 de octubre de 1974

En esta sesión, se acordó el texto definitivo del N° 2 del artículo relativo a las causales de la suspensión del derecho a sufragio:

“Por hallarse la persona procesada por delito que merezca pena aflictiva o que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del artículo..., sea atentatorio contra el ordenamiento institucional de la república”¹³⁶.

1.2.1.4. Sesión número 83 del 31 de octubre de 1974

En esta sesión se aprobó por la comisión de reforma constitucional el texto del capítulo segundo sobre nacionalidad y ciudadanía:

“ARTÍCULO 14.- (16). Los derechos de sufragio y de optar a cargos de elección popular sólo se suspenden:

1°.- Por interdicción en caso de demencia;

¹³⁵ [cfr.] BECA, J. (1998), ob. cit., p. 129.

¹³⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ob. cit., p. 59.

2°.- Por hallarse la persona procesada por delito que merezca pena aflictiva o que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 12 (14), sea atentatorio contra el ordenamiento institucional de la República, y

3°.- Por encontrarse el ciudadano en situación de incumplimiento de sus obligaciones militares.

Tampoco podrá ejercer los referidos derechos el personal militar de las Fuerzas Armadas, en servicio activo”¹³⁷.

1.2.1.5. Sesión número 411 del 6 de septiembre de 1978

El señor Carmona hizo presente la necesidad de concordar los artículos 17 y 18, que se referían a la suspensión de derecho de sufragio y de la calidad de ciudadano por la condena a pena aflictiva, debiendo incluirse también la referencia a los actos de terrorismo, proposición que fue aceptada, modificándose el N° 2 del artículo 17, disponiendo que el derecho de sufragio sólo se suspendería “Por hallarse la persona procesada por delito que merezca pena aflictiva y por delitos que la ley califique de terrorismo”¹³⁸.

¹³⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ob. cit., p. 61.

¹³⁸ [cfr.] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ob. cit., p. 66.

Por su parte, el señor Guzmán sugirió reemplazar la expresión “como de terrorismo” por “conducta terrorista” para mantener los mismos términos del artículo 9º¹³⁹.

Ambas proposiciones fueron aprobadas.

1.2.1.6. Sesión número 416 del 5 de octubre de 1978

En esta sesión se realizó la revisión final del artículo del anteproyecto de la nueva Constitución, siendo el texto final propuesto por la Comisión Constituyente el siguiente:

“CAPÍTULO II

NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA

Artículo 17. El derecho de sufragio se suspende:

1º.- Por interdicción en caso de demencia;

2º.- Por hallarse la persona procesada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista;

3º.- Por encontrarse el ciudadano en situación de incumplimiento de sus obligaciones militares, y

¹³⁹ [cfr.] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ob. cit., p. 66.

4°.- Por haber sido declarado responsable por el Tribunal Constitucional por acto que atente contra el ordenamiento institucional de la República. Los que por esta causa se hallaren privados del ejercicio de derecho de sufragio quedarán rehabilitados al término de cinco años, contados desde la declaración del Tribunal¹⁴⁰.

1.2.2. Decreto Ley N° 3.464 de 1980 que aprueba la Nueva Constitución Política y la somete a ratificación por plebiscito

Finalmente, la Junta de Gobierno, en ejercicio de la potestad constituyente, aprobó el siguiente texto:

“Artículo 16.- El derecho de sufragio se suspende:

1°.- Por interdicción en caso de demencia;

2°.- Por hallarse la persona procesada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista; y

3°.- Por haber sido sancionado por el Tribunal Constitucional en conformidad al artículo 8° de esta Constitución. Los que por esta causa se hallaren privados del ejercicio del derecho de sufragio lo recuperarán al término de diez años, contado desde la declaración del tribunal¹⁴¹.

¹⁴⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ob. cit., p. 69.

¹⁴¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ob. cit., p. 72.

1.3. Ley N° 20.050 sobre reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República

1.3.1. Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados

Mediante el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, de fecha 18 de mayo de 2005, se propuso modificar el N° 2 del artículo 16, en el sentido de sustituir la expresión “procesada” por la de “sujeta a prisión preventiva”¹⁴².

1.3.2. Tercer Trámite Constitucional: Senado

En sesión N° 13 de fecha 12 de julio de 2005, la Comisión de Constitución, por unanimidad, desechó la propuesta de modificación de la Cámara de Diputados.

Sin embargo, en la discusión en Sala, de fecha 13 de julio del mismo año, el senador Espina realizó la siguiente precisión:

“Quiero dejar constancia –el señor ministro ha tomado nota de esta materia por intermedio de sus asesores- acerca de lo que ocurre con el

¹⁴² [cfr.] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ob. cit., p. 79.

artículo 16, según el cual “El derecho a sufragio se suspende por hallarse la persona procesada por el delito que merezca pena aflictiva”.

Todos saben que hoy no existe en el país el concepto de “procesado”. Por lo tanto, esa norma tiene que incluirse entre aquellas que deberán ser objeto de veto, para actualizarla a la nueva legislación procesal penal. Hoy día no hay procesados: o se formaliza la investigación, o se formaliza la acusación, o hay una persona sujeta a medida cautelar. De manera que dejo constancia de esta precisión, a fin de que se considere en el veto que el Gobierno se comprometió a enviar¹⁴³.

1.3.3. Trámite Veto Presidencial: Senado

En esta oportunidad, al explicar los vetos, el Ejecutivo señaló lo siguiente:

“La modificación tiene por objeto reemplazar la locución “procesada” correspondiente a un régimen de procesamiento penal que quedó desfasado, por la expresión “acusada”, que, si bien no es sinónimo del mismo estado procesal, se corresponde con la figura actual y es acorde con términos del Código Procesal Penal.

¹⁴³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ob. cit., p. 83.

En términos prácticos, se deduce de esta modificación que toda persona imputada en un proceso penal sigue manteniendo el derecho de sufragio hasta que exista formalmente una acusación en su contra por delitos que merezcan pena aflictiva, en cuyo caso, se suspende dicho derecho.

Esta reforma constitucional permite avanzar parcialmente en la conciliación entre la presunción de inocencia y el derecho de sufragio. Este derecho sólo se suspende cuando existe una acusación que, probablemente, esté acompañada o revestida de medidas precautorias, entre otras, la prisión preventiva, cuestión que, en los hechos, dificulta el derecho a voto¹⁴⁴

Finalmente, en la discusión en Sala, el Senado aprobó el veto, por lo que se reemplazó la expresión “procesada” por la de “acusada”.

Como puede observarse, el propio ejecutivo reconoció, mediante su veto, que la sustitución del vocablo “procesada” por “acusada” permitía avanzar sólo parcialmente en el reconocimiento de la presunción de inocencia, lo que se debe a que, tal como analizaremos más adelante, la acusación es una actuación del proceso penal llevada a cabo por un órgano administrativo o bien

¹⁴⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, ob. cit., p. 84.

por el querellante, que en nada guarda relación con la sentencia condenatoria firme y ejecutoriada requerida para la imposición de una pena.

Así también lo entiende el profesor Teodoro Ribera, quien sostuvo que “[e]sta reforma constitucional mejora parcialmente el sistema que consagraba la Carta Magna en su texto original y que derivaba del procesamiento penal la suspensión del derecho a sufragio. Ello, pues ahora será necesario que la persona sea formalmente acusada, lo que implica una etapa procesal posterior al inicio de la mera investigación. No obstante lo anterior, una aplicación plena de la presunción de inocencia debió haber conducido a preservar el derecho a sufragio hasta la existencia de una condena firme y ejecutoriada que lo privara del mismo”¹⁴⁵.

¹⁴⁵ RIBERA, Teodoro (2005). “Reformas constitucionales relativas a la nacionalidad y a la ciudadanía”, en Zúñiga, Francisco (Coord.). *Reforma Constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, p. 299.

2. Análisis del artículo 16 número 2° de la Constitución Política de la República

2.1. El derecho a sufragio

2.1.1. Concepto de derecho a sufragio

Nogueira ha señalado que “[e]l sufragio es la expresión de los ciudadanos organizados como cuerpo político de la sociedad que, mediante el voto, fija la orientación política nacional, mediante la elección de autoridades, como asimismo tomando parte directamente en decisiones políticas mediante referéndum o plebiscitos de nivel nacional y local”¹⁴⁶.

Por su parte, el profesor argentino Mario Justo López lo ha conceptualizado como “una manifestación de la voluntad individual que tiene por finalidad concurrir a la formación de la voluntad colectiva, sea para designar los titulares de determinados cargos concernientes al gobierno de una comunidad, sea para decidir acerca de asuntos que interesa a ésta”¹⁴⁷

¹⁴⁶ NOGUEIRA, H. (2010), ob. cit., p. 15.

¹⁴⁷ LÓPEZ, Mario Justo (1973). “Manual de Derecho Político”. Buenos Aires, Editorial Kapelusz, p. 440.

2.1.2. Sufragio activo

Se puede definir el derecho de sufragio activo como “el derecho individual de voto de cada uno de los ciudadanos que tienen capacidad para participar en una elección, o más exactamente, en cualquiera de las votaciones públicas que se celebren¹⁴⁸”.

Habida cuenta de que la mayoría de los países establecen el sufragio universal, la titularidad del derecho de sufragio activo corresponde, en principio, a todos los ciudadanos, sin discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión o cualquier otra condición personal o social. Sin embargo, se requiere mayor precisión para determinar con exactitud dicha titularidad, sea porque existen requisitos para ostentarla, bien porque el derecho de sufragio activo puede extenderse a quienes no son nacionales, o porque sólo quienes reúnen determinadas condiciones tiene libertad para emitir su voto¹⁴⁹.

Entonces, de ahí que la titularidad del derecho de sufragio activo se determine a través de la exigencia de determinados requisitos positivos, tales como la ciudadanía, la edad o la inscripción en un registro electoral, y mediante el establecimiento de incapacidades o requisitos negativos, como la demencia,

¹⁴⁸ ARAGÓN, Manuel (2007). “Derecho Electoral: Sufragio activo y pasivo” en *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 180.

¹⁴⁹ [cfr.] ARAGÓN, M. (2007), ob. cit., pp. 180-181.

la condena judicial, la privación de libertad, la observancia de mala conducta, ser miembro activo de las Fuerzas Armadas o Policiales, entre otras¹⁵⁰.

En relación a estos requisitos negativos, todos ellos pueden ser objetados, en cuanto minan el carácter universal del derecho de sufragio, atendida su dudosa razonabilidad, excluyendo a numerosos grupos de personas sin causa plenamente legítima que lo justifique. Más específicamente, ser miembro de las Fuerzas Armadas o Policiales, o condenado a penas privativas de libertad, desde los principios generales de la democracia y del Estado de Derecho, son más propios como causas de inhabilitación para ser elegible, pero no para ser elector¹⁵¹.

Incluso, como señala Aragón, “El problema es más grave en los casos en que ni siquiera se exige sentencia judicial, sino sólo detención por la autoridad o auto de procesamiento, situación en la cual el derecho queda casi absolutamente sin garantías”¹⁵².

¹⁵⁰ [cfr.] *Ibidem*, pp. 181-184.

¹⁵¹ [cfr.] *Ibidem*, pp. 184-185.

¹⁵² *Ibidem*, p. 185.

2.1.3. Sufragio pasivo

Podemos definir el derecho a sufragio pasivo como “el derecho individual para ser elegible y a presentarse como candidato en las elecciones para cargos públicos”¹⁵³.

La titularidad del derecho y las condiciones para su ejercicio no son las mismas exigidas para el derecho de sufragio activo, sin perjuicio de que la relación es muy estrecha, ya que tener la cualidad de elector es requisito indispensable, si bien no suficiente, para ser elegible¹⁵⁴.

Entre los requisitos positivos para ser elegible, además del ya mencionado, en la mayoría de los ordenamientos de Latinoamérica se exige tener la condición de ciudadano. Sin embargo, hay diferencias en cuanto al tipo de ciudadanía que se exige. En algunos países se requiere ser nacional del origen para optar a todos los cargos públicos, en otros sólo para determinados cargos, en otros basta la nacionalidad de cualquier tipo, ya sea de origen, por naturalización o legalización, exigiéndose, en este último supuesto, ciertos años de residencia o antigüedad en la ciudadanía¹⁵⁵.

¹⁵³ Ibídem, p. 185.

¹⁵⁴ [cfr.] Ibídem, p. 186.

¹⁵⁵ [cfr.] Ibídem, p. 187.

Otros requisitos son la edad, el vínculo con el distrito electoral, grado de instrucción, poseer determinados medios económicos, estado seglar y la afiliación a un partido político¹⁵⁶.

En cuanto a los requisitos negativos, primeramente debemos distinguir entre inelegibilidades e incompatibilidades, aun cuando en algunas leyes electorales aparecen confundidas. Las inelegibilidades se refieren a la proclamación como candidato, mientras que las incompatibilidades operan sobre la permanencia o no en un cargo para el cual ya se ha sido elegido. En otras palabras, las primeras impiden ser elegido, en tanto las segundas no obstaculizan la elección, sólo impiden el desempeño del cargo si no se renuncia a la situación declarada incompatible con el ejercicio del cargo¹⁵⁷.

Hecha la distinción, entre estos requisitos encontramos la condena privativa a libertad, ser juez, ser miembro de tribunales electorales o demás órganos de control electoral, ser titular de órganos de control financiero o de control de la administración pública, ejercer cargos directivos en empresas públicas o de empresas privadas concesionarias de servicios públicos, contratistas con el Estado o beneficiarias de subvenciones públicas, y por último, ser miembro de un partido político, causal de inelegibilidad que no ha estado exenta del debate,

¹⁵⁶ [cfr.] *Ibidem*, pp. 188-192.

¹⁵⁷ [cfr.] *Ibidem*, p. 193.

sin perjuicio de que no ahondaremos al respecto, por exceder del análisis del presente trabajo¹⁵⁸.

2.2. La suspensión

El título preliminar del Código Civil contiene en su párrafo 4° las normas aplicables a la interpretación de la ley. En este contexto, el artículo 20 de dicho cuerpo legal dispone: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”¹⁵⁹.

En consecuencia, como el legislador no ha definido este concepto de manera expresa, debemos estaros a su sentido natural, según el uso general del mismo.

El Diccionario de la Real Academia Española define a la suspensión como “acción y efecto de suspender”¹⁶⁰. A su vez, suspender se define como

¹⁵⁸ [cfr.] *Ibíd*em, pp. 193-195.

¹⁵⁹ Decreto con Fuerza de Ley N° 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Ministerio de Justicia, Diario oficial, 30 de mayo de 2000, p. 4 [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=172986&f=2012-02-17&p=>

¹⁶⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014). Diccionario de la Real Academia Española [en línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=suspensi%C3%B3n>

“detener o diferir por algún tiempo una acción u obra”¹⁶¹ y “privar temporalmente a alguien del sueldo o empleo que tiene”¹⁶².

Por lo tanto, debemos entender que la palabra “suspensión” contenida en la norma bajo análisis se refiere a diferir por algún tiempo o privar temporalmente del derecho en cuestión.

2.3. La acusación

La acusación se define como “el escrito que debe presentar oportunamente el fiscal ante el juez de garantía, señalando claramente los delitos y la participación que se atribuye al acusado por los cuales solicita la aplicación de una pena determinada, determinando en forma clara y precisa los medios de prueba que hará valer en el juicio oral”¹⁶³.

Respecto a la oportunidad para acusar, una vez declarado el cierre de la investigación por parte del fiscal, dentro de los diez días siguientes, éste puede formular la acusación, cuando estimare que la investigación proporciona

¹⁶¹ *Ibidem*, [en línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=suspender>

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl (2012). “Derecho Procesal Penal”, Tomo II. Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, 2ª Edición, p. 737.

fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiera formalizado la misma¹⁶⁴.

Por último, en cuanto al límite del contenido de la acusación, de acuerdo al inciso final del artículo 259, ésta sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica¹⁶⁵.

2.4. Delito que merezca pena aflictiva

2.4.1. Concepto de delito

El artículo 1° del Código Penal dispone: “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”¹⁶⁶.

No obstante, la mayoría de la doctrina, tanto nacional como extranjera, afirma que “El delito es una acción u omisión típicamente antijurídica y culpable”¹⁶⁷.

¹⁶⁴ [cfr.] *Ibíd*em, pp. 737-738.

¹⁶⁵ Ley 19.696. Establece Código Procesal Penal. Ministerio de Justicia, Diario Oficial, 12 de octubre de 2000, p. 26. [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=176595&f=2014-06-14&p=>

¹⁶⁶ CÓDIGO PENAL. Ministerio de Justicia, Diario Oficial, 12 de noviembre de 1874, p. 1. [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=1984&f=2014-03-08&p=>

¹⁶⁷ CURY, Enrique (2005). “Derecho Penal. Parte General”. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 7ª Edición, p. 243.

De acuerdo a lo expresado por el profesor Enrique Cury, esta definición, si bien es distinta a la entregada por el legislador, tiene la ventaja de explicitar todos los elementos del hecho punible, que en la ley deben obtenerse mediante una interpretación contextual¹⁶⁸.

2.4.2. Concepto de pena

Antes de esbozar un concepto de la pena, es necesario señalar que éste dependerá del criterio que el ordenamiento jurídico adopte respecto a su naturaleza y finalidad. No obstante, no ahondaremos sobre este punto, por escapar del objeto de nuestro análisis.

En opinión del profesor Cury, “[l]a pena tiene por finalidad primordial la prevención general (positiva) mediante la amenaza de que quien infrinja determinados mandatos o prohibiciones del derecho, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, sufrirá un mal que no podrá exceder del injusto culpable en que incurrió y cuya ejecución debe procurar, en la medida de lo posible, evitar perturbaciones accesorias de su desarrollo personal y su capacidad de reinserción en la convivencia pacífica”¹⁶⁹. En esta virtud, este autor define a la pena como “un mal que consiste en la disminución o privación de ciertos bienes jurídicos, el cual se impone a quien comete culpablemente un

¹⁶⁸ [cfr.] *Ibidem*, p. 243.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 76.

injusto de aquellos a que la ley amenaza expresamente con ella, para fortalecer el respeto por los bienes jurídicos, evitar, hasta donde sea posible, la proliferación de tales hechos y asegurar así las condiciones elementales de convivencia, todo ello dentro de los límites que determina la dignidad humana del afectado”¹⁷⁰.

2.4.3. Pena aflictiva

En cuanto al concepto de pena aflictiva, el artículo 37 del Código Penal dispone:

“Art. 37. Para los efectos legales se reputan aflictivas todas las penas de crímenes y respecto de las de simples delitos, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos”¹⁷¹.

No obstante que la Constitución emplea el término de “pena aflictiva” sin señalar si se refiere al mismo concepto aportado por el Código Penal, debemos entender que se sustenta en éste, considerando la pena en abstracto, es decir,

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 83.

¹⁷¹ CÓDIGO PENAL, ob. cit., p. 11.

aquella que ha sido determinada como tal por el legislador, antes de su individualización judicial¹⁷².

Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional, quien refiriéndose a los efectos constitucionales de la pena aflictiva, sostuvo lo siguiente:

“Que, enseguida, el concepto de “pena aflictiva” que emplea la Constitución en sus artículos 13, 16 y 17, es el mismo concepto legal desarrollado por el legislador en el Código Penal. En efecto, la Carta Fundamental no define este tipo de pena ni introduce un nuevo concepto de la misma, sino que se limita a asignarle diversos efectos, a pesar de que el artículo 37 del Código Penal, cuando define la pena aflictiva, lo hace “para los efectos legales”. Por de pronto, dispone que no pueden ser ciudadanos quienes hayan “sido condenados a pena aflictiva” (artículo 17). Enseguida, establece que el derecho a sufragio se suspende “por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva” (artículo 16 N°2). Finalmente, declara que la calidad de ciudadano se pierde “por condena a pena aflictiva (artículo 17 N°2)”¹⁷³.

¹⁷² [cfr.] POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, Cecilia (2003). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición., p.492.

¹⁷³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 6 de agosto de 2009, Rol N° 1.328-09-INA, Considerando Décimo Quinto.

3. Intentos de reformas

3.1. Boletín N° 5338-07

Con fecha 13 de septiembre de 2007, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, presentó una moción para derogar el numeral 2° del artículo 16 de la Constitución Política de la República, cuyo objeto era permitir el ejercicio del derecho a sufragio a los ciudadanos que estuvieren acusados por delito que merezca pena aflictiva o por delito terrorista.

La iniciativa tuvo por fundamento el hecho de que la suspensión del derecho de sufragio constituye una pena accesoria, al tenor del artículo 22 del Código Penal, el cual dispone que “Son penas accesorias las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que las otras penas las lleven consigo”¹⁷⁴, idea reiterada en los artículos 27 a 30 del mismo cuerpo legal¹⁷⁵.

¹⁷⁴ CÓDIGO PENAL, ob. cit., p. 8.

¹⁷⁵ Art. 27. Las penas de presidio, reclusión o relegación perpetuos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta 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.

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 de la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

En cuanto al contenido de esta pena accesoria, el artículo 42 dispone: “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. El que ha sido privado de ellos sólo puede ser rehabilitado en su ejercicio en la forma prescrita por la Constitución”¹⁷⁶.

Por todo lo anterior, a juicio de la Comisión, “establecido que la suspensión de este derecho constituye una pena, surge la contradicción entre la presunción de inocencia de toda persona que sea objeto de una investigación por hechos que revistieren los caracteres de delito, y la disposición constitucional que atribuye como efecto inmediato y objetivo al acto de la acusación, la suspensión del derecho de sufragio”¹⁷⁷.

La Comisión también manifestó que teniendo en consideración que la acusación es un acto procesal llevado a cabo por el Ministerio Público, o bien

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 de la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Art. 30. Las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados medios y mínimos, y las de destierro y prisión, llevan consigo la de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

¹⁷⁶ CÓDIGO PENAL, ob. cit., p. 12.

¹⁷⁷ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA DE LA CAMARA DE DIPUTADOS (2007). Boletín N° 5.338-07 sobre Reforma Constitucional que deroga el numeral 2° del artículo 16 de la Constitución Política de la República, p. 2. [En línea] http://www.diputados.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5724&prmBL=1634-06

por el querellante, en el caso del artículo 258 del Código Procesal Penal¹⁷⁸, nos encontramos ante una situación de suma gravedad, por cuanto se suspendería el derecho a sufragio ya sea por la actuación de un órgano administrativo o por la actuación de un particular, pero no por la determinación previa de la culpabilidad por parte de un órgano jurisdiccional, ya que el Juez de Garantía sólo efectúa a su respecto un análisis formal de la concurrencia de los requisitos previstos en los artículos 259 y siguientes del Código Procesal Penal, sin examinar los hechos y fundamentos de derecho que la harían procedente, labor que corresponde al Tribunal del Juicio Oral en lo Penal¹⁷⁹.

A mayor abundamiento, la Comisión expuso que tampoco guarda coherencia la justificación de la limitación del veto del Ejecutivo al señalar que la acusación generalmente está acompañada de medidas cautelares y que por ende se dificultaría el derecho a voto, ya que a su juicio, se estaría asimilando la

¹⁷⁸ El artículo 258 del Código Procesal Penal dispone "Artículo 258.- Forzamiento de la acusación. Si el querellante particular se opusiere a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, el juez dispondrá que los antecedentes sean remitidos al fiscal regional, a objeto que éste revise la decisión del fiscal a cargo de la causa.

Si el fiscal regional, dentro de los tres días siguientes, decidiere que el ministerio público formulará acusación, dispondrá simultáneamente si el caso habrá de continuar a cargo del fiscal que hasta el momento lo hubiere conducido, o si designará uno distinto. En dicho evento, la acusación del ministerio público deberá ser formulada dentro de los diez días siguientes, de conformidad a las reglas generales.

Por el contrario, si el fiscal regional, dentro del plazo de tres días de recibidos los antecedentes, ratificare la decisión del fiscal a cargo del caso, el juez podrá disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que este Código lo establece para el ministerio público, o bien procederá a decretar el sobreseimiento correspondiente.

En caso de que el fiscal hubiere comunicado la decisión a que se refiere la letra c) del artículo 248, el querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer los derechos a que se refiere el inciso anterior.

La resolución que negare lugar a una de las solicitudes que el querellante formulare de conformidad a este artículo será inapelable, sin perjuicio de los recursos que procedieren en contra de aquella que pusiere término al procedimiento". Ley 19.696, ob cit., p. 26.

¹⁷⁹ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA DE LA CAMARA DE DIPUTADOS (2007), ob. cit., p. 5.

suspensión del derecho de voto a una medida cautelar, en circunstancias que en el proceso penal, las medidas cautelares son de aplicación restrictiva, no admiten analogía y su aplicación se efectúa mediando la participación del Juez de Garantía, el que no sólo califica el cumplimiento de los requisitos formales de su procedencia, sino que también analiza la concurrencia de requisitos de fondo, como lo es su necesidad, al tenor de lo dispuesto por el artículo 122¹⁸⁰ del Código Procesal Penal¹⁸¹.

Resulta concluyente lo expuesto por la Comisión en el considerando noveno del proyecto de ley:

“Que, establecido el hecho que la suspensión del derecho a sufragio constituye una pena; y que es una pena objetiva aplicada sin haberse establecido la culpabilidad del sujeto procesado o acusado, devenida de un acto procesal, la acusación, y no de un acto jurisdiccional, como es la sentencia, es prístina la conclusión: la norma del artículo 16, N° 2° de la Constitución Política de la República, constituye una violación de la presunción de inocencia, principio que protege la situación jurídica de inocencia de la persona durante todo el procedimiento penal, mientras no

¹⁸⁰ El artículo 122 del Código Procesal Penal dispone: “Artículo 122. Finalidad y alcance. Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación.

Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada”.
¹⁸¹ [cfr.] COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA DE LA CAMARA DE DIPUTADOS (2007), ob. cit., p. 5.

se produzca prueba concreta capaz de generar el grado de certeza necesario para establecer la participación criminal y la culpabilidad, inherentes a una sentencia condenatoria firme, y tácitamente establecido en el artículo 19 n° 3, inc. 6° de la Constitución, que dispone que “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, complementado con en el artículo 4° del Código Procesal Penal, que dispone que, “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”, y además, recogido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2), ambos textos vigentes en Chile y enarbolados a nivel constitucional”¹⁸².

Sin embargo, lamentablemente este proyecto no tuvo mayor éxito, y actualmente se encuentra archivado.

En un comentario del Instituto Libertad y Desarrollo, acerca de la moción en comento, y coincidiendo con los fundamentos del proyecto de reforma constitucional, dicha organización sostiene que:

“En principio, en el plano estrictamente penal, no se concibe que una acusación no resuelta por sentencia de término, produzca efectos

¹⁸² COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA DE LA CAMARA DE DIPUTADOS (2007), ob. cit., p. 4.

permanentes; pero puede producir efectos condicionados al resultado de una acusación, como son, en general, las medidas cautelares, la más grave de las cuales es la privación de libertad (aunque se aplica solo excepcionalmente). Todo esto tiene sentido en la medida que se trata de medidas que inciden directamente en el proceso en el cual se ha formulado acusación.

Pero esa acusación carece de toda relación con el derecho a sufragio del acusado, por lo cual la objeción que los autores de la moción formulan a la norma constitucional, resulta consistente con el principio de que mientras la persona no sea condenada, no se pueden restringir, en general, sus derechos (y solo excepcionalmente, los que digan relación directa con el proceso penal que lo afecta)¹⁸³.

Sin embargo, Libertad y Desarrollo sostuvo que la moción no podría haberse acogido de acuerdo a la forma en que viene propuesta, ya que a su juicio, habría que diferenciar entre el derecho a ser elegido y el derecho de concurrir a manifestar preferencias mediante el sufragio, debiendo permitirse el ejercicio de éste último.

¹⁸³ INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO (2007). "Comentario a la moción que deroga el numeral 2° del artículo 16 de la Constitución Política de la República", p. 13 [en línea] http://www.lyd.com/lyd/centro_doc/rl

Así, en el comentario al proyecto de reforma en comento, expuso lo siguiente:

“En síntesis, dadas las consecuencias para la vida institucional del país y el funcionamiento del sistema democrático, en cuanto depende de las elecciones o del ejercicio de ciertos poderes constitucionales, no resulta posible aceptar que una persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito terrorista, pueda postular a ser elegido o nombrado para cargos que no podrá ejercer si resulta condenado y privado de su calidad de ciudadano.

Situación distinta es que pueda participar en la vida cívica de la nación como ciudadano elector, a pesar de que su derecho a sufragio se encuentra también suspendido por la acusación a que ya se ha hecho referencia.

En efecto, si se le permitiera sufragar y posteriormente resultara condenado por un delito que lo priva de su calidad de ciudadano, su sufragio, a pesar de que sería imposible anularlo, no tendría incidencia en el resultado general de la votación. Ciertamente no sería posible anularlo por la imposibilidad de conocer el contenido de un voto que por ley es y

debe ser secreto; pero estadísticamente, no se alteraría el resultado de una elección presidencial o parlamentaria”¹⁸⁴.

3.2. Boletín N° 8.101-07

Con fecha 20 de diciembre de 2011, el Senador Alejandro Navarro presentó un proyecto de reforma constitucional con el objeto de precisar el concepto de acusación del artículo 16 numeral 2° de la Constitución y de permitir el sufragio de los ciudadanos privados de libertad que no han sido condenados a pena aflictiva.

En dicha moción, se expresó que “[v]istas las consecuencias que puede traer esta norma, y considerando su imprecisión, es necesario replantearse el ámbito de acción de la norma del artículo 16 de la Constitución. En efecto, es menester precisar a qué personas -considerando su situación procesal- pueden verse privadas de sus derechos políticos. Así las cosas, como se trata de una sanción, debe ser aplicada con estricto apego a la ley tomando en cuenta el real significado de las instituciones. De este modo, cabe preguntarse a qué institución procesal la voz “acusación” se refiere. ¿Será posible asimilar la “acusación” a la “formalización de la investigación”, o bien asimilarla a la

¹⁸⁴ INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO (2007), ob. cit., p. 14.

acusación que realiza el fiscal del ministerio público luego de cerrada una investigación?”¹⁸⁵

La moción se funda en la vigencia de la presunción de inocencia que debe prevalecer durante todas las fases del procedimiento penal, el cual asegura el respeto y observancia de las garantías y derechos constitucionales de las personas, principio que justificaría el requerimiento de total certeza y precisión a la hora de aplicar sanciones tan graves como la suspensión del derecho a sufragio¹⁸⁶.

Asimismo se señala que sin fundamento legal, se extiende la suspensión del derecho a sufragio a personas condenadas por delitos que no merezcan pena aflictiva, y a personas privadas de libertad sea por medidas cautelares o por estar cumpliendo condena en prisión.

En razón de lo anterior, el Senador Navarro propuso reemplazar el actual numeral 2° del artículo 16 de la Constitución Política de la República, por el siguiente numeral, del siguiente tenor:

¹⁸⁵ SENADOR ALEJANDRO NAVARRO (2011). Boletín N° 8.101-07 sobre Proyecto de Reforma Constitucional que precisa el concepto de acusación en el artículo 16 N° 2 de la Constitución Política de la República y permite el sufragio del ciudadano privado de libertad que no ha sido condenado a pena aflictiva, p. 12. [En línea] <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

¹⁸⁶ [cfr.] NAVARRO (2011), ob. cit., p. 12.

“2º. Por hallarse la persona notificada conforme a la ley de la acusación por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista.

Quienes estén habilitados para sufragar, pero se encontraren privados de libertad podrán hacerlo del modo que dispone la ley al interior de los recintos penitenciarios”¹⁸⁷.

No obstante, al igual como ocurrió con el Boletín N° 5.338-07, esta moción no tuvo mayor éxito y actualmente se encuentra archivada.

Coincidente con el criterio expresado en el fracasado proyecto, resulta interesante mencionar que con fecha 23 de agosto de 2013, en audiencia promovida por el Juez del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, don Daniel Urrutia Laubreaux, a raíz de una visita carcelaria semanal a Santiago Uno por él realizada, en la cual se constató que los imputados no acusados y sujetos a prisión preventiva no contaban con un mecanismo para hacer efectivo su derecho de sufragio en las elecciones primarias a efectuarse en dicho año, se verificó la existencia de un estado inconstitucional de cosas, caracterizado por:

¹⁸⁷ [cfr.] *Ibidem*, p. 13.

- “a) La vulneración sistemática, generalizada e indiscriminada de derechos políticos garantizados en nuestro ordenamiento, concretamente el derecho a votar, que afecta a un número significativo de personas especialmente vulnerables, como lo son las personas privadas de libertad;
- b) La omisión permanente de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones legales, constitucionales y convencionales para garantizar este derecho;
- c) La no dictación de leyes, decretos, normas reglamentarias necesarias para evitar la vulneración de estos derechos políticos; y
- d) La existencia de una mesa de trabajo sobre el tema cuya solución compromete la intervención de varias entidades, pues requiere la adopción de un conjunto coordinado de acciones y que exige un nivel de voluntad política de cumplimiento de las normas importante”¹⁸⁸.

Atendido lo anterior, el Juez Urrutia señaló que una situación de carácter administrativo no podía seguir siendo obstáculo para el pleno ejercicio de los derechos garantizados por nuestro ordenamiento, sobre todo si se consideraba lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripción Electoral, el cual faculta al Servicio Electoral para crear circunscripciones electorales cuando lo hagan aconsejable circunstancias tales

¹⁸⁸ SÉPTIMO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO. Fallo dictado por el Juez Daniel Urrutia Laubreaux con fecha 23 de agosto de 2013, p. 9. [En línea] <http://www.confapreco.cl/material/fallovotopresos.pdf>

como la cantidad de la población, las dificultades de comunicación o las distancias extensivas, norma que juicio del magistrado, debía ser objeto de una interpretación *pro persona*, conforme a la Constitución y a los tratados internacionales, por lo que resultaba clara la obligación del organismo recién aludido para arbitrar los medios administrativos que hiciera posible el ejercicio del derecho a voto de este grupo vulnerado¹⁸⁹.

En vista de lo anterior, el fallo en comento resolvió:

“1.- Que existe un estado de cosas inconstitucional que afecta a un sector claramente definido de nuestros ciudadanos y ciudadanas, al no poder ejercer, por imposición del propio estado, sus derechos políticos, como es el de votar en las elecciones presidenciales próximas.

2.- Que se ordena al Servicio Electoral a que arbitre los medios necesarios para que las y los ciudadanos sujetos a prisión preventiva, no acusados de este Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, puedan ejercer plenamente sus derechos políticos garantizados por nuestro ordenamiento, especialmente el voto en las próximas elecciones presidenciales”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ [cfr.] SÉPTIMO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO (2013), ob. cit., pp. 9-10.

¹⁹⁰ SÉPTIMO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO (2013), ob. cit., pp. 10-11.

Celebramos el criterio sostenido por el Juez Urrutia en el fallo recién extractado. Sin embargo, lamentablemente, lo resuelto no llegó a ejecutarse, atendido que éste fue objeto de un recurso de queja promovido por el Servicio Electoral, el cual aún no ha sido resuelto¹⁹¹.

4. Conclusiones del Capítulo

Lo expuesto en el presente capítulo nos permite observar que ya en los orígenes de la norma, se advertía la gravedad de la limitación contenida en ella, puesto que la suspensión del derecho de sufragio del procesado, implicaba la privación del mismo antes de que se estableciera la culpabilidad del sujeto por sentencia ejecutoriada.

Lamentablemente, primó la postura contraria, pues la mayoría de los comisionados consideraban que la encargatoria de reo se encontraba envuelta de una presunción de veracidad prácticamente infalible.

Si bien no podemos desconocer que la modificación del año 2005 implicó un avance en la materia, éste no es suficiente, pues como analizamos, la acusación es un trámite de carácter procesal previo a la dictación de la

¹⁹¹ Información aportada por Manuel Henríquez Cortés, asesor en DDHH de la ONG Confraternidad de Familiares y Amigos de Presos Comunes, consultado con fecha 13 de julio de 2014.

sentencia, por lo que malamente justificaría la privación de este derecho fundamental al ciudadano imputado por delito que merezca pena aflictiva.

Conocer acerca de los orígenes y del sentido de la norma nos permite concluir que las razones aportadas por el constituyente son insuficientes para esclarecer la utilidad o conveniencia de la norma, ya que se priva a quienes que se encuentran sujetos a una acusación por delito que merece pena aflictiva del ejercicio de sus derechos políticos, en base a argumentos que no se condicen con el respeto a la dignidad humana inherente a toda persona.

Nuestras críticas al fundamento de la norma bajo estudio así como también las negativas consecuencias que ésta produce, serán desarrolladas a cabalidad en el próximo capítulo.

CAPÍTULO III. PROBLEMÁTICA QUE GENERA LA LIMITACIÓN
CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 16 NUMERAL 2° DE LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DE LA REPÚBLICA: LA VULNERACIÓN DE LA PRESUNCIÓN
DE INOCENCIA

Este capítulo tiene por objeto desarrollar la hipótesis expuesta preliminarmente en el presente trabajo, esto es, que la suspensión del derecho de sufragio por acusación penal importa la imposición de una pena antes de que se establezca la culpabilidad del acusado, por lo que vulnera el principio de presunción de inocencia, el cual forma parte de nuestro ordenamiento normativo por remisión al artículo 5° inciso segundo de la Constitución.

Este capítulo se divide en tres partes. Primero abordaremos los aspectos más relevantes de la presunción de inocencia, explicando en qué consiste y cómo se desglosa este principio. En segundo término, expondremos el marco normativo que consagra al mismo, y finalmente, explicaremos de qué forma el artículo 16 numeral 2° de la Constitución vulnera a este principio, infringiendo diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, transformándose en una pena anticipada respecto de quien aún no es condenado por sentencia firme dictada dentro del proceso penal.

1. La presunción de inocencia

1.1. El estado jurídico de inocencia

1.1.1. Significación del estado jurídico de inocencia

El profesor Humberto Nogueira ha conceptualizado a la presunción de inocencia como “el derecho que tienen todas las personas a que se considere *a priori* como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño a personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir”¹⁹².

¹⁹² NOGUEIRA, Humberto (2005). “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia” en *Revista Ius et Praxis*, año 11, N° 1, p. 223.

Por su parte, Luigi Ferrajoli se ha referido al principio de la presunción de inocencia señalando que “[s]i la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad –al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y refutación- postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena (...) La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa –y no la de la inocencia, que se presume desde el principio- la que forma el objeto del juicio”¹⁹³.

Finalmente, el tratadista argentino Julio Maier ha expresado que “[e]l principio estudiado quiere sólo significar que toda persona debe ser tratada como un inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende, que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. Desde este

¹⁹³ FERRAJOLI, Luigi (1997). “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Madrid, Editorial Trotta, 2ª Edición, p. 549.

punto de vista es lícito afirmar que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente. Se trata, en verdad, de un punto de partida político que asume –o debe asumir– la ley de enjuiciamiento penal, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo”¹⁹⁴.

Sin embargo, es preciso aclarar que el principio no consagra una presunción en el sentido técnico de la palabra, o sea, una consecuencia que la ley extrae de un hecho conocido, aceptando otro desconocido, la cual es susceptible de ser atacada por prueba en contrario, ya que en este caso, dejaríamos a quien es objeto de la persecución penal con la carga previa de probar el acontecimiento base de la presunción y del cual se extrae la conclusión desconocida, es decir, la inocencia del imputado, vulnerando con esta interpretación la finalidad garantista que debe atribuírsele a este principio¹⁹⁵.

Resulta útil citar al jurista español Miguel Ángel Montañés, quien se ha pronunciado al respecto, afirmando lo siguiente:

¹⁹⁴ MAIER, Julio (1989). “Derecho Procesal Penal Argentino”, Tomo I, Vol. B., Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2ª Edición, p. 254.

¹⁹⁵ [cfr.] JARA, Juan Javier (1999). “Principio de Inocencia. El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal” en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Número Especial, p. 50.

“Es preciso señalar, con carácter previo, que la presunción de inocencia no es una presunción en sentido técnico-procesal, ni pertenece a la categoría de las presunciones judiciales o legales. En efecto, en estricto sentido jurídico toda presunción exige: 1º) Un hecho base o indicio, que ha de ser afirmado y probado por una parte, y que no integra el supuesto fáctico de la norma aplicable; 2º) Un hecho presumido afirmado por la parte y que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide; y 3º) Un nexo lógico entre los dos hechos, que es precisamente la presunción, operación mental en virtud de la cual partiendo de la existencia del indicio probado se llega a dar por existente el hecho presumido. Entendida así la presunción, no hace falta insistir en que la presunción de inocencia no es una auténtica presunción ni por su estructura ni por su funcionamiento y que, por ello, es una manera incorrecta de decir que el acusado es inocente mientras no se demuestre lo contrario”¹⁹⁶.

En este mismo sentido, el profesor Juan Javier Jara ha sostenido que “[a]sí tenemos que algunos juristas perciben al principio de inocencia como a un axioma jurídico que establece la calidad jurídica de no culpable penalmente, inherente a la persona, condición de derecho que se tiene frente al *ius*

¹⁹⁶ MONTAÑÉS, Miguel Ángel (1999). “La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial”. Pamplona, Editorial Aranzadi, p. 37.

puniendi, la cual es una categoría *a priori* de la experiencia y que, por tanto, resulta absurdo que sea probada por quien goza de ella, debiendo ser acreditada su pérdida con elementos empíricos y argumentos racionales por los órganos que ejerzan la función represiva del Estado, cuando un individuo lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos que la sociedad ha estimado valiosos y dignos de protegerlos con la potestad punitiva de aquel¹⁹⁷.

Ferrajoli afirma que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada: como regla de juicio, la que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda, y como regla de tratamiento del imputado, lo que implica excluir o restringir al máximo la limitación a la libertad personal¹⁹⁸.

1.1.2. La presunción de inocencia como garantía del debido proceso

La CIDH ha establecido que el derecho a la presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías que no perturba la persecución penal, pero sí la racionaliza y encausa. Así, la presunción de inocencia es una garantía básica y vertebral del proceso penal, constituyendo un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa

¹⁹⁷ JARA, J. (1999), ob. cit., p. 50.

¹⁹⁸ [cfr.] NOGUEIRA, H. (2005), ob. cit., p. 224.

que implique una presunción de culpabilidad e imponga al imputado la carga de probar su inocencia¹⁹⁹.

Desde esta perspectiva, el derecho a la presunción de inocencia constituye en el ámbito legislativo un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad y conlleven para el acusado la carga de probar su inocencia²⁰⁰.

En el ámbito judicial, la presunción de inocencia obliga al tribunal a tenerlo presente, operando como una regla de juicio, con la finalidad de evitar los juicios condenatorios anticipados en contra del inculpado, sin una consideración detenida en la prueba de los hechos y la carga de la prueba, como asimismo obliga a determinar la responsabilidad del acusado a través de una sentencia fundada, congruente y acorde a las fuentes del derecho vigentes²⁰¹.

Sobre este punto, hacemos nuestras las palabras de Maier: “[s]u contenido, al menos para el Derecho procesal penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena, y, por ende, la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho

¹⁹⁹ [cfr.] *Ibidem*, p. 226.

²⁰⁰ MONTAÑES, M. (1999), *ob. cit.*, p. 38.

²⁰¹ [cfr.] NOGUEIRA, H. (2005), *ob. cit.*, p. 227.

punible atribuible al acusado. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución”²⁰².

Ahora, apartándonos de estas concepciones teóricas, en la práctica, la presunción de inocencia como garantía del debido proceso cobra importancia dentro del juicio. De acuerdo a la terminología de nuestro proceso penal, y tal como señala el profesor Poblete, “[e]s el juicio, la fase de instrucción que es necesaria y las fases de discusión, prueba y sentencia que conforman el juicio oral, el que por su carga lesiva para el normal desenvolvimiento y el goce natural y libre de los derechos de la persona, obliga a tomar resguardos y a evitar el prejuicio y sus estigmas. De aquí que la presunción de inocencia aparezca ligada estrechamente a la garantía del juicio previo”²⁰³.

Finalmente, resulta ejemplificador lo fallado por la CIDH en el caso Tibi vs. Ecuador:

²⁰² MAIER, J. (1989), ob. cit., pp. 257-258.

²⁰³ POBLETE, Orlando (2010). “Reforma Procesal Penal: Notas sobre el nacimiento de la presunción de inocencia” en *A 10 años de la Reforma Procesal Penal: Los desafíos del nuevo sistema*. Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia, p. 144.

“Con todo, esa presunción o ese principio representan una referencia de valor supremo para informar la construcción del proceso, resolver las dudas que se plantean en el curso de éste, rescatar las garantías y reducir las injerencias desmedidas. El carácter y la desembocadura de los actos procesales y del proceso en su conjunto son muy diferentes cuando se trata al enjuiciado “como si fuera culpable”, que es un rasgo del sistema inquisitivo, y cuando se le trata “como si fuera inocente”, que lo es del acusatorio. En fin de cuentas, lo que pretende la presunción o el principio de inocencia es excluir el prejuicio –juicio anticipado, general y condenatorio, que se dirige en contra del inculpado, sin miramiento sobre la prueba de los hechos y de la responsabilidad- y ahuyentar la sanción adelantada que se funda en vagas apariencias”²⁰⁴

También resulta útil mencionar lo resuelto por este mismo tribunal en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México:

“Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien

²⁰⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, párrafo 35.

acusa. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado”²⁰⁵.

1.1.3. La presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado

Una segunda forma de entender el concepto de presunción de inocencia, ha sido desde la perspectiva del tratamiento debido al imputado durante el proceso penal. En este caso, el principio implicaría que la persona debe ser tratada como inocente hasta que una sentencia judicial imponga lo contrario. Esta visión del principio de presunción de inocencia significa que, al ser el imputado jurídicamente inocente, deben reducirse al mínimo las medidas restrictivas de derechos durante el proceso, ya sea este de carácter penal o no²⁰⁶.

Este es, quizás, el núcleo central de esta garantía: el imputado no puede ser tratado como un culpable, y en consecuencia, mientras una sentencia no lo

²⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párrafo 182.

²⁰⁶ [cfr.] MILOS, Catalina (2011). “El Principio de Presunción de Inocencia: Análisis comparado de la jurisprudencia del sistema internacional de derechos humanos y de los tribunales superiores de justicia chilenos”. Memoria para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 33.

declare como tal, no se le puede anticipar la pena, que es la consecuencia directa de la comprobación de la culpabilidad²⁰⁷.

En palabras de Montañés, “[l]a presunción de inocencia también puede entenderse como un postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría que partirse de la idea de que el imputado es inocente y, en consecuencia, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos del imputado durante el proceso”²⁰⁸

De tal manera, el principio estudiado sólo quiere significar que toda persona debe ser tratada como un inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena. Por ende, la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. Desde este punto de vista, es lícito afirmar que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente.²⁰⁹

²⁰⁷ [cfr.] POBLETE, O. (2010), ob. cit., p. 147.

²⁰⁸ MONTAÑÉS, M. (1999), ob. cit., pp. 39-40.

²⁰⁹ [cfr.] MAIER, J. (1989), ob. cit., p. 254.

En conclusión, las instituciones y fórmulas procesales tienen que asegurar al imputado un efectivo trato de inocente. Convertido en sujeto de derechos, el ordenamiento jurídico debe tratar al imputado de la misma manera que trata a un inocente, y la coerción procesal que despliegue en su contra sólo podrá ser aquella que excepcionalmente autoriza la ley.

1.1.4. Repercusiones del estado jurídico de inocencia

Lo relevante, en fin, está en el contenido de este principio o estado de inocencia, es decir, en sus repercusiones concretas para el imputado y para el proceso. Coinciden los autores que la inocencia supone reconocer, primero, que la sentencia condenatoria debe fundarse en un hecho punible existente y atribuible al imputado; segundo, que la carga de la prueba de la imputabilidad pesa sobre el acusador; y, tercero, que durante el proceso, el imputado debe ser tratado como inocente y por ende, la fuerza desplegada contra él debe ser sólo aquella que estrictamente justifica la ley²¹⁰.

Según Alberto Bovino, cuatro son las consecuencias que se derivan de este principio, a saber:

²¹⁰ [cfr.] POBLETE, O. (2010), ob. cit., p. 145.

- a) En primer lugar, la garantía exige la realización de un juicio penal de determinadas características, como presupuesto indispensable para obtener la sentencia condenatoria capaz de destruir el estado jurídico de inocencia del que goza el imputado.
- b) Una segunda exigencia se vincula con el principio *in dubio pro reo*. El mismo –como se sabe– requiere que la sentencia de condena y la aplicación de una sanción penal esté fundada en la certeza del tribunal que resuelve el caso acerca de la responsabilidad penal del imputado.
- c) En tercer lugar, y como otro derivado del mismo principio, se menciona la necesidad de hacer residir la carga de la prueba (*onus probandi*) en la persona del órgano acusador.
- d) Por fin, y éste es uno de los aspectos de mayor relevancia para nuestro tema, en virtud de este principio se exige que el imputado sea tratado como inocente durante toda la sustanciación del proceso. En otras palabras: “la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. Desde

este punto de vista es lícito afirmar que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente”²¹¹.

2. Marco normativo

2.1. Consagración de la presunción de inocencia en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes

Antes de entrar a examinar las convenciones modernas, creo oportuno citar primeramente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dado que su consagración de la presunción de inocencia ha servido de modelo para estas convenciones.

El artículo 9° de dicha Declaración dispone que “Toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe de reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona”²¹².

²¹¹ CESANO, Daniel (2007). “El derecho al sufragio y las personas privadas de libertad” en *El voto de los presos*. Buenos Aires, Editorial Ediar, pp. 126-127.

²¹² DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y EL CIUDADANO [s.a.], ob. cit., p. 2.

Más de 150 años después, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la cual dispone en su artículo 11.1 que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”²¹³.

Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 14.2 que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, contempla en su artículo 8° numeral 2° una fórmula bastante similar a la consagrada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

²¹³ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE [en línea]
<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

2.2. Consagración de la presunción de inocencia en la legislación interna de nuestro ordenamiento jurídico

El principio de presunción de inocencia no se encuentra expresamente consagrado como derecho fundamental en el texto de nuestra Carta Fundamental. La única referencia que ésta hace a dicho principio está contenida en el artículo 19 número 3°, cuyo inciso sexto dispone que “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

Con todo, aunque nuestro ordenamiento constitucional no contemple de manera expresa el estado jurídico de inocencia, ello no constituye obstáculo para afirmar que el legislador debe observarlo como norma suprema, atendido a que este principio forma parte del bloque constitucional de derechos contemplado por el artículo 5° inciso segundo de la Constitución, en virtud del cual deben entenderse incorporados a ésta todos los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes²¹⁴, al cual ya hemos hecho referencia en el primer capítulo de este trabajo, por lo que nos remitimos a lo ya señalado sobre este respecto.

A nivel legal, la presunción de inocencia se encuentra contemplada por el artículo 4° del Código Procesal Penal, norma que le atribuye a ésta el carácter

²¹⁴ [cfr.] JARA, J. (1999), ob. cit., p. 41.

de principio básico del proceso penal, disponiendo que “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuera condenada por una sentencia firme”²¹⁵.

Mientras que el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906 no consideraba excepcionales las medidas restrictivas de la libertad personal durante el proceso, no teniendo cabida alguna la presunción de inocencia, el Código Procesal Penal puso énfasis en una regulación acorde con este principio, cambiando radicalmente el *status* del imputado.

En plena consecuencia con lo anterior, el Mensaje del Código Procesal Penal, junto con destacar la garantía del juicio previo, valoró la presunción de inocencia, a la que calificó como “principio que obliga a tratar al imputado como inocente mientras no haya sido dictada en su contra una sentencia condenatoria, el que este proyecto recoge explícitamente”²¹⁶.

Ahondando en su definición y relacionándolo con el régimen de medidas cautelares, el Mensaje indica que “el proyecto propone dar plena aplicación a la presunción de inocencia, afirmando que quien es objeto de un procedimiento criminal en calidad de imputado no debe sufrir, en principio, ningún detrimento

²¹⁵ Ley 19.696, ob. cit., p. 1

²¹⁶ [cfr.] POBLETE, O. (2010), ob. cit., p. 143.

respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales en tanto éstos no se vean afectados por la imposición de una pena²¹⁷.

Ahora, en lo que respecta a la opinión de nuestros tribunales, éstos también han entendido que la presunción de inocencia se encuentra consagrada y amparada por nuestra Carta Fundamental, atendida la remisión que en su artículo 5° inciso segundo hace a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

El Tribunal Constitucional ha fallado lo siguiente:

“La Constitución Política no lo consagra [al principio de la presunción de inocencia] explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas. En tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente. La Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica-, en el artículo 8.2, dispone que ‘toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su

²¹⁷ *Ibidem*, p. 143.

inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad' y que 'durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas que enuncia'. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.2, reitera que 'toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley'²¹⁸.

Adicionalmente, en esta misma sentencia, el Tribunal Constitucional determina el significado de la presunción de inocencia, afirmando lo siguiente:

“La llamada presunción de inocencia, como lo señala el requerimiento, está compuesta de dos reglas complementarias. Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (*nulla pena sine iudicio*). Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (*in dubio pro reo*). La denominada 'presunción de inocencia' no pertenece a la categoría de las presunciones

²¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 1° de agosto de 2007. Rol 739-2007. Considerando Séptimo.

legales o judiciales; obsta para ello la inexistencia de un nexo lógico entre el hecho base y el hecho presumido”²¹⁹.

Como podemos observar, y tal como acertadamente lo expresa Catalina Milos en su memoria de grado, “[e]n este caso, el Tribunal Constitucional reconoce claramente un concepto de principio de inocencia que contempla las dos concepciones que tradicionalmente ha desarrollado la doctrina. Además, esboza a partir de la definición de ambas, los principales efectos que de una u otra se deriva. Así, distingue al principio de inocencia como regla de tratamiento al imputado y también como una directriz que estaría ligada al principio in dubio pro reo y, por ende, a las garantías del debido proceso. Por último, deja en evidencia la diferencia existente entre una presunción legal o judicial y el principio de presunción de inocencia”²²⁰.

Por su parte, la Corte Suprema ha fallado en el mismo sentido que el Tribunal Constitucional:

“Que, el derecho a la presunción de inocencia tiene en Chile rango constitucional por estar incorporado a los tratados internacionales ratificados por Chile, que nuestra Carta Fundamental asegura respetar y

²¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 1° de agosto de 2007. Rol 739-2007. Considerando Octavo.

²²⁰ MILOS, C. (2011), ob. cit., p. 147.

garantiza en el inciso 2° de su artículo 5°. Entre tales tratados cabe mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1999, que en su artículo 8.2 establece: 'Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad', y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, que dispone: 'Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en conformidad a la ley'²²¹.

3. Conclusiones acerca de la presunción de inocencia como principio y su consagración

A partir de todo lo expuesto, podemos afirmar que la presunción de inocencia es un principio que opera tanto en el ámbito legal como judicial, y que impone a los operadores de las normas jurídicas interpretarlas en el sentido de dar, a quien se le impute la comisión de un hecho punible, el trato de inocente, hasta que su participación en dicho hecho no sea determinada, con absoluta certeza, por una sentencia condenatoria dictada conforme a las reglas del debido proceso.

²²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de fecha 25 de abril de 2005. Rol N° 740-05. Considerando Segundo.

Por ende es que tanto la doctrina como la jurisprudencia entiende que a este principio debe atribuírsele un doble significado: como regla de tratamiento del imputado y como garantía del debido proceso.

En cuanto a su consagración como derecho fundamental, si bien el texto constitucional no menciona a la presunción de inocencia de manera expresa, ésta posee la calidad de tal en virtud de lo dispuesto por el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y que por ende, constituyen derecho aplicable en nuestro ordenamiento interno, gracias al bloque de constitucionalidad contemplado por el artículo 5° inciso segundo de nuestra Carta Fundamental.

No obstante, el Código Procesal Penal se encargó dar cabida de manera expresa a este principio en su artículo 4°, elevándolo a la categoría de principio básico del proceso penal.

Podemos percibir que el legislador entendió que en un estado democrático de derecho, era necesario dar a los ciudadanos la garantía de que no serían

tratados como culpables antes de que una sentencia judicial los declarara como tal.

En efecto, el Mensaje del Código Procesal Penal señala que “La consolidación de la democracia exige la reforma al proceso penal de modo que satisfaga las exigencias de un juicio público y contradictorio. La reforma (...) constituye, entonces, una profundización de las instituciones democráticas que conforman el Estado chileno”²²².

Coincidente con lo anterior, hacemos nuestras las palabras de Ferrajoli, quien al referirse al valor de la presunción de inocencia en un Estado de Derecho, manifestó lo siguiente:

“En consecuencia –si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias- la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa “seguridad” específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica “defensa” que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo. Por eso, el miedo que la justicia inspira a los ciudadanos es el

²²² [cfr.] MILOS, C. (2011), ob. cit., p. 141.

signo inconfundible de la pérdida de legitimidad política de la jurisdicción y a la vez de su involución irracional y autoritaria. Cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del Estado de Derecho: el miedo, y también la sola desconfianza y la no seguridad del inocente, indican la quiebra de la función misma de la jurisdicción penal y la ruptura de los valores políticos q la legitiman”²²³.

4. El artículo 16 número 2 de la Constitución Política de la República vulnera la presunción de inocencia porque la suspensión del derecho a sufragio es una pena anticipada

A partir de lo expuesto en los párrafos precedentes, en este apartado intentaremos comprobar la hipótesis de nuestro trabajo: la suspensión del derecho fundamental de voto del sujeto acusado por delito que merezca pena aflictiva es una condena anticipada, y por ende, vulnera el principio de presunción de inocencia, por lo que debe asumirse el fundamento evidentemente antidemocrático de esta norma, la cual además resulta desproporcionada, ya que como medida limitativa de derechos, no parece coherente con el fin perseguido.

²²³ FERRAJOLI, L. (1997), ob. cit., pp. 549-550.

Respecto a los fundamentos del artículo 16 número 2° de la Constitución, los cuales fueron analizados en el segundo capítulo de este trabajo, creemos que tanto la Comisión Redactora de la Nueva Constitución en el año 1974, como el Poder Ejecutivo en el año 2005, aportan razones que resultan deficientes para justificar el sentido de la norma, en el sentido de que ni los comisionados ni el Ejecutivo explican por qué la presunción de inocencia debe ceder ante la suspensión de un derecho fundamental materializada antes de que se dicte una sentencia que determine la culpabilidad del sujeto.

Como ya lo mencionamos, la Comisión Constituyente asimilaba el procesamiento a la condena, pues consideraba que la presunción de culpabilidad derivada de la encargatoria de reo era lo suficientemente fuerte como para suspender los derechos políticos de quien se viera sujeto a un auto de procesamiento.

Por su parte, el veto que el Ejecutivo manifestó a la Ley 20.050 sobre Reforma Constitucional, reconoce que se avanza parcialmente en la conciliación entre la presunción de inocencia y el derecho de sufragio, y justifica que la suspensión se mantenga bajo el argumento de que en la mayoría de los casos la acusación va acompañada de medidas cautelares, como por ejemplo la prisión preventiva, lo que en la práctica dificultaría el ejercicio del derecho a sufragio.

A nuestro juicio, este último argumento resulta insuficiente, ya que aun cuando fuera cierto que el acusado se sujeta a medidas cautelares que implican privación de libertad, lo cierto es que tal como lo expresó en su oportunidad el Juez de Garantía Daniel Urrutia, nuestro ordenamiento dispensa de mecanismos que permitirían hacer posible el sufragio de los presos.

En efecto, la Ley 18.556, Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral dispone en su artículo 50 inciso segundo:

“El Servicio Electoral, por resolución fundada, podrá crear circunscripciones electorales cuando lo hagan aconsejable circunstancias tales como la cantidad de población, las dificultades de comunicación con la sede comunal, las distancias excesivas o la existencia de diversos centros poblados de importancia”²²⁴.

Además, tal como lo señaló la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados en su proyecto de reforma para la derogación del numeral 2° del artículo 16 del Código Político, la acusación es

²²⁴ Ley 18.556 Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral. Ministerio del Interior, Diario Oficial, 1° de octubre de 1986, p. 14 [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=29951&f=2013-04-27&p=>

un acto jurídico procesal llevado a cabo por un órgano administrativo como lo es el Ministerio Público, o bien por un particular, el querellante, en caso de forzamiento de la acusación, y por ende, esta actuación en nada se asemeja a una sentencia condenatoria firme dictada por un tribunal competente establecido por la ley, por lo que la norma, al igual que en sus orígenes, continua siendo un grave atentado a la presunción de inocencia que ampara a quien es objeto de una persecución penal.

El profesor Nogueira coincide en este punto con nuestra opinión, afirmando que “[e]l peso de una acusación por parte de un fiscal en un proceso penal donde sólo existen presunciones de participación en un delito, respecto de la afectación del derecho político básico de la ciudadanía de ejercicio del sufragio que legitima las autoridades y las decisiones en una democracia representativa, que busca la más amplia participación ciudadana, no tiene sustento racional ni proporcional para afectar este último derecho a votar y ser elegido, ya que con esta limitación no se beneficia la obtención de la verdad procesal ni la realización del derecho penal y sí se afecta la amplia participación democrática de los ciudadanos”²²⁵.

En este mismo sentido, Barrientos señala:

²²⁵ NOGUEIRA, H. (2010), ob. cit., p. 23.

“El art. 16.2 contiene un reproche jurídico-social respecto de quienes enfrentados a una acusación penal arriesgan la aplicación de una pena aflictiva, y su fundamento se encontraría en que, tanto para ser elector o elegible, se requiere contar con la confianza de los miembros de la comunidad política a cuya formación de la voluntad colectiva se contribuye o que se aspira a dirigir.

Lo discutible es que ese reproche constitucional se adelanta a la determinación, mediante sentencia firme, de la culpabilidad del acusado, quedando entregada a la decisión discrecional de un funcionario público: el fiscal del Ministerio Público. En realidad más que un reproche se trata de una sospecha”²²⁶.

Ahora, en cuanto a las razones que justificarían este reproche, y sin perjuicio de lo expresado tanto por la Comisión Constituyente o bien por el Ejecutivo en su veto a la Ley 20.050, pareciera que en realidad el constituyente considera que quienes son acusados por un delito que merezca pena aflictiva carecen de la honorabilidad que aparentemente exigirían para ejercer el derecho a voto, o bien, observa con resquemor el voto que pudiera emitir el sujeto a quien se le imputa la comisión de este tipo de delitos.

²²⁶ BARRIENTOS, Ignacio (2011). “Suspensión del derecho de sufragio por acusación penal. Vulneración constitucional de la presunción de inocencia” en *Estudios Constitucionales*, año 9, N° 2, p. 263.

Al respecto, compartimos la idea expresada por la doctora en derecho Mandeep Dhami:

“La idea de que la pureza de las urnas debe ser preservada destaca tres preocupaciones. La primera preocupación es que los delincuentes “corromperían, “mancharían” o “infectarían” la sociedad, es vaga y mal definida. ¿Permitiendo que los delincuentes voten realmente se pone en peligro la sociedad civil? La segunda preocupación es que los delincuentes pueden votar subversivamente en las urnas. Para ello sería necesario que los candidatos presentaran políticas rebeldes, y un número suficiente de delincuentes organizados. Tampoco hay pruebas de que los delincuentes tienen más probabilidades que otros grupos de votar en una forma subversiva o rebelde (...) De todos modos, excluir a un grupo sobre la base de cómo vota es antidemocrático. La tercera preocupación es que los delincuentes puedan cometer fraude electoral. Sin embargo, no hay relación entre la comisión de delitos electorales y otros tipos de delitos. Además una persona que cometió un delito electoral en el pasado no necesariamente cometerá un crimen similar en el futuro”²²⁷.

Esta idea de “falta de honor o lealtad a la comunidad política” atribuible a quienes se les imputa la comisión de un delito que merezca pena aflictiva

²²⁷ DHAMI, Mandeep K (2009). “La política de privación del sufragio de los presos: ¿Una amenaza para la democracia?” en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XXII, N° 2, p. 127.

también se ha manifestado en diversos fallos del Tribunal Constitucional, el que ha sostenido que el fundamento del artículo 16 número 2° de la Constitución persigue un fin razonable y justificado en la conducta punible en la que ha incurrido el sujeto acusado por el mencionado delito.

A modo de ejemplo, podemos mencionar la opinión sentada por el Tribunal Constitucional en el fallo dictado en la causa Rol N° 660-2006, en el cual refiriéndose a la suspensión del derecho de sufragio en su dimensión pasiva, expresó:

“Que cabe ahora detenerse en el sentido y alcance del artículo 16 N° 2 de la Constitución, norma según la cual se suspende el ejercicio del derecho de sufragio del ciudadano acusado por un delito que merezca pena aflictiva. Analizada esa disposición, resulta evidente, desde luego, que el mandato contenido en ella persigue un fin razonable, especialmente tratándose de autoridades que representan la ciudadanía en el régimen democrático imperante en Chile. Menester es realzar, además, que dicho precepto fundamental rige sin excepciones, en cuanto a los sujetos afectados por él, como asimismo en relación con los efectos

suspensivos que produce respecto de las autoridades cuyo desempeño presupone hallarse en ejercicio pleno de la ciudadanía”²²⁸.

Una opinión similar se observa en lo resuelto en los autos Rol N° 1.328-2009, en los cuales este mismo tribunal consideró lo siguiente:

“El fundamento de la exigencia de no estar acusado o condenado por delito que merezca pena aflictiva para mantener la calidad de ciudadano, se explica porque para la Constitución no puede considerarse como un ciudadano más a quien fue desleal con el Estado y con el resto de las personas, al cometer un delito grave que, como el que se investiga en el caso *sublite*, sanciona el empleo de los recursos de la colectividad en fines ilegales. De ahí que se margine al responsable de la vida cívica. En ello hay un juicio de reproche respecto de quien cometió un delito y fue condenado a esa pena”²²⁹.

A nuestro juicio, nos parece que la argumentación desarrollada por el Tribunal Constitucional se aleja bastante de los principios democráticos, particularmente de la igualdad, pues considerar que sólo pueden ejercer el

²²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 22 de mayo de 2007. Rol 660-2006. Considerando Octavo.

²²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 6 de agosto de 2009. Rol 1.328-2009. Considerando Decimoséptimo.

derecho de voto quienes cuentan con cierta calidad moral mengua el carácter igualitario y universal del sufragio.

Coincidente con nuestra opinión, Marshall ha señalado que “[e]n Chile, la explicación de por qué los criminales pierden sus derechos políticos no ha llegado más allá de afirmar (sin argumentos) que los condenados por un crimen no tienen la idoneidad moral o la dignidad para participar en terreno de la política. Podría sintetizarse la opinión de la doctrina constitucional chilena de la siguiente manera: (1) los derechos políticos requieren cierta idoneidad de la cual no todos disfrutan, por ende, son un privilegio; (2) dicha idoneidad viene exigida por la importancia de la función de elegir y ser elegido; (3) esa idoneidad está estrechamente asociada al reconocimiento de los individuos como libres e iguales; (4) las penas aflictivas implican una pérdida o al menos un menoscabo de tales cualidades; luego (5) la suspensión del sufragio o la pérdida de la ciudadanía es una medida que, como consecuencia de la suspensión del reconocimiento de ser libre e igual que produce la pena, garantiza que la importante función de ejercer los derechos políticos sea realizada solo por personas idóneas para ello”²³⁰.

En conclusión, si tanto el constituyente como el órgano que está llamado a interpretar la normativa constitucional estiman que el sufragio, en su dimensión

²³⁰ MARSHALL, Pablo (2013). “Persecución penal y exclusión política” en *Igualdad, inclusión y derecho: Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria*. Universidad Austral de Chile, LOM Ediciones, pp. 79-80.

pasiva y activa, es un derecho que para su ejercicio exige ser un sujeto moralmente idóneo en relación a la comunidad política de la cual se forma parte, entonces en realidad la norma se sustenta en un reproche moral y en la sospecha de culpabilidad de quien es acusado por delito que merezca pena aflictiva, lo cual no sólo vulnera o infringe el derecho a la presunción de inocencia, sino que también atenta contra los principios garantizados por la misma Constitución en sus artículos 1° y 4, los cuales consagran la dignidad de la persona humana y la democracia como forma de gobierno, respectivamente.

Nuevamente citamos a Marshall, y hacemos nuestras sus palabras, cuando afirma:

“(...) la democracia se funda en el reconocimiento de todos los miembros de la comunidad como iguales. La democracia ha ido de la mano con la universalización de los derechos políticos. Mediante la privación de los derechos políticos a ciertos sujetos, cuando dicha privación no se encuentra justificada, se está afectando la igualdad política sobre la cual se funda la democracia y se están socavando los supuestos bajo los cuales esta se constituye como una forma de gobierno legítima.

En resumidas cuentas, la justificación basada en una falta de idoneidad moral crea una exclusión que no es compatible ni con la dignidad humana ni con la democracia²³¹.

Ahora, cabe preguntarse si esta vulneración de la presunción de inocencia, basada en el reproche moral que recae sobre el acusado por la comisión de un delito que merezca pena aflictiva, aun cuando sea criticable por las razones ya esgrimidas, es legítima o no, ya que como bien sabemos, los derechos no son absolutos, sino que admiten limitaciones en ciertos casos, siempre que éstas respeten ciertos criterios o condiciones, tal como se expuso en el primer capítulo de este trabajo.

Por eso, a continuación examinaremos si la limitación contenida en la norma bajo estudio respeta dichas condiciones.

4.1. Condición de carácter competencial

En primer lugar, analizaremos si el artículo 16 número 2º cumple con la condición competencial, es decir, si la limitación se encuentra impuesta por quien se encuentra habilitado para ello.

²³¹ *Ibidem*, pp. 80-81.

Al ser una restricción de carácter constitucional, surge la pregunta acerca de si es posible tachar a una norma dictada por el mismo constituyente como una medida vulneratoria de derechos fundamentales.

Sobre este punto, creemos correcto lo sostenido por Beca, al expresar que “[s]i bien es cierto que la Constitución ocupa la máxima jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que los derechos fundamentales son anteriores a este ordenamiento. Basados en este principio, podemos concluir que el constituyente no debió haber establecido la suspensión del derecho a sufragio que analizamos, y que el conflicto entre los artículos 5° y 16 del Código Político, debe necesariamente resolverse a favor del artículo 5°²³².

Entonces, compartiendo esta perspectiva, nos parece que el artículo 16 número 2° sólo cumple parcialmente con esta condición de carácter competencial, ya que si bien el constituyente tiene la potestad de establecer limitaciones en ciertos casos, no parece razonable atribuir validez a éstas en base a su mera o pretendida soberanía para restringir derechos fundamentales, por cuanto éstos, al ser inherentes a la naturaleza humana, son anteriores al texto constitucional.

²³² BECA, J. (1998), ob. cit., p. 129.

En otras palabras, no sólo debemos examinar la validez de la norma desde una mera perspectiva formal (identificada con el procedimiento de formación o sanción de ella), sino que dicho examen debe complementarse con un criterio de validez sustancial que guarde relación con el respeto de los derechos fundamentales que, por su condición de persona, el acusado por delito que merezca pena aflictiva no pierde.²³³

En otras palabras, los derechos fundamentales emanan de la dignidad de la persona humana y mediante su consagración la carta fundamental los garantiza, mas no los crea, y si bien el constituyente se encuentra habilitado para imponer medidas restrictivas de derechos, en este caso lo hace con la sola finalidad de trazar las líneas de la política criminal del Estado.

No podrían ser más acertadas las palabras de Mañalich, quien plantea la siguiente reflexión crítica acerca de la norma:

“Esta concepción como constitutiva-de-lo-político de la función de la constitución puede contribuir a la reflexión acerca del modo en que se despliega la política constitucionalmente estructurada. Esto no puede ser distinto para cada una de las dimensiones de la política, incluida la política criminal. En la Constitución chilena se encuentra expresada una

²³³ [cfr.] CESANO, D. (2007), ob. cit., pp. 109-110.

predisposición de la orientación de la política criminal. Y esta predisposición político-criminal se ajusta a un modelo de derecho penal del enemigo”²³⁴.

Más adelante, sostiene “[q]ue el artículo 16 de la Constitución establezca la suspensión del derecho de sufragio como consecuencia del procesamiento “por un delito que merezca pena aflictiva” sólo confirma el programa de política criminal así constituido”²³⁵.

En este mismo sentido, el profesor español Borja Mapelli ha señalado que “[e]n el ámbito de las penas inhabilitantes, con efecto absoluto y degradante, el legislador muestra este aspecto autoritario del Estado, en esta ocasión transmitiendo una visión de que es absolutamente imposible concebir que el infractor pudiera participar en el ejercicio de la función pública. El objetivo no es castigar, ni siquiera prevenir, sino enviar un mensaje a la sociedad de que la función pública está salvaguardada porque la legislación la reserva para una casta de personas honorables. La idea es por sí descabellada, pero la necesidad del Estado de transmitirla lleva al legislador al empleo de esta pena,

²³⁴ MAÑALICH, Juan Pablo (2005). “Pena y Ciudadanía” en *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago de Chile, N°6, p. 82.

²³⁵ *Ibidem*, p. 82.

en no pocas ocasiones, en contra de las garantías esenciales del Estado de Derecho”²³⁶.

4.2. Condición de carácter internacional

En segundo término, corresponde determinar si el artículo 16 número 2° de la Constitución cumple con la condición de carácter internacional, consistente en el respeto al bloque constitucional de derechos fundamentales contenido en el artículo 5 inciso 2° del mismo cuerpo legal.

Considerando la posibilidad de que los derechos y garantías contemplados por la Constitución sean objeto de limitaciones, el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone:

“La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena, por juez competente, en proceso penal”²³⁷.

²³⁶ MAPELLI, Borja (2012). “La pena de inhabilitación absoluta ¿Es necesaria?” en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 108, III, Época II, p. 14.

²³⁷ DECRETO SUPREMO N° 873, ob. cit., p. 8.

Acerca del sentido que debe dar a esta norma, Leonardo Filippini y Felicitas Rossi han expresado que “[e]sta redacción aparentemente restrictiva, sin embargo, en modo alguno autoriza a restringir el alcance de los derechos consagrados en otros instrumentos de igual jerarquía, o en la CN. Mucho menos, exige algún tipo de restricción. En primer lugar, la norma convencional hace referencia al verbo “reglamentar” y no a “restringir”. “Reglamentar” significa “sujetar a reglamento un instituto o materia determinada”, mientras que “restringir” implica “ceñir, circunscribir, reducir a menores límites”, de acuerdo a la Real Academia Española. Reglamentar el ejercicio de un derecho, entonces, no implica restringirlo. E incluso, claro está, una reglamentación razonable puede garantizar el derecho en cuestión a fin de hacerlo operativo”²³⁸.

En *Yatama vs. Nicaragua*, la CIDH sostuvo:

“La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos

²³⁸ FILIPPINI L. y ROSSI F. (2012), ob. cit., p. 196.

puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue”²³⁹.

Esta misma doctrina ha sido sostenida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que conociendo del caso *Aylwin y otros vs. Chile*, señaló:

“De tal forma que los Estados pueden diferenciar situaciones y establecer categorías para determinados grupos de individuos, siempre que se persiga un fin legítimo y que la clasificación guarde una razonable y justa relación con la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico.

²³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 23 de junio de 2005. Serie C N° 127. Párrafo 206.

(...) En este sentido, es importante señalar que la propia Convención reconoce las limitaciones que el Estado puede establecer razonablemente al ejercicio de los derechos políticos, mediante la reglamentación exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal. Se trata, en consecuencia, de limitaciones *numerus clausus*, por lo que toda otra causa que limite el ejercicio de los derechos de participación política igualitaria que consagra la Convención resultaría contraria y por lo tanto violatoria de las obligaciones internacionales del Estado bajo dicho instrumento”²⁴⁰.

Por eso, tal como sostiene Nogueira, el tema hoy no es si el artículo 16 de la Constitución es o no compatible con los artículos 13 y 15 de la Carta Fundamental, sino si dicha disposición es compatible con los artículos 8 y 23 de la CADH²⁴¹.

El artículo 16 número 2° de la Constitución priva del ejercicio del derecho a sufragio bastando la mera acusación, acto jurídico procesal que no guarda relación alguna con la condena impuesta por juez competente dentro de un proceso penal, por lo que la limitación impuesta infringe ambas normas, y adicionalmente, también vulnera lo dispuesto por el artículo 26 de la

²⁴⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999), *ibídem*, párrafo 101.

²⁴¹ [cfr.] NOGUEIRA, H. (2010), *ob. cit.*, p. 20.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que obliga a cumplir de buena fe las obligaciones emanadas de un tratado en vigor²⁴².

Compartimos la opinión de Barrientos, al afirmar que "(...) no existe razón para sostener que el constituyente está eximido, por un lado, de respetar las normas internacionales que el Estado ha suscrito y ratificado, y por otro, de observar una mínima consistencia material, sustancial o de contenido en lo establecido en una parte del texto constitucional en relación a lo regulado en otra²⁴³.

También es necesario tener presente lo dispuesto por el artículo 29 letra a) de la CADH, ya citado, el cual no permite interpretar las normas de la Convención en un sentido que importe suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por ella, o limitarlos en mayor forma que la prevista.

Como lo señaló la Corte Interamericana en el caso Castañeda Gutsman, "la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en

²⁴² El artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados contempla el principio "*Pacta sunt servanda*", en virtud del cual "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". [En línea] <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html#PARTE III>

²⁴³ BARRIENTOS, I. (2011), ob. cit., p. 263.

ilegítima y contraria a la Convención Americana. Conforme a lo establecido en el artículo 29.a de dicho tratado, ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella”²⁴⁴.

Como puede observarse, lo que la CADH hace es limitar las restricciones posibles en aquellos casos donde éstas se encuentran previstas por una legislación nacional. Lejos de estimularlas, intenta restringir el recorte de derechos que pueda existir a nivel interno, incluso en un área predominantemente estatal, como es la regulación electoral²⁴⁵.

Por otra parte, también es importante mencionar el criterio sostenido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas respecto a la interpretación y aplicación del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, quien ha expresado que “[e]n sus informes, los Estados deben indicar y explicar las disposiciones legislativas, en virtud de las que se puede privar del derecho de voto a los ciudadanos. Los motivos para privarles de ese derecho deben ser objetivos y razonables. Si el motivo para suspender el derecho a votar es la condena por un delito, el período de tal suspensión debe guarda la debida proporción con el delito y la condena. A las personas a

²⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castañeda Gutsman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184. Párrafo 174.

²⁴⁵ [cfr.] FILIPPINI L. y ROSSI F. (2012), ob. cit., p. 197.

quienes se prive de libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar”²⁴⁶.

A partir de todo lo expuesto, podemos concluir que la limitación contenida en el artículo 16 número 2° de la Constitución no cumple con la condición de carácter internacional antes aludida, ya que tanto el artículo 23 de la CADH como el artículo 25 del PIDCP –según la interpretación que de éste ha hecho el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas- **permiten la limitación del derecho a voto en virtud de condena penal impuesta por un juez competente, no bastando, en consecuencia, la mera acusación de la comisión de un delito para que una persona sea privada del ejercicio de este derecho** [el destacado es nuestro], por lo que la limitación bajo estudio vulnera el derecho a la presunción de inocencia, infringiendo de esta forma la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados internacionales ratificados por el Estado chileno, así como también lo dispuesto por los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados.

Por lo tanto, no podrían ser más acertadas las palabras de Barrientos, cuando afirma que “[l]a incompatibilidad del precepto constitucional con una

²⁴⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Observación General N° 25, Comentarios adoptados al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles con fecha 12 de julio de 1996, 57° período de sesiones. Párrafo 14. <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom25.html>>

norma internacional, que más allá del debate sobre su jerarquía, contiene un mensaje tan prístino como obligatorio sobre la misma materia, resta legitimidad a la medida. No existen argumentos para justificar que el Estado pueda desoír un mandato que voluntariamente incorporó a su ordenamiento. En este mismo sentido, creo que no existirá inconveniente en aceptar que la dignidad de las personas, el carácter democrático del Estado, la prevalencia de los derechos humanos, son principios o valores superiores de nuestro ordenamiento constitucional”²⁴⁷.

4.3. Condición de carácter material

En tercer lugar, debemos analizar si la suspensión del sufragio por delito que merezca pena aflictiva es una limitación que cumple la condición de carácter material, es decir, si respeta el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia.

¿Cuál es el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia? Esta pregunta ha sido respondida por Montañés: “El contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, como regla de tratamiento, se identifica con el derecho del imputado a que durante el proceso penal, esto es, mientras

²⁴⁷ BARRIENTOS, I. (2011), ob. cit., p. 284.

no exista sentencia condenatoria firme, debe partirse de la idea de su inocencia y, en consecuencia, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos”²⁴⁸.

Luego, si ya señalamos que el derecho a la presunción de inocencia en ningún caso es absoluto, entonces, ¿De qué forma se vulneraría el contenido esencial del derecho a ser presumido inocente cuando se establece la suspensión del derecho de sufragio por acusación penal? ¿Qué produce que el artículo 16 número 2º afecte el contenido esencial de este derecho y transforme en ilegítimo el fin perseguido por el constituyente?²⁴⁹.

La respuesta nos la entrega Barrientos: “No parece legítimo regular la suspensión del derecho a sufragio de tal manera que haga irreconocible la presunción de inocencia, privándola de su facultad esencial –no ser afectado sin condena firme-, dificultando, a la vez, su ejercicio más allá de lo razonable, pues constituye un exceso, de cara a los objetivos del proceso penal, que una persona sea privada temporalmente de sus derechos políticos, si con ello no se beneficia la obtención de la verdad procesal ni la realización del derecho penal”²⁵⁰.

²⁴⁸ MONTAÑÉS, M. (1999), ob. cit., p. 39.

²⁴⁹ [cfr.] BARRIENTOS, I. (2011), ob. cit., p. 285.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 286.

Por tanto, nuevamente vemos que una de las condiciones exigidas para que la limitación sea posible no se cumple, ya que lo dispuesto por el artículo 16 número 2° de la Constitución atenta contra el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, pues trata al sujeto como culpable antes de la imposición de la condena por sentencia firme.

4.4. Condición de carácter lógico

Finalmente, cabe analizar si esta medida restrictiva de derechos cumple con la condición de carácter lógico, es decir, si resulta justificada y proporcional.

Respecto a su justificación, ya hemos señalado que la limitación no resulta razonable, atendido a que se sustenta en el reproche moral recaído sobre el acusado por delito que merezca pena aflictiva, cuya consecuencia es la privación del derecho de voto del acusado antes de que se determine su culpabilidad más allá de toda duda razonable, estándar de convicción que sólo es posible alcanzar cuando se han rendido las pruebas correspondientes mediante un acto de comprobación que se lleva a cabo con posterioridad a la acusación.

Ahora, en cuanto a la proporcionalidad de la medida, debemos realizar un juicio de ponderación para determinar si cumple con los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad propiamente tal.

Existe consenso en que cualquier privación o restricción de derechos mientras se tramite un proceso penal debe guardar relación con los fines del procedimiento, así como también resulta indiscutible que la imposición excepcional de medidas cautelares debe justificarse por su nexo directo con el proceso en curso²⁵¹. Sin embargo, es evidente que la suspensión del derecho de sufragio no garantiza la búsqueda de la verdad dentro de un proceso penal, ya que no puede advertirse cómo esta medida ayuda a la determinación de la participación que en éste le cupiere al imputado.

Sobre este punto, resulta útil lo señalado por el juez penal del Estado de México José Luis Embris: “Lo anteriormente expuesto nos orienta para afirmar que partiendo de los fines del proceso, llámese hacer efectivo el *ius puniendi*, buscar la verdad histórica y la personalidad del delincuente, o resolver el conflicto, los efectos del proceso deben buscar el logro de dichos fines, como asegurar la presencia del imputado y el desahogo de las pruebas, pero de ninguna manera es válida la suspensión de derechos políticos del ciudadano, que más bien resulta una pena anticipada, que no contribuye a asegurar la

²⁵¹ [cfr.] *Ibidem*, p. 282.

presencia del sujeto a proceso ni preservar las pruebas, quedando más que aislado este efecto carente de eficacia en el contexto procesal”²⁵²

Luego, en relación al subprincipio de idoneidad, cabe preguntarse si la suspensión del derecho a sufragio por acusación de delito que merezca pena aflictiva protege al sistema electoral o sirve al resguardo de la democracia.

Al respecto, compartimos lo sostenido por Barrientos: “El que personas acusadas de un delito que merezca pena aflictiva puedan ser elegidas o sufragar no desmejora *per se* la calidad de los resultados democráticos. No se puede trazar una relación de causalidad entre una mejor democracia y la exclusión de personas que no son más que meros sospechosos. No existen buenas razones, en mi opinión, para pensar que la exclusión de personas que deben ser presumidas inocentes fortalece la democracia, pues con ello no se hace otra cosa que socavar principios nucleares de la democracia: la universalidad del sufragio, la participación libre y amplia y la igual consideración y respeto de todos”²⁵³.

²⁵² EMBRIS, José Luis (2009). “La suspensión de los derechos políticos de los ciudadanos frente al principio de presunción de inocencia en el sistema jurídico mexicano” en *Apuntes Electorales*. Toluca, Instituto Electoral del Estado de México, Año VIII, N° 38, p. 78.

²⁵³ BARRIENTOS, I. (2011), ob. cit., p. 287.

Por último, la proporcionalidad en sentido estricto importa determinar si los beneficios que reporta la medida contenida en el artículo 16 número 2° son mayores a los perjuicios causados al derecho que se limita.

Coincidimos en este punto con Nogueira, cuando expresa que “[l]a necesaria utilización del principio de proporcionalidad nos indica que el Estado sólo está facultado para restringir los derechos políticos por razones que constituyen fines o bienes constitucionales que no son susceptibles de alcanzarse de otra forma o por otro medio que cause menos daño al ejercicio del derecho de sufragio en el contexto de una necesidad imperiosa del régimen democrático”²⁵⁴.

En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Aylwin y otros vs. Chile*, ya citado, sostuvo:

“Ahora bien, en el presente caso estamos en presencia de derechos humanos fundamentales de los ciudadanos chilenos que actúan como peticionarios (y del resto de los ciudadanos chilenos en la misma condición), los cuales se constituyen en la garantía básica de la democracia representativa y de cualquier otro derecho, incluso los más esenciales. Por tanto, toda diferenciación o restricción en esta materia requiere una justificación suficiente como necesaria, razonable y

²⁵⁴ NOGUEIRA, H. (2010), ob. cit., p. 23.

proporcionada para alcanzar la finalidad deseada por el Estado. Por tanto, al hablar de la posibilidad de diluir o reducir la capacidad efectiva del pueblo para elegir a sus representantes, mediante la designación de miembros de las cámaras legislativas sin legitimidad popular, se requiere un fin legítimo perseguido por el Estado (*rational test*) y que la medida asumida sea razonable y proporcional. En otras palabras, las restricciones o limitaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención deben justificarse por su "necesidad" en el marco de una sociedad democrática. Esta demarcación es, en definitiva viene determinada por la justificación de las medidas, sus motivos, su razonabilidad y su proporcionalidad"²⁵⁵.

Por lo tanto, vemos que el subprincipio de proporcionalidad propiamente tal tampoco se satisface, ya que si la finalidad del constituyente consiste en preservar la pureza de las urnas, o que el sufragio sólo se reserve a quienes se encuentran moralmente aptos para ejercerlo, no se explica cómo este objetivo podría alcanzarse privando de este derecho a quienes aún no han sido condenados por delito que merezca pena aflictiva, y en conclusión, la finalidad en comento podría obtenerse a través de medios menos gravosos, como por ejemplo, suspender este derecho una vez que se dicte condena por juez

²⁵⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999), *ibídem*, párrafo 102.

competente dentro de un proceso penal, pues antes, esta limitación carece de justificación.

Asimismo, no es razonable que se imponga automáticamente la suspensión del derecho de sufragio como medida restrictiva de derechos, si el delito por el cual se acusa no merece proporcionalmente la privación del sufragio, luego de realizado el correspondiente juicio de ponderación exigido por el principio de proporcionalidad.

5. Conclusiones del capítulo

A partir de lo expuesto en el presente capítulo, podemos concluir que la suspensión del derecho de sufragio por acusación de delito que merezca pena aflictiva es una limitación del derecho fundamental de voto que vulnera la presunción de inocencia que ampara al acusado, la cual no cumple con las condiciones necesarias para ser calificada como una restricción legítima.

Sin perjuicio de que tanto el derecho de voto como la presunción de inocencia no se encuentran dentro del catálogo de derechos calificados como fundamentales por el constituyente en el artículo 19 de la Carta Fundamental, ya observamos que ambos son derechos que inherentes al ser humano, por ende, se encuentran dotados de la calidad de tal atendida la dignidad humana

que inspira nuestra institucionalidad, así como también han sido consagrados como tales por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, por lo que resultan vinculantes para nuestro Estado.

Asimismo, quedó de manifiesto que el artículo 16 numeral 2° de la Constitución se fundamenta en un reproche moral recaído sobre quien es objeto de un proceso penal, por lo que el constituyente, más que preservar un determinado bien constitucional, está sentando las bases de la política criminal, ajustadas a un modelo de derecho penal del enemigo.

Queda de manifiesto entonces que el carácter punitivo de la suspensión en comento radica en la estigmatización del acusado, quien recibe el trato de una persona de segunda clase, siendo privado de la posibilidad de manifestar su opinión respecto a la forma en que nuestros representantes conducen asuntos relevantes para toda la sociedad, o lo que es más importante aún, acerca de cómo legislan sobre nuestros derechos, garantías y libertades.

Por eso, tal como sostiene Mapelli, “[t]oda pena que no responde, en lo concreto, a la gravedad de la infracción tiene como fundamento, no el castigo, sino la difamación de la persona del condenado”²⁵⁶, lo que nos permite concluir que la medida contenida en la norma bajo análisis, además de vulnerar la

²⁵⁶ MAPELLI, B. (2012), ob. cit., pp. 7-8.

presunción de inocencia y de ser contraria a bases de nuestra institucionalidad tales como la dignidad humana y la democracia, resulta desproporcionada en relación a la protección del ejercicio del derecho de voto como bien jurídico tutelado que aparentemente por esta vía pretende el constituyente.

**CAPÍTULO IV. LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO DEL
SUJETO PROCESADO, ACUSADO O CONDENADO PENALMENTE EN EL
DERECHO COMPARADO**

**1. La suspensión del sufragio en la legislación canadiense: el Caso
Sauvé**

Antes de analizar el caso Sauvé vs. Canadá, es importante señalar que existen dos casos Sauvé.

Sauvé I se resolvió el 27 de mayo de 1993 y llegó a la Corte porque el señor Richard Sauvé, sentenciado a cadena perpetua en la penitenciaría Collins Bay, impugnó la Ley Electoral de Canadá, que en ese entonces negaba el derecho a votar a todos los condenados a prisión, ya que a su juicio, ésta violaba lo dispuesto por el párrafo 3 de la carta: “Todo ciudadano canadiense tiene derecho a votar en las elecciones de la Casa de los Comunes o de cualquier asamblea legislativa, y ser calificado para ser miembro de la misma”²⁵⁷.

²⁵⁷ [cfr.] DÍEZ GARGARI, Rodrigo (2013). “El caso sauvé. La fascinante tensión entre jueces y legislador” en *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras*, N° 2. México DF, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 75 [En línea] http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/sentencias_ext2.pdf

En su sentencia, la Corte resolvió la inconstitucionalidad de la ley electoral, lo que derivó en que el Parlamento reformara la ley electoral, estableciendo una restricción del derecho a voto más acotada. En consecuencia, a partir de abril de 1993, el nuevo artículo 51 letra e) de la Ley Electoral de Canadá dispuso lo siguiente: “Las personas que se enumeran a continuación no están calificadas para votar en una elección y no deberán hacerlo: e) Toda persona detenida en un penal correccional, que se encuentre cumpliendo una pena de dos o más años; (...)”²⁵⁸.

Esto no satisfizo al señor Sauvé, quien volvió a impugnar el artículo 51 letra e), sumándose en esta ocasión un grupo de aborígenes condenados en la Stony Mountain Institution, en Manitoba²⁵⁹.

En Sauvé II, el Tribunal de Primera Instancia declaró que la disposición era inconstitucional porque el artículo 51 letra e) no cumplía con el principio de proporcionalidad. El gobierno apeló de esta decisión y el 21 de octubre de 1999 la Corte de Apelaciones Federal revocó la decisión del Tribunal de Primera Instancia y consideró que esta norma sí era constitucional. Finalmente, el señor Sauvé apeló esta decisión y el caso llegó a la Suprema Corte, la que resolvió el

²⁵⁸ [cfr.] *Ibidem*, pp. 75-76.

²⁵⁹ [cfr.] *Ibidem*, p. 76

asunto el 31 de octubre de 2002, declarando la inconstitucionalidad de la ley electoral²⁶⁰.

La presidenta McLachlin y los ministros Iacobucci, Binnie, Arbour y LeBel, sostuvieron lo siguiente:

“El artículo 51(e) no aprueba el *test* de proporcionalidad. En específico, el gobierno no logró establecer un vínculo racional entre la privación del derecho al voto, previsto en el artículo 51(e), y los objetivos indicados. Respecto del primer objetivo, de aumentar la responsabilidad cívica y el respeto al Estado de Derecho, la privación a los presos del derecho a voto envía, por el contrario, mensajes que minan el respeto al derecho y a la democracia, y no mensajes que defienden estos valores. La legitimidad de la ley y la obligación de respetarla provienen directamente del derecho al voto de cada ciudadano. Negar estos derechos a los presos equivale a abandonar un medio importante para inculcarles valores democráticos y de responsabilidad social. La nueva teoría política del gobierno, que permitiría a los representantes electos privar de su derecho al voto a un sector de la población, no tiene lugar en una democracia construida sobre principios de inclusión, igualdad y participación ciudadana (...).

²⁶⁰ [cfr.] *Ibidem*, pp. 77-78.

Es más, el argumento según el cual sólo quienes respetan la ley deben participar en los procesos electorales es inaceptable. Negar el derecho al voto por una supuesta ausencia de valor moral es incompatible con el respeto a la dignidad humana, que se encuentra en el corazón de la democracia canadiense y de la Carta.

Respecto al segundo objetivo, de infligir una sanción adecuada, el gobierno no presentó una teoría convincente a fin de explicar por qué se debería permitir negar este derecho democrático fundamental, como pena infligida por el Estado. Privar del derecho al voto no es congruente con las exigencias de una pena adecuada; esto es, una pena no debe ser arbitraria y debe buscar un objetivo válido de derecho penal. Para no ser arbitraria, la pena debe ajustarse exactamente a las acciones y al caso particular del crimen cometido por el infractor”²⁶¹.

Resulta interesante citar ciertos considerandos de la parte resolutive del fallo:

“El derecho a voto de todo ciudadano, sin consideración de la virtud, de la aptitud mental u otra característica distintiva, apuntala a la democracia canadiense y a los poderes de los cuales se prevale el legislador. Un gobierno

²⁶¹ SUPREMA CORTE DE CANADÁ (2002). *Sauvé vs. Canadá* (Chief Electoral Officer) en Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México (2013). *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras*, N° 2, pp. 18-19 [en línea] http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/sentencias_ext2.pdf

que otorga el derecho al voto sólo a un grupo selecto de ciudadanos es un gobierno que disminuye su capacidad para actuar con carácter de representante legítimo de los ciudadanos excluidos de este grupo, contradice su pretensión de ser una democracia representativa y erosiona su poder de condenar y castigar a los contraventores”²⁶².

Asimismo, la Suprema Corte también sostuvo lo siguiente:

“El contrato social requiere que el ciudadano obedezca las leyes creadas por el proceso democrático. No obstante, de ello no se sigue que faltar a lo anterior se traduce en la anulación de la pertenencia permanente del ciudadano a la ciudad autónoma. De hecho, la opción de encarcelar a una persona por un período determinado en lugar de exiliarla es signo de nuestra aceptación de la pertenencia permanente al orden social. Algunos derechos son restringidos justificadamente por razones penales, incluyendo algunos aspectos del derecho a la libertad, a la seguridad personal, a la movilidad y a la seguridad en contra del registro y la incautación (*search and seizure*). Pero no puede determinarse que un derecho ha sido justificadamente limitado a simplemente observar que un infractor, a través de sus acciones, se ha retirado del contrato social. De hecho, el poder del Estado para sancionar y la obligación del criminal de

²⁶² *Ibidem*, p. 48.

aceptar la sanción están atados al reconocimiento del criminal como una persona con derechos y responsabilidades. Otros preceptos de la Carta clarifican este punto. Así, el artículo 11 protege a todo inculcado de juicios inequitativos y el artículo 12 en contra de todo trato o pena cruel e inusitado²⁶³.

Como vemos, la Suprema Corte de Canadá resuelve acertadamente al afirmar que es contrario a la democracia privar a los ciudadanos del derecho a voto en base a un reproche moral, como lo es la condena penal, pena que además resulta desproporcionada en relación a los beneficios que supuestamente reportaría, ya que a juicio de la Suprema Corte, no se advierte cuál es el mensaje educativo que esta privación enviaría a los condenados, así como tampoco se condice con el delito por el cual el sujeto es sancionado, minando el carácter retributivo que debe tener la pena.

2. La suspensión del sufragio en el Reino Unido: el Caso Hirst

John Hirst fue un preso inglés con un largo prontuario delictual condenado a 15 años de prisión con responsabilidad disminuida. Mientras se encontraba recluso, demandó a los directores de los diversos recintos cancelarios en donde

²⁶³ *Ibidem*, p. 55.

había estado, basado en el reglamento penitenciario publicado por la *Prison Reform Trust*²⁶⁴.

Uno de los casos más controversiales promovidos por Hirst fue contra el Tribunal Superior alegando el derecho a voto de los prisioneros para las elecciones de 2001, argumentando que ese derecho se desprendía de la “*Representation of the People Act*” de 1983. Sin embargo, su propuesta fue desestimada, por lo que Hirst llevó el caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)²⁶⁵, apelando que privar a los convictos de las elecciones prohibía a una parte importante de la población de la posibilidad de cuestionar, electoralmente, la política penal que les afecta²⁶⁶.

El 6 de febrero de 2005 la CEDH decidió el caso a favor de la pretensión de Hirst, resolviendo que la prohibición vulneraba el derecho a elecciones libres consagrado en la Convención Europea de Derechos Humanos²⁶⁷.

En su sentencia, el TEDH sostuvo que cualquier restricción de los derechos electorales debe tener un fundamento legítimo y que los medios empleados

²⁶⁴ [cfr.] ITZEL, Mónica y MÁRQUEZ, Antonio (2013). “Caso John Hirst vs. United Kingdom. Derecho de voto de los reclusos/Vinculación de Sentencias de Tribunales Internacionales”. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 1 [en línea] http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Caso_Hirst_vs_UK.pdf

²⁶⁵ [cfr.] *Ibidem*, p. 1.

²⁶⁶ [cfr.] EWALD, Alec (2011). “Mundos Aparte: Las leyes sobre suspensión del derecho al sufragio en las Cortes Supremas” (traducido por Antonio Márquez) en Luis Efrén Ríos (coord.) *Tópicos Electorales: Un diálogo Judicial entre América y Europa*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [En línea] http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/ponencias/alec_ewald.pdf

²⁶⁷ [cfr.] ITZEL, M. y MÁRQUEZ, A. (2013), *ob. cit.*, p. 2.

deben ser proporcionales a la finalidad perseguida. El gobierno británico había defendido la razonabilidad de la limitación impuesta a los condenados alegando un supuesto efecto disuasivo y sugiriendo que la prohibición producía un aumento en la responsabilidad cívica y el respeto por la ley de los penados. Si bien la restricción no fue considerada contraria en sí misma a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), el TEDH dejó bien en claro que una prohibición absoluta para todo condenado en cualquier circunstancia excede el margen de apreciación²⁶⁸ aceptable que posee el Estado²⁶⁹.

Asimismo, los magistrados decidieron que la suspensión del derecho al sufragio iba en contra de la rehabilitación del delincuente como un miembro de la comunidad que cumple con la ley y socavaba la autoridad de la misma. Aún más, la Corte no pudo encontrar ningún vínculo racional entre el castigo y el delincuente bajo las leyes del Reino Unido y ninguna evidencia de que la suspensión del derecho al sufragio disuadiera de delinquir²⁷⁰.

²⁶⁸ Dentro de los principios de interpretación empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destaca la llamada doctrina del margen de apreciación, la cual puede ser entendida, como un espacio de discrecionalidad con la que cuentan los Estados Partes, para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas, sociales y culturales; en el entendido de que su ejercicio, se encuentra sujeta al control del Tribunal Europeo, y a su labor continua en la construcción de un “consenso europeo”. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN MEXICANA. “El margen de apreciación (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)” [s.a.] [en línea] https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/165/Becarios_163.pdf

²⁶⁹ [cfr.] FILIPPINI, L. y ROSSI, F. (2012), ob. cit., pp. 205-206.

²⁷⁰ [cfr.] EWALD, A. (2011), ob. cit. [en línea] http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/ponencias/alec_ewald.pdf

El 9 de febrero de 2011 la Cámara de los Comunes resolvió seguir impidiendo que los presos votaran en las elecciones del Reino Unido, dejando en manos del Primer Ministro la decisión de aceptar o no la resolución de la CEDH. Finalmente, el gobierno reconoció que estaba listo para permitir que los reclusos votaran, pero sostuvo que sólo sería posible para aquellos a quienes se les hubieran impuesto condenas menores a un año²⁷¹.

Como puede observarse, la argumentación de la CEDH descansa sobre el principio de proporcionalidad, señalando que si se prohibía en cualquier caso que los condenados ejercieran el derecho a sufragio, el gobierno británico excedía el espacio de discrecionalidad que la Convención Europea de Derechos Humanos concede a los Estados parte, imponiendo una medida desproporcionada que no considera las circunstancias particulares del caso. El TEDH admite la posibilidad de fijar límites a los derechos electorales, pero no restricciones absolutas de carácter general.

3. La suspensión del sufragio en la constitución mexicana: el Caso Facundo

El 30 de enero 2009, Cirilo Facundo, quien se encontraba en libertad bajo caución, presentó una demanda para la protección de los derechos político-

²⁷¹ [cfr.] ITZEL, M. y MÁRQUEZ, A. (2013), ob. cit., p. 3.

electorales ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ya que al concurrir al Instituto Federal Electoral, requiriendo su credencial para votar con fotografía, ésta no le fue entregada, ya que el sistema informático el trámite se encontraba detenido atendido que sus derechos políticos se encontraban suspendidos a raíz del auto de formal prisión dictado por el Juez Titular del Juzgado Penal de Primera Instancia del Distrito Judicial de El Oro, Estado de México, de acuerdo lo dispuesto por el artículo 38 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

‘Artículo 38: Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión”.

Para analizar el asunto, la Sala Regional de Toluca señaló que era necesario remitirse a lo dispuesto por el artículo 20 apartado B de la Constitución, la cual se refiere a los derechos de toda persona imputada, y en cuya fracción I dispone que ésta tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa²⁷².

²⁷² [cfr.] TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Sentencia dictada por la Sala Regional de la Quinta Circunscripción Plurinominal con fecha 5 de marzo de 2009, Expediente ST-JDC-22/2009, pp. 18-19 [en línea] <http://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/toluca/ST-JDC-0022-2009.pdf>

Para zanjar la aparente contradicción entre ambas normas, la Sala expresó lo siguiente:

“Así las cosas, cuando se esté en presencia de principios constitucionales de posible contenido antiético, debe privilegiarse aquel que potencialice un derecho fundamental, toda vez que dicho espectro satisface el fin del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, consistente en que la persona es el centro de imputación del cuidado y garantía a sus derechos de igualdad y libertad.

En efecto si el artículo 38, fracción II Constitucional establece que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; y por su parte, el diverso numeral 20, apartado B de la Constitución General, establece que es derecho de toda persona imputada que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa. Se concluye que el segundo de los numerales invocados le reconoce al gobernado una presunción de inocencia, lo que de suyo implica que la privación de derechos sólo puede proceder una vez dictada una resolución firme, por lo que ante dicho principio, no puede operar de manera preferente el derivado del artículo 28, fracción II constitucional, en

el que basta el auto de formal prisión, para que éste traiga aparejada la suspensión de derechos políticos”²⁷³.

A raíz de este razonamiento, este tribunal determinó que “[e]n atención a las anteriores consideraciones se concluye que, aun cuando el impetrante ha sido sujeto a la traba de la formal prisión por su probable responsabilidad en la comisión del ilícito de mérito, lo cierto es que éste se encuentra en libertad provisional bajo caución, por lo que hasta tanto no se dicte sentencia ejecutoria que lo condene a prisión, no se le puede considerar suspendido en sus derechos políticos”²⁷⁴.

La Sala Regional de Toluca sustenta su fallo en la Tesis Relevante Número XV/2007, emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la cual refiriéndose al artículo 38 fracción segunda de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, expresó lo siguiente:

“SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD. La interpretación armónica, sistemática y funcional del artículo 38, fracción II, en relación con los artículos 14, 16, 19, 21 y 102, de la

²⁷³ *Ibidem*, pp. 19-20

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 22.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 14, párrafo 2 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11, párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7, párrafo 5, y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permite concluir que la suspensión de los derechos o prerrogativas del ciudadano por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión no es absoluta ni categórica. En efecto, las referidas disposiciones establecen las bases para admitir que, aun cuando el ciudadano haya sido sujeto a proceso penal, al habersele otorgado la libertad caucional y materialmente no se le hubiere recluido a prisión, no hay razones válidas para justificar la suspensión de sus derechos político-electorales; pues resulta innegable que, salvo la limitación referida, al no haberse privado la libertad personal del sujeto y al operar en su favor la presunción de inocencia, debe continuar con el uso y goce de sus derechos. Por lo anterior, congruentes con la presunción de inocencia reconocida en la Constitución Federal como derecho fundamental y recogida en los citados instrumentos internacionales, aprobados y ratificados en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la suspensión de derechos consistente en la restricción particular y transitoria del ejercicio de los derechos del ciudadano relativos a la participación política, debe

basarse en criterios objetivos y razonables. Por tanto, tal situación resulta suficiente para considerar que, mientras no se le prive de la libertad y, por ende, se le impida el ejercicio de sus derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco hay razones que justifiquen la suspensión o merma en el derecho político-electoral de votar del ciudadano”²⁷⁵.

Por todo lo anterior, la Sala Regional de Toluca concluyó que la suspender al actor en el ejercicio de sus derechos políticos resultaba inadecuado, atendido que la hipótesis del artículo 38 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sólo resultaba aplicable en caso de que se impusiera una pena de privación de libertad mediante sentencia ejecutoriada²⁷⁶.

Como puede observarse, el Caso Facundo resulta sumamente interesante, atendido que la disposición contenida en el artículo 38 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es bastante similar al artículo 16 número 2º de nuestra Carta Fundamental, ya que en ambos casos el ejercicio del derecho de sufragio se suspende antes de que exista una sentencia condenatoria firme que declare culpable a la persona a quien se le imputa la comisión de un determinado delito.

²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 22-23.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 28.

Por eso, nos parece sumamente acertado el razonamiento de este tribunal, dando prevalencia al derecho a la presunción de inocencia por sobre la suspensión de derechos políticos al ordenarse la privación de libertad del ciudadano, ya que aun cuando esta norma es de carácter constitucional, lo cierto es que la presunción de inocencia se encuentra consagrada por diversos tratados internacionales de derechos humanos, los que al ser incorporados al derecho interno de los Estados, adquieren el carácter de norma supraconstitucional. Asimismo, la Sala Regional de Toluca consideró que optar por esta solución resulta acorde con un Estado democrático de Derecho, en el cual el Estado se encuentra al servicio de la persona humana.

No obstante, resulta interesante mencionar la opinión del profesor mexicano Luís Efraín Ríos, quien si bien considera que la Sala Regional de Toluca resolvió este caso de manera correcta, estima que su argumentación basada en la premisa “no hay suspensión de ciudadanía sin sentencia definitiva” no resulta adecuada:

“Esta tesis es, a mi juicio, inaplicable si se trata de la suspensión de la ciudadanía como medida cautelar, porque es una concepción fuerte de la presunción de inocencia que en realidad resulta contradictoria para justificar los actos privativos de la libertad de forma anticipada. Es claro: no se puede alegar la necesidad de la condena para no suspender provisionalmente los

derechos políticos, si la Constitución permite esta restricción cautelar, para bien o para mal. La cuestión constitucional no es, por tanto, inaplicar la norma de la suspensión por auto de formal prisión, sino de argumentar su mejor interpretación, amplia o restrictiva, para confeccionar su aplicación coherente y plena con el sistema constitucional. Por ende, la derrotabilidad de la regla de la suspensión preventiva de la ciudadanía no es conforme a la Constitución, por más injusta que nos parezca”²⁷⁷.

Así, el académico recién citado propone mejorar la interpretación del artículo 38 fracción segunda en cuestión, de la siguiente forma:

“Mi tesis es que la regla de trato de la presunción de inocencia exige la aplicación estricta de las medidas cautelares, por lo que los criterios a seguir para justificar o no la suspensión preventiva de la ciudadanía se encuentran en la estricta legalidad y proporcionalidad de las penas como reglas orientadoras para la restricción razonable de la libertad electoral de los inculcados”²⁷⁸.

De tal forma, entendida la presunción de inocencia como una regla de trato razonable bajo los principios de estricta legalidad y proporcionalidad,

²⁷⁷ RÍOS, Luis Efrén (2009). “El derecho al sufragio del presunto delincuente. El Caso Facundo”. En: I Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral: 11 de noviembre de 2009. Toluca, Estado de México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. P. 328 [en línea] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/27/dtr/dtr12.pdf>

²⁷⁸ *Ibidem*, ob. cit., p. 331.

los que exigen evitar restricciones indebidas durante el juicio a las libertades y derechos de los presuntos responsables, la suspensión de derechos políticos como limitación anticipada sólo operaría cuando se cumplan estos tres requisitos:

- a) Que se trate de un delito que merezca la pena de suspensión de derechos políticos;
- b) Que la suspensión provisoria de derechos políticos resulte idónea, útil y necesaria para salvaguardar una finalidad constitucionalmente aceptable; y
- c) Que exista causa probable de daño o riesgo claro y presente de la peligrosidad de la conducta durante el juicio, para que la medida cautelar resulte proporcional a la pena definitiva que pretende asegurar²⁷⁹.

En conclusión, a juicio de Ríos, no sería válido afirmar que en aplicación directa de la Constitución mexicana se puede privar de la ciudadanía por el mero dictado de un auto de formal prisión sin importar el delito, sencillamente porque dicho acto no implica necesariamente la justificación de la privación

²⁷⁹ [cfr.] *Ibidem*, pp. 331-332

preventiva de la ciudadanía. La pérdida anticipada de la ciudadanía requiere justificarse por separado como cualquier medida cautelar de un juicio penal²⁸⁰.

4. La suspensión del sufragio en la constitución argentina: el Caso Mignone

En 1998, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), a través de uno de sus representantes, el señor Emilio Mignone, presentó una acción de amparo colectivo a favor de todos los presos sin condena de todos los establecimientos penitenciarios de la Nación Argentina, con el objeto de obtener medidas que garantizaran el ejercicio del derecho de sufragio de los reclusos en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos²⁸¹.

La justicia federal de Primera Instancia con competencia electoral rechazó la acción, fundando su decisión en que la vía procesal intentada no era admisible. En cuanto al fondo, expresó que los presos sin condena veían afectada su voluntad, ya que uno de sus elementos constitutivos, la libertad, se veía viciada por encontrarse éstos en prisión. Además, señaló que existían razones materiales y de seguridad que imposibilitaban el traslado de los detenidos a los lugares de votación²⁸².

²⁸⁰ [cfr.] *Ibíd*em, pp. 309-310

²⁸¹ [cfr.] GARCÍA REY, Paola (2007). "Estudio preliminar. El derecho a voto de los presos sin condena: la experiencia en el caso Mignone" en *El voto de los presos*. Buenos Aires, Editorial Ediar, pp. 17-18.

²⁸² [cfr.] *Ibíd*em, p. 18.

Apelada esta decisión, la Cámara Nacional Electoral la revocó, declarando la inconstitucionalidad del artículo 3° inciso “d” del Código Nacional Electoral, pues violaría el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en el artículo 23.2 de la CIDH. No obstante ello, consideró también que, si bien esta declaración de inconstitucionalidad eliminaba el impedimento para sufragar de los detenidos sin condena, éstos se verían imposibilitados de ejercer este derecho mientras que se dictase la reglamentación que lo posibilita, existiendo hasta entonces, una causa de justificación para la no emisión del voto²⁸³.

Frente a esto, el CELS presentó un recurso para solicitar la aclaración del fallo, con el objeto de dar operatividad a la decisión adoptada por la Cámara Nacional Electoral, a lo que ésta respondió que las medidas que debían adoptarse para llevar a cabo el sufragio de los detenidos se encontraba fuera del ámbito de su competencia²⁸⁴.

Finalmente, el CELS interpuso un recurso extraordinario interpuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, el cual fue fallado con fecha 9 de abril de 2002.

²⁸³ [cfr.] CESANO, D. (2007), ob. cit., p. 114.

²⁸⁴ [cfr.] GARCÍA REY, P. (2007), ob. cit., p. 19.

En éste, resulta interesante lo expuesto por los ministros Carlos Fayt y Enrique Santiago Petracchi en el Considerando Noveno de su voto conjunto:

“9° Que el sufragio –conforme lo ha definido esta Corte- es un derecho público de naturaleza política, reservado a los miembros activos del pueblo del Estado, que en cuanto actividad, exterioriza un acto político. Tiene por función la selección y nominación de las personas que han de ejercer el poder y cuya voluntad se considera voluntad del Estado en la medida en que su actividad se realiza dentro del ordenamiento jurídico, ya que los que mandan lo hacen en tanto obedecen al orden legal en que fundan sus decisiones y los que obedecen lo hacen en tanto mandan a través de ese mismo orden legal en cuya formación participaron. Esta participación se efectiviza por medio del sufragio, dando sentido al principio de que el pueblo, como titular de la soberanía, es la fuente originaria de todos los poderes. Estos poderes cumplen funciones confiadas a órganos elegidos por medio del sufragio e investidos de autoridad en virtud de la representación que se les atribuye. Esto hace que el sufragio adquiera carácter funcional, ejercido en interés no del ciudadano individualmente considerado sino de la comunidad política, a través del cuerpo electoral”²⁸⁵.

²⁸⁵ CORTE SUPREMA DE LA JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA (2002). “Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo”. Sentencia de 9 de abril de 2002. Considerando Noveno del voto de los ministros Carlos Fayt y Enrique Santiago Petracchi, p. 11. [En línea] <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=518293>

Asimismo, en el Considerando Décimo Quinto exponen:

“15° Que, a esta altura, resulta imprescindible observar que el adverbio de modo “exclusivamente” utilizado por el art. 23 de la convención citada, denota que el elenco de casos en los cuales se permite la reglamentación por ley interna del ejercicio de los denominados derechos políticos, constituye un número cerrado y, por su propia naturaleza, de interpretación restrictiva, por lo cual toda ampliación que la ley nacional haga de dicho elenco resulta contraria al instrumento internacional.

Que, desde tal perspectiva, teniendo en cuenta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos solamente alude a los casos de “*condena, por juez competente en proceso penal*”, resulta prístino que la exclusión del padrón electoral referente a “*...los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad...*” (Categoría que el Código Nacional Electoral distingue claramente de los “...condenados por delitos dolosos a pena privativa de libertad, y por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena...” –art. 3, inc. e-) no se ajusta a las directivas de dicho instrumento internacional, cuya superior jerarquía

normativa deben los jueces declarar (art. 31 de la Constitución Nacional)”²⁸⁶.

A partir de los considerandos expuestos, podemos advertir que la ponencia conjunta de ambos ministros se centra en el sentido en que debe interpretarse la palabra “exclusivamente” contenida en el artículo 23.2 de la CADH, disposición en virtud de la cual las legislaciones internas sólo pueden reglamentar los derechos que la Convención consagra, por las causales que esta norma señala de manera taxativa. Imponer otro tipo de limitación importaría incurrir en una interpretación extensiva de la norma y contraria al principio *pro homine*.

Refiriéndose al fallo en comento, Barrientos ha señalado que “(...) se destacó que resultaba imprescindible observar que el adverbio de modo “exclusivamente” utilizado por el art. 23 de la CADH, denota que el elenco de casos en los cuales se permite la reglamentación por ley interna del ejercicio de los denominados derechos políticos, constituye un número cerrado y, por su propia naturaleza, de interpretación restrictiva, por lo cual toda ampliación que la ley nacional haga de dicho elenco resulta contraria al instrumento internacional”²⁸⁷.

²⁸⁶ CORTE SUPREMA DE LA JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA (2002), ob. cit., p. 15.

²⁸⁷ BARRIENTOS, I. (2011), ob. cit., p. 276.

Por otra parte, también resulta interesante citar lo expuesto en su voto por el ministro Gustavo A. Bossert, en relación al control judicial sobre la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y el remedio que los jueces pueden adoptar en caso de que éstos sean restringidos más allá de lo previsto:

“27° Que cualquier discriminación injustificada en determinar quién puede participar en los asuntos políticos o en las elecciones de los funcionarios públicos subvierte la legitimidad del gobierno representativo (...) El desbloqueo de las obstrucciones al proceso democrático es de lo que debe ocuparse primordialmente el control judicial, y la negación del sufragio es la obstrucción por excelencia de ese sistema que pretende la representación de los ciudadanos interesados (...) En resumidas cuentas, el derecho a votar libremente por el candidato de la propia elección es de la esencia de la sociedad democrática, y cualquier restricción a este derecho golpea el corazón del sistema representativo y para remediar esas dificultades las cortes pueden adoptar las acciones apropiadas para asegurar que las futuras elecciones no sean conducidas bajo un plan inválido e inconstitucional.

28° Que, a la luz de estas consideraciones, no cabe que el órgano judicial se abstenga de adoptar las medidas conducentes reclamadas por la actora toda vez que esta Corte ha señalado que el Estado no sólo debe

abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”²⁸⁸.

Al respecto, coincidimos con lo expresado por el profesor argentino José Daniel Cesano acerca del rol asumido por la justicia argentina respecto a la protección de los derechos políticos: “(...) [R]esulta muy destacable la respuesta construida por la Corte con relación al problema del cumplimiento efectivo (por parte de los Poderes Ejecutivo y Legislativo) de lo allí resuelto. El máximo tribunal federal, como ya lo viéramos, exhortó a los órganos políticos competentes para que en un término de seis meses implementasen el derecho reconocido a los procesados”²⁸⁹.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina fijó una instrucción general que, lejos de diseñar la política aplicable y reemplazar al poder público, insta a los poderes competentes a hacerlo. En este contexto, la intromisión del Poder Judicial no resulta invasiva, sino que busca garantizar que las instituciones respondan y cumplan sus funciones, respetando así el ámbito de acción de la administración²⁹⁰.

²⁸⁸ CORTE SUPREMA DE LA JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA (2002), ob. cit., p. 37.

²⁸⁹ CESANO, D. (2007), ob. cit., p. 117.

²⁹⁰ [cfr.] GARCÍA REY, P. (2007), ob. cit., p. 48.

5. Conclusiones de capítulo

A partir de los casos expuestos, podemos advertir que si bien, en ciertos casos, las legislaciones internas pueden resultar deficientes para otorgar una adecuada protección a los derechos políticos, en particular al derecho de sufragio, concebido éste como un derecho de carácter fundamental cuyo ejercicio no puede verse afectado por regulaciones arbitrarias impuestas por los estados, la labor interpretativa de los jueces permite remediar la vulneración que dicha regulación importe, o bien, puede constituirse como una vía para contrarrestar la incompatibilidad que puede existir entre la legislación interna y lo garantizado por los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y que se encuentren vigentes.

Nos parece que a través de sus resoluciones, los tribunales de justicia pueden enviar mensajes a los otros poderes estatales para que adopten las medidas conducentes a dar una adecuada protección a estos derechos, y específicamente en el caso que nos ocupa, del derecho de sufragio.

Efectivamente, esta es nuestra propuesta para solucionar la problemática expuesta en el presente trabajo, por lo que en el próximo capítulo ahondaremos en ella.

**CAPÍTULO V. PROPUESTA PARA SOLUCIONAR LA PROBLEMÁTICA: LA
PROTECCIÓN JUDICIAL A TRAVÉS DE LA APLICACIÓN DE LOS
TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE Y QUE SE
ENCUENTRAN VIGENTES**

Tal como pudimos observar a partir de los fallos judiciales estudiados en el apartado anterior, cuando los tribunales deciden, acuden a diferentes grados de precisión, en tanto pueden limitarse a declarar que un derecho constitucional ha sido violado sin especificar cómo y sin fijar un período límite de tiempo para ejecutar su orden, o bien, pueden señalar la existencia de un derecho vulnerado y ordenar su remedio, sin especificar el modo de hacerlo pero ordenando que se efectúe en un determinado lapso de tiempo. Finalmente, los jueces pueden exigir al gobierno una solución específica para remediar la vulneración del derecho²⁹¹.

Como sostiene García Rey, “[s]in duda los Poderes Ejecutivo y Legislativo cumplen un rol fundamental en la tutela de los derechos humanos, en tanto son responsables primarios del diseño y ejecución de políticas públicas. Pero cuando estas instancias incumplen, los tribunales locales tienen la obligación de

²⁹¹ [cfr.] *Ibíd.*, p. 49.

traducir los derechos consagrados por normas y tratados internacionales en prácticas concretas que garanticen su efectivo goce. De esta manera, aun cuando la justicia no pueda arrogarse funciones que no le son propias, permite que las responsabilidades se diriman en el ámbito judicial, promoviendo la exigibilidad de mecanismos concretos para el ejercicio del derecho”²⁹².

Los derechos fundamentales funcionan como garantías frente a los diferentes poderes estatales. Mediante su protección, el poder judicial vigila y compele a los otros poderes a garantizar su ejercicio y concretar medidas para su efectividad, recordándoles acerca de las obligaciones los compromisos asumidos por el Estado a nivel internacional.

El artículo 1.1 de la CADH dispone: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”²⁹³.

Citando nuevamente a García Rey, “[l]a esfera judicial debe trascender su función tradicional y moderada para constituirse precisamente como un espacio

²⁹² [cfr.] *Ibíd*em, p. 45

²⁹³ DECRETO N° 873, ob. cit., p. 2.

en que sea posible transmitir demandas al Estado, monitorear o impugnar sus decisiones y articular estrategias en resguardo de derechos. El desafío consiste en poder defender las instituciones democráticas sin que ello implique resignar la función de garante final de los derechos humanos propia del Poder Judicial”²⁹⁴.

Las obligaciones de respeto y garantía derivadas del artículo 1.1 se complementan con el contenido del artículo 2 de la Convención, el cual alude al deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado. Si bien esta norma no señala qué medidas resultan adecuadas para dicho fin, la CIDH ha interpretado que tal adecuación implica, por una parte, suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas por la Convención, que desconozcan los derechos allí reconocidos o bien obstaculicen su ejercicio, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías²⁹⁵.

La CIDH ha sostenido reiteradamente que si un Estado manifiesta su intención de cumplir con la Convención Americana, la no derogación de una norma incompatible con ésta y la falta de adaptación de las normas y

²⁹⁴ GARCÍA REY, P. (2007), ob. cit., p. 50.

²⁹⁵ [cfr.] IBÁÑEZ, Juana María (2012). “Control de convencionalidad: Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 8, p. 105.

comportamientos internos por parte de los poderes Legislativo y Judicial para hacer efectivas dichas normas, determinan que el Estado viole dicho tratado e incurra en responsabilidad internacional²⁹⁶.

En este sentido, en *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la CIDH sostuvo que conforme a lo dispuesto por el artículo 1.1 recién mencionado, “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”²⁹⁷.

Con la finalidad de evitar la responsabilidad internacional de un Estado que, siendo parte de la CADH, vulnera mediante su normativa interna las disposiciones de ésta, es que la CIDH ha elaborado en esta última década la tesis del control de convencionalidad, en virtud del cual, al enfrentarse a conflicto entre una determinada ley con la Convención Americana, el juez debe verificar si la primera efectivamente se encuentra ajustada a la segunda.

El control de convencionalidad es definido entonces como una herramienta jurídica de aplicación obligatoria *ex officio* por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 105.

²⁹⁷ [cfr.] *Ibidem*, p. 104.

actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte²⁹⁸.

La tesis del control de convencionalidad surge a partir de lo dictaminado en *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia en la cual la CIDH expuso lo siguiente:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 108.

mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”²⁹⁹.

La tesis del control de convencionalidad vuelve a manifestarse de manera expresa en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, imponiendo a los jueces nacionales el deber de efectuar un control de convencionalidad en atención al principio del efecto útil que debe darse a la Convención:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros

²⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154. Párrafo 124.

presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”³⁰⁰.

Siguiendo con el examen de la jurisprudencia de la CIDH, cinco años después, en el Caso Gelman vs. Uruguay, la CIDH vuelve a referirse a este deber de los tribunales de justicia:

“Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”³⁰¹.

³⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158. Párrafo 128.

³⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221. Párrafo 193.

Finalmente, esta perspectiva ha sido reiterada en el Caso Atala y niñas vs. Chile: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”³⁰²

Como puede observarse, la jurisprudencia de la Corte no hace distinción en cuanto al carácter o jerarquía de la norma que puede ser susceptible del control de convencionalidad, por lo que debemos entender que también se encuentra comprendida la Constitución.

Tal como sostiene el profesor argentino Néstor Sagués, “[i]ncluso, está igualmente comprendida la Constitución, no exceptuada en los veredictos aludidos. En este tramo tan importante de la doctrina que referimos, se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a

³⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239. Párrafo 282.

la propia Constitución. El Pacto asume así, agrade o no esta conclusión, y por más que algunos se la quiera edulcorar, condición de supraconstitucionalidad. Por ello, como en el caso de “La última tentación de Cristo”, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después”³⁰³.

Por ello, el control de convencionalidad obligaría no sólo a los tribunales que componen el Poder Judicial, sino que también al Tribunal Constitucional, atendida su labor interpretativa de la Carta Fundamental, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 93 N° 1 de la misma, en virtud de la cual éste debe ejercer el control de constitucionalidad de leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de éstas últimas, así como también de acuerdo al N° 3 de la misma norma, debe pronunciarse acerca de las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

³⁰³ SAGUÉS, NÉSTOR PEDRO (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad” en *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 1, p. 121.

Citando nuevamente a Sagués, “[a]parentemente en Almonacid Arellano y en las sentencias que lo siguen, la Corte Interamericana encomienda el control de convencionalidad a los jueces domésticos del Poder Judicial. Sin embargo, razones derivadas del principio de analogía, del argumento teleológico y del argumento *a fortiori*, llevan a concluir que esa directriz obliga también a los jueces de un Tribunal Constitucional extra-poder (cuando así se ha diseñado por la constitución), en las causas sometidas a su decisión. Si de lo que se trata es de asegurar el “efecto útil” del Pacto de San José de Costa Rica, contra normas internas que se le opongan, en los procesos respectivos, esa misión de aplicar sin cortapisas el derecho del pacto tiene que involucrar, igualmente, a las cortes y tribunales constitucionales, aunque en algunos casos no pertenezcan al Poder Judicial y operen como entes constitucionales autónomos, o extra-poder”³⁰⁴.

Respecto al rol del Tribunal Constitucional como garante del valor normativo de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, podemos señalar que su jurisprudencia ha sido vacilante.

A modo de ejemplo, mediante sentencia dictada en los autos Rol N° 1288-2008, el Tribunal Constitucional manifestó lo siguiente:

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 121.

“Que respecto a los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional aludida, esta Magistratura efectúa dos órdenes de controles. Primero, un control preventivo obligatorio de constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales (artículo 93, inciso primero, N° 1, de la Constitución). Segundo, un control *ex post* y concreto –facultativo- de constitucionalidad de una norma de un tratado que en cuanto “precepto legal”, pueda resultar contraria a la Constitución en su aplicación en “cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial”, esto es, el Tribunal Constitucional puede declarar inaplicable la disposición de un tratado a un caso concreto, conforme a la atribución que le otorga el N° 6 del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, arriba transcrito. De este modo, tal como lo ha sostenido el profesor y doctor en derecho Teodoro Ribera, ‘la validez del tratado deriva de la legitimidad otorgada por la Constitución y es en ese marco y respetando a aquella que el tratado internacional puede tener vigencia interna (Informe enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de diciembre de 2006, página 7)’”³⁰⁵.

No compartimos la apreciación realizada por el Tribunal Constitucional. Hacemos nuestras las palabras del profesor Humberto Nogueira, al afirmar que

³⁰⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 25 de agosto de 2009, Rol N° 1.288-08. Considerando Cuadragésimo Primero.

“[u]n tratado, convención o pacto internacional constituye un enunciado normativo que tiene su validez y vigencia determinadas por el derecho internacional en cuanto constituyen fuente formal de éste. La Constitución chilena no determina la validez de un tratado internacional, sólo posibilita su incorporación al derecho interno sin dejar de ser dicho tratado norma de derecho internacional, posibilitando su aplicabilidad preferente frente a las normas jurídicas de derecho interno una vez válidamente incorporado al ordenamiento jurídico nacional”³⁰⁶.

Por ende, en lo que respecta a la jerarquía de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, y teniendo en cuenta además lo dispuesto por el artículo 5° inciso segundo de la Constitución, podemos afirmar que el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete de la misma, deberá siempre priorizar el cuerpo normativo que mejor garantice los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, incluso si se trata de una norma contenida en un tratado internacional que resulta contraria a la Constitución, ya que una vez que el Estado ha ratificado dicho tratado, no puede desconocerlo, pues ha sido el mismo constituyente quien los ha calificado como límites al ejercicio de la soberanía en el artículo 5° inciso segundo tantas veces citado, norma que también resulta aplicable al Tribunal Constitucional, ya que si bien en nuestro ordenamiento éste funciona como un

³⁰⁶ NOGUEIRA, H. (2013), ob. cit., pp. 100-101.

órgano extra poder, aquello no implica que no se encuentre sujeto a dichos límites, atendido lo dispuesto por el artículo 6° de la Carta, también citado previamente.

No obstante, este conflicto no sólo debe resolverse desde una perspectiva formalista, en el sentido de dar mayor prevalencia al tratado internacional sobre derechos humanos por así consagrarlo una norma jurídica, sino que esta controversia debe solucionarse, primeramente, desde una perspectiva sustantiva, es decir, teniendo en cuenta el principio *pro homine*, lo que implica que se le debe dar prevalencia a la norma que proteja de mejor manera a la persona humana. Esto, atendido a que el artículo 5° inciso segundo de la Carta no da preeminencia a los tratados internacionales, sino que precisamente, a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, por lo que reiteramos, debe primar aquella norma que mejor los garantice.

El artículo 5° inciso segundo de la Constitución impone a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales contenidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes, cuya perspectiva no es formalista, sino sustancial o material. Son los derechos esenciales contenidos en el “envase normativo” denominado tratado internacional lo que constituye “una limitación al ejercicio de la soberanía” como determina la Constitución

Política, en su artículo 5, inciso 2°, estableciendo el deber imperativo constitucional de todos los órganos estatales de respetarlos y promoverlos³⁰⁷.

Sin perjuicio del fallo anteriormente citado, cabe señalar que el Tribunal Constitucional, dando una interpretación diferente en otras sentencias, ha sostenido que el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno a la dignidad humana, por lo que debe darse preminencia a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo obligación tanto de los órganos públicos como privados protegerlos y promoverlos, tal como se expone en los fallos dictados en las causas Rol N° 1218-08-INA –ya citado-, Rol N° 1710-10, entre otros.

Resulta acertado la opinión desarrollada por Nogueira, cuando expresa que “[h]ay jurisprudencia del Tribunal Constitucional que parte de un enfoque sustantivo de los derechos esenciales y del artículo 5° inciso 2°, cuando le parece conveniente, sin embargo, en otros momentos descarta dicho enfoque y considera a los derechos esenciales contenidos en tratados asimilándolos formalmente al envase normativo que los contiene. Allí utilizará el enfoque formal y de la calidad de norma infraconstitucional del tratado respectivo. En la práctica, puede constatarse entonces un manejo acomodaticio de uno u otro enfoque de acuerdo al caso contingente y la mayoría contingente de Ministros

³⁰⁷ [cfr.] *Ibidem*, pp. 114-115.

del Tribunal Constitucional que lo sustenten. Así, el tribunal sustenta dos enfoques y dos metodologías diferentes para resolver sobre el parámetro de control de constitucionalidad de los derechos esenciales o fundamentales, las cuales usa discrecionalmente, pasando de uno a otro”³⁰⁸.

Como este mismo autor señala, “la labor interpretativa de la Constitución requiere de una reconstrucción de todo el contenido que establece su complejo entramado, teniendo en consideración los principios, valores, fines y fundamentos históricos del ordenamiento constitucional, lo cual configura un espacio significativo para la interpretación e integración, convirtiendo al juez en un protagonista activo al momento de materializarse la protección a los derechos esenciales de la persona humana”³⁰⁹.

No obstante, lo que el Tribunal Constitucional pueda determinar constitucional de acuerdo a un examen formalista de la Carta Fundamental, puede que la jurisdicción ordinaria, aplicando el control de convencionalidad, lo considere contrario a los tratados internacionales ratificados y vigentes en nuestro ordenamiento, así como también a la jurisprudencia emanada de la CIDH, en la medida que el estándar interpretativo del Tribunal Constitucional garantice en menor medida a los derechos esenciales, mientras que un tribunal ordinario puede invocar la supralegalidad del cuerpo normativo interamericano y

³⁰⁸ *Ibidem*, ob. cit., p. 131.

³⁰⁹ *Ibidem*, ob. cit., p. 95.

el principio *favor persona* contenido como categoría de derecho implícito contenido en la misma Convención³¹⁰.

Citando nuevamente a Ibáñez, “[a]sí, mientras se mantenga una norma o práctica violatoria de la Convención o se omita crear o aplicar una conforme a la misma, el control de convencionalidad debe representar una respuesta para evitar que un nuevo caso resulte sometido a conocimiento del sistema interamericano o que un Estado reincida en la comisión de un acto generador de responsabilidad internacional, una vez emitida una sentencia de la Corte Interamericana que lo involucre”³¹¹.

La sujeción a los tratados internacionales obliga a los Estados a responder frente a toda la comunidad internacional. Estos no pueden ampararse en su normativa interna para incumplir su obligación de dar protección y aplicación práctica a los derechos y garantías contenidos en éstos. Todo Estado que ha ratificado un tratado internacional debe abstenerse de obstaculizar el goce de los derechos consagrados por éste, así como también debe adoptar todas aquellas medidas necesarias para lograr la plena efectividad de dichos derechos³¹².

³¹⁰ [cfr.] *Ibidem*, pp. 139-140.

³¹¹ IBÁÑEZ, J. (2012), *ob. cit.*, p. 112.

³¹² [cfr.] GARCÍA REY, P. (2007), *ob. cit.*, p. 54.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 23.2 de la CADH, ya citado, norma que se integra a nuestro ordenamiento por mandato del artículo 5° inciso segundo de nuestra Carta Fundamental, el Estado chileno únicamente puede imponer las limitaciones allí prescritas, ya que de lo contrario, las garantías contempladas por la CADH derivarían en meras declaraciones, perdiendo el efecto útil que debe darse a todo tratado internacional ratificado y vigente, como ya mencionamos.

Así, aplicando la tesis del control de convencionalidad a la problemática del presente trabajo, podemos afirmar que el artículo 16 número 2° de la Constitución Política de la República debiera ser sometido a este control, pues mientras el artículo 23.2 de la CADH autoriza la reglamentación de derechos políticos, entre otras razones, cuando exista condena penal, respetando plenamente la presunción de inocencia, el artículo 16 número 2° suspende el derecho de sufragio en base a la acusación penal por delito que merezca pena aflictiva³¹³, actuación que en caso alguna implica pronunciamiento por parte de un tribunal, y que como vimos, puede derivarse tanto de la decisión de un órgano administrativo como es el Ministerio Público, o incluso de la decisión de un particular, en este caso el querellante.

³¹³ [cfr.] BARRIENTOS, I. (2011), ob. cit., p. 310.

En consecuencia, contrastadas ambas normas y establecida la incompatibilidad, nuestros tribunales deberán dar preferencia a lo dispuesto por el artículo 23.2, pues de lo contrario, se generará responsabilidad internacional para el Estado de Chile, ya que el artículo 16 numeral 2° impone una restricción al ejercicio del derecho a sufragar que no se encuentra contemplada por la CADH, tratado ratificado por Chile y que se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Al mismo tiempo, y como ya señalamos anteriormente, esta norma atenta contra el principio *pro homine*, el cual ha sido sentado de manera reiterada por la jurisprudencia de la CIDH.

Podemos concluir entonces que en tanto no se modifique o derogue el artículo 16 numeral 2° de la Constitución, el control de convencionalidad surge como una alternativa posible para superar el conflicto que encierra esta norma.

Lamentablemente, el sentido que el Tribunal Constitucional ha atribuido a esta norma no se condice con el principio *pro homine* que debiera inspirar su labor interpretativa de la Carta Fundamental, tal como consta en la jurisprudencia sentada en los fallos dictado en los autos Rol N° 660-2006 y Rol N° 1.328-2009, ya citados.

Conociendo de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 61 de la Ley N° 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, el Tribunal Constitucional expresó:

“Que, por otra parte, mal puede incurrir en una transgresión constitucional un precepto legal que se limita a dar aplicación específica a lo previsto por una norma de rango constitucional, en este caso el numeral 2° del artículo 16 de la Ley Suprema. En efecto, es este último el precepto que atribuye efectos suspensivos del derecho a sufragio a la circunstancia de ser acusado el ciudadano por un delito que merezca pena aflictiva, que es lo que podría estimarse como hipotéticamente contradictorio con el principio de inocencia, pero que en realidad no lo es por los motivos expresados en el considerando anterior³¹⁴. Por lo demás, el constituyente es soberano para determinar bajo qué condiciones reconoce, suspende o determina la pérdida del derecho a sufragio, no correspondiéndole a esta magistratura entrar a enjuiciar dichas condiciones”³¹⁵.

No compartimos en absoluto lo expresado por el Tribunal Constitucional. En efecto, el constituyente no es soberano para determinar las restricciones que

³¹⁴ El Considerando Séptimo de este fallo expresa que la presunción de inocencia tiene natural aplicación sólo respecto del proceso penal, por lo que no podría advertirse una vulneración de este principio en el ámbito del Derecho Público, en el cual la inhabilidad para ser electo como consecuencia de ser acusado de un delito que merezca pena aflictiva sería una consecuencia de índole netamente administrativa.

³¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2008. Rol 1.152-2008. Considerando Octavo.

pueden imponerse al ejercicio del derecho a sufragio, ya que al haber ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado de Chile se encuentra obligado a cumplirlos, lo que implica, tal como lo ha entendido la CIDH, modificar o derogar toda norma interna que contravenga lo dispuesto por la Convención, pues de lo contrario, se genera la responsabilidad internacional del Estado.

En conclusión, nuestra propuesta de solución a la problemática bajo estudio plantea que el control de convencionalidad aparece como un mecanismo óptimo para mitigar la incompatibilidad existente entre la norma en cuestión y los tratados internacionales ya referidos, no sólo porque éstos son obligatorios para el Estado, sino además porque mientras no se salvaguarden los inconvenientes que produce la norma, su aplicación surge como la mejor alternativa para dar una adecuada protección al derecho de sufragio.

CONCLUSIONES FINALES

1. Un derecho será fundamental en la medida que emane de la naturaleza humana. El constituyente no crea los derechos fundamentales, sólo los garantiza a través de su consagración. No debe olvidarse que la dignidad humana, en cuanto base de nuestra institucionalidad, implica que deben considerarse como derechos fundamentales todos aquellos que contribuyan al desarrollo de la persona, sin importar el texto en el cual se encuentren consagrados.

2. En nuestro ordenamiento jurídico no sólo son derechos fundamentales aquellos que se encuentran consagrados como tales en la Constitución, sino que también deben considerarse aquellos contenidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, los que se integran a nuestro ordenamiento por medio del bloque de constitucionalidad del artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental.

3. El voto es un derecho esencial inherente a la dignidad humana en tanto reconoce a la persona, en cuanto ciudadano, la posibilidad de elegir a

quienes mejor representen sus opciones e influir, de este modo, en las decisiones colectivas que afectan su vida diaria. En un Estado democrático de Derecho, el sufragio es el modo de expresión que permite a todo ciudadano participar en la comunidad política a la cual pertenece.

4. Asimismo, el sufragio se encuentra consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en consecuencia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, constituye un límite a la soberanía, siendo deber de todos los órganos del Estado promover su ejercicio y respetarlo.
5. En este contexto, este trabajo ha tenido por objeto analizar una de las limitaciones a las cuales se encuentra afecto el derecho a voto, consistente en la suspensión del derecho de sufragio de la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 16 numeral 2° de nuestra Constitución Política de la República.
6. En efecto, que un derecho sea fundamental no implica que se encuentra exento de regulación por parte del constituyente, sin perjuicio de que ésta debe respetar condiciones de carácter competencial, internacional, material y lógico.

7. Nuestra hipótesis consiste en que a suspensión del sufragio por acusación penal es una limitación del derecho fundamental de sufragio que no cumple dichas condiciones, transformándose en una pena anticipada, lo cual importa una vulneración del principio de presunción de inocencia, el cual se encuentra consagrado de manera expresa como tal por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en consecuencia, rige en nuestro ordenamiento como parte del bloque de constitucionalidad contenido en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, como ya mencionamos.

8. En primer lugar, no se cumple con la condición de carácter competencial, ya que el constituyente no es competente para privar a un grupo de personas del ejercicio de un derecho fundamental, como lo es el sufragio, ya que como mencionamos, los derechos que emanan de la naturaleza humana actúan como límites a la soberanía, siendo deber del Estado respetarlos y promoverlos. Por el contrario, la prohibición de votar que recae sobre quienes son acusados por un delito que merezca pena aflictiva atenta contra su dignidad humana, al excluirlos de la posibilidad de participar en el debate político por ser considerarlos como sujetos incapaces de emitir una opinión válida.

9. En segundo término, constatamos que la norma analizada no cumple la condición de carácter internacional, pues infringe tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que encuentran vigentes, los cuales son obligatorios para éste atendido lo dispuesto por los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Particularmente, infringe el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, norma que sólo permite restringir el ejercicio de los derechos políticos en virtud de condena dictada por juez competente en proceso penal, así como también el artículo 29 de dicho cuerpo normativo, el cual que no permite suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.
10. En tercer lugar, tampoco se cumple la condición de carácter material, por cuanto el artículo 16 numeral 2° atenta contra el núcleo esencial de la presunción de inocencia, ya que trata al sujeto como culpable antes de la imposición de la condena por sentencia firme.
11. Finalmente, la norma no cumple con la condición de carácter lógico. Pareciera que el constituyente concibe al sufragio como un derecho cuyo ejercicio exige ser un sujeto moralmente idóneo en relación a la comunidad política de la cual forma parte, lo que implicaría que el artículo 16 número 2°

se sustenta en un reproche moral y en la sospecha de culpabilidad de quien es acusado por delito que merezca pena aflictiva. Por lo tanto, si el objetivo del constituyente es preservar la pureza de las urnas, la norma deviene en una medida que no supera el *test* de proporcionalidad, ya que la persona acusada, mientras no sea condenada por juez competente en proceso penal, debe asumirse como inocente, por lo que no se entiende de qué forma su voto atenta contra la formación de la voluntad popular. Asimismo, no es razonable que se imponga automáticamente la suspensión del derecho de sufragio como medida restrictiva de derechos, si el delito por el cual se acusa no merece proporcionalmente la privación del sufragio. En efecto, creemos que esta medida debiera reservarse únicamente para delitos de carácter político.

12. A partir de lo expresado, podemos concluir que la suspensión del sufragio del acusado por delito que merezca pena aflictiva constituye una pena anticipada, ya que priva a esta persona, en principio inocente, del ejercicio y goce de un derecho fundamental en virtud de un acto jurídico procesal llevado a cabo por un órgano de carácter administrativo –el Ministerio Público- o bien por un particular –el querellante-, el cual no guarda ninguna relación con la condena impuesta por sentencia firme dictada en proceso penal por juez competente, todo lo cual importa vulnerar la presunción de inocencia que ampara al imputado desde que adquiere la calidad de tal,

garantía que forma parte nuestro ordenamiento jurídico tanto a nivel legal como constitucional, esto último atendida su consagración en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

13. En consecuencia, nuestra hipótesis ha sido comprobada. Ahora, en tanto no se modifique o derogue el artículo 16 numeral 2° de la Constitución Política de la República, creemos que el control de convencionalidad surge como un posible mecanismo de solución para superar la problemática que genera esta disposición.
14. La tesis del control de convencionalidad, sustentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, plantea que los jueces se encuentran obligados de ejercer, de oficio y dentro del marco de sus respectivas competencias, un “control de convencionalidad” entre la legislación interna y la Convención Americana, debiendo tener en cuenta la interpretación que de ésta ha realizado la Corte Interamericana.
15. Así, mientras se mantenga una norma o práctica violatoria de la Convención o se omita crear o aplicar una conforme a la misma, el control de convencionalidad representa una respuesta para evitar la responsabilidad internacional del Estado que ha ratificado dicho tratado.

16. Para terminar, queremos hacer nuestra una de las conclusiones sostenidas en el Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile, realizado por el Instituto de Derechos Humanos en el año 2012, pues creemos que constituye una comprobación manifiesta de todo lo expresado en el presente trabajo:

“Finalmente resulta contraria a la presunción de inocencia la suspensión del derecho a sufragio que establece la Constitución en su art. 16 N° 2 para los casos de personas imputadas de delitos que merezcan pena aflictiva o que estén acusados de delito calificados como terroristas. La pena es el resultado de un proceso jurisdiccional que, cumpliendo las debidas garantías procesales, ha concluido la existencia de responsabilidad penal de una persona. Consecuencia de lo anterior, es que el Estado debe adoptar las medidas pertinentes para que las personas en prisión preventiva voten en los establecimientos penitenciarios y para que aquellas imputadas, pero que no se encuentran en prisión preventiva, puedan votar en las mesas electorales que correspondan”³¹⁶.

³¹⁶ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012). “Derechos de las personas privadas de libertad” en *Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, p. 146 [En línea] <http://www.indh.cl/informe-anual-situacion-de-los-derechos-humanos-en-chile-2012>

GLOSARIO

Convención Americana de Derechos Humanos	CADH
Corte Interamericana de Derechos Humanos	CIDH
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	PIDCP
Centro de Estudios Legales y Sociales	CELS

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes doctrinarias

- AGUILAR, Gonzalo (2009). “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador” en *Estudios Constitucionales*, año 7, N° 1, pp. 91-136.

- ALEXY, Robert (2002). “Teoría de los Derechos Fundamentales”. 3era Ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 607 págs.

- ALEXY, Robert (2011). “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, pp. 11-29.

- ARAGÓN, Manuel (2007). “Derecho Electoral: Sufragio activo y pasivo” en *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 178-197.

- BARRIENTOS, Ignacio (2011). “Suspensión del derecho de sufragio por acusación penal. Vulneración constitucional de la presunción de inocencia” en *Estudios Constitucionales*, año 9, N° 2, pp. 249-328.

- BECA, Juan Pablo (1998). “Presunción de inocencia y suspensión del derecho a sufragio” en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, pp. 127-130.

- CARRASCO, Sergio (2009). “La evolución política constitucional de Chile” en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 7, N° 1, pp. 301-324.

- CEA, José Luis (2004). “Derecho Constitucional Chileno”, Tomo II. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile. 733 págs.

- CESANO, Daniel (2007). “El derecho al sufragio y las personas privadas de libertad” en *El voto de los presos*. Buenos Aires, Editorial Ediar, pp. 91-133.

- CURY, Enrique (2005). “Derecho Penal. Parte General”. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 7ª Edición. 812 págs.

- DHAMI, Mandeep (2009). “La política de privación del sufragio de los presos: ¿Una amenaza para la democracia?” en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XXII, N° 2, pp. 121-135.

- DÍAZ, L. Iván (2011). “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXVI, pp. 167-206.

- DÍEZ GARGARI, Rodrigo (2013). “El caso *sauvé*. La fascinante tensión entre jueces y legislador” en *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras*, N° 2. México DF, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 65-120 [En línea] http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/sentencias_ext2.pdf

- EMBRIS, José Luis (2009). “La suspensión de los derechos políticos de los ciudadanos frente al principio de presunción de inocencia en el sistema jurídico mexicano” en *Apuntes Electorales*. Toluca, Instituto Electoral del Estado de México, Año VIII, N° 38, pp. 61-93.

- EWALD, Alec (2011). “Mundos Aparte: Las leyes sobre suspensión del derecho al sufragio en las Cortes Supremas” (traducido por Antonio Márquez) en Luis Efrén Ríos (coord.) *Tópicos Electorales: Un diálogo Judicial entre América y Europa*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [En línea] http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/ponencias/alec_ewald.pdf

- FERRAJOLI, Luigi (1997). “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Madrid, Editorial Trotta, 2ª Edición. 1024 págs.

- FERRAJOLI, Luigi (2004). “Derechos y Garantías. La ley del más débil”. Madrid, Editorial Trotta, 4ª Edición. 180 págs.

- FILIPPINI, Leonardo y ROSSI, Felicitas (2012). “Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho al voto de las personas condenadas” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, N° 1, pp. 187-213.

- FONDEVILA, Gustavo y MEJÍA, Alberto (2011). “Restricciones al derecho de voto” en *Revista de Justicia Electoral*. Ciudad de México, Vol. 1, N° 7, pp. 151-184.

- GARCÍA REY, Paola (2007). “Estudio preliminar. El derecho a voto de los presos sin condena: la experiencia en el caso Mignone” en *El voto de los presos*. Buenos Aires, Editorial Ediar, pp. 15-59.

- IBAÑEZ, Juana María (2012). “Control de convencionalidad: Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 8, pp. 103-113.

- ITZEL, Mónica y MÁRQUEZ, Antonio (2013). “Caso John Hirst vs. United Kingdom. Derecho de voto de los reclusos/Vinculación de Sentencias de Tribunales Internacionales”. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 1 [en línea] http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Caso_Hirst_vs_UK.pdf

- JARA, Juan Javier (1999). “Principio de Inocencia. El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal” en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Número Especial, pp. 41-58.

- LÓPEZ, Mario Justo (1973). “Manual de Derecho Político”. Buenos Aires, Editorial Kapelusz, 474 págs.

- MAIER, Julio (1989). “Derecho Procesal Penal Argentino”, Tomo I, Vol. B., Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2ª Edición. 629 págs.

- MAÑALICH, Juan Pablo (2005). “Pena y Ciudadanía” en *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago de Chile, N°6, pp. 63-83.

- MAPELLI, Borja (2012). “La pena de inhabilitación absoluta ¿Es necesaria?” en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 108, III, Época II, pp. 5-29.

- MARSHALL, Pablo (2010). “El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución Política” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 17, N° 2, pp. 185-204.

- MARSHALL, Pablo (2013). “Persecución penal y exclusión política” en *Igualdad, inclusión y derecho: Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria*. Universidad Austral de Chile, LOM Ediciones, pp. 69-91.

- MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl (2012). “Derecho Procesal Penal”, Tomo II. Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, 2ª Edición, pp. 567-1263.

- MILOS, Catalina (2011). “El Principio de Presunción de Inocencia: Análisis comparado de la jurisprudencia del sistema internacional de derechos humanos y de los tribunales superiores de justicia chilenos”. Memoria para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 352 págs.

- MONTAÑÉS, Miguel Ángel. “*La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*”. Editorial Aranzadi. España, 1999. 388 págs.

- NAZER, Ricardo y ROSEMBLIT, Jaime (2000). “Electores, sufragio y democracia en Chile: una mirada histórica” en *Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, N° 48, Editorial Universitaria, pp. 215-226. [En línea] <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-74767.html>

- NOGUEIRA, Humberto (2003). “Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales”. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México. 397 págs.

- NOGUEIRA, Humberto (2005). “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia” en *Revista Ius et Praxis*, año 11, N° 1, pp. 221-241.

- NOGUEIRA, Humberto (2007). “La dignidad humana, los derechos fundamentales, el bloque constitucional de derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales” en *Gaceta Jurídica* N° 322, pp. 32-67.

- NOGUEIRA, Humberto (2010a). “El derecho de sufragio en el ordenamiento jurídico chileno” en *Gaceta Jurídica* N° 365, pp. 7-29.

- NOGUEIRA, Humberto (2010b). “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional Chileno” en *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago, Editorial Librotecnia, pp. 353-403.

- NOGUEIRA, Humberto (2013). “Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 2, pp. 97-154.

- PINTO, MÓNICA (1997). “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en Martín Abregú y Christian Courtis (Coord.). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, pp. 163-170.

- POBLETE, Orlando (2010). “Reforma Procesal Penal: Notas sobre el nacimiento de la presunción de inocencia” en *A 10 años de la Reforma Procesal Penal: Los desafíos del nuevo sistema*. Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia, pp. 137-158.

- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición. 689 págs.

- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2012). “El derecho de voto como derecho fundamental” en *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, Núm. 2, pp. 109-151 [En línea] <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoElectoral/2/ard/ard4.pdf>

- RAINER, Arnold, MARTÍNEZ, José Ignacio y ZÚÑIGA, Francisco (2012). “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Estudios Constitucionales*, año 10, N° 1, pp. 65-116.

- RIBERA, Teodoro (2005). “Reformas constitucionales relativas a la nacionalidad y a la ciudadanía”, en Zúñiga, Francisco (Coord.). *Reforma Constitucional*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, pp. 283-301.

- RÍOS, Luis Efrén (2009). “El derecho al sufragio del presunto delincuente. El Caso Facundo”. En: I Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral: 11 de noviembre de 2009. Toluca, Estado de México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 293-338 [en línea] <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/27/dtr/dtr12.pdf>

- SAGUÉS, NÉSTOR PEDRO (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad” en *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 1, pp. 117-136.

- SIERRA, Lucas (2007). “El voto como derecho: una cuestión de principios” en *Modernización del régimen electoral chileno*. Santiago de Chile, Ediciones LOM, pp. 157-181.

- TORTORA, Hugo (2010). “Las limitaciones a los derechos fundamentales” en *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 2, pp. 167-200.

- VILLAVERDE, Ignacio (2004). “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad” en *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial Tecnos, pp. 175-187.

II. Fuentes jurisprudenciales

a) Poder Judicial

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de fecha 25 de abril de 2005. Rol N° 740-05.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006. Rol N° 559-04.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de fecha 10 de mayo de 2007. Rol N° 3452-06.
- SÉPTIMO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO. Fallo dictado por el Juez Daniel Urrutia Laubreaux con fecha 23 de agosto de 2013 [En línea] <http://www.confapreco.cl/material/fallovotopresos.pdf>

b) Tribunal Constitucional

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 22 de mayo de 2007. Rol 660-2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 1° de agosto de 2007. Rol 739-2007.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 7 de julio de 2009, Rol N° 1218-08-INA.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 25 de agosto de 2009, Rol N° 1.288-08.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2008. Rol 1.152-2008.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 6 de agosto de 2009, Rol N° 1.328-09-INA.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de fecha 23 de enero de 2013. Roles N° 2387-12-CPT y N° 2388-12-CPT acumulados.

c) Corte Interamericana de Derechos Humanos

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1986). Opinión Consultiva 6/86: La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 23 de junio de 2005. Serie C N° 127.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castañeda Gutsman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239.

d) Tribunales extranjeros

- SUPREMA CORTE DE CANADÁ (2002). *Sauvé vs. Canadá* (Chief Electoral Officer) en Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México (2013). *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras*, N° 2 [En línea]
http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/sentencias_ext2.pdf

- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2005). “Case of Hirst v. United Kingdom” [En línea]
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00170442#{\"item id\":\[\"001-70442\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00170442#{\)

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN MEXICANA [s.a.]. “El margen de apreciación (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)” [en línea]
https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/165/Becarios_163.pdf

- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2009). Sentencia dictada por la Sala Regional de la Quinta Circunscripción Plurinominal con fecha 5 de marzo de 2009, Expediente ST-JDC-22/2009 [En línea]
<http://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/toluca/ST-JDC-0022-2009.pdf>

- CORTE SUPREMA DE LA JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA (2002). “Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo”. Sentencia de 9 de abril de 2002. [En línea]
<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=518293>

III. Fuentes normativas

a) Legislación nacional

- CONSTITUCIÓN DE 1833 [en línea]
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535sufragio>

- CONSTITUCIÓN DE 1825 [en línea]
<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/1925.pdf>

- CÓDIGO PENAL. Ministerio de Justicia, Diario Oficial, 12 de noviembre de 1874 [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=1984&f=2014-03-08&p=>

- Ley 18.556 Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral. Ministerio del Interior, Diario Oficial, 1° de octubre de 1986 [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=29951&f=2013-04-27&p=>

- Decreto con Fuerza de Ley N° 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Ministerio de Justicia, Diario oficial, 30 de mayo de 2000 [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=172986&f=2012-02-17&p=>

- Ley 19.696. Establece Código Procesal Penal. Ministerio de Justicia, Diario Oficial, 12 de octubre de 2000 [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=176595&f=2014-06-14&p=>

- DECRETO SUPREMO N° 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República. Ministerio Secretaría General de la Presidencia de Chile, Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005 [en línea] <http://www.leychile.cl/N?i=242302&f=2010-01-07&p=>

- DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Ministerio del Interior, Diario Oficial, 26 de julio de 2006 [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=251693&f=2014-04-01&p=>

b) Tratados Internacionales

- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS [en línea]
https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf

- DECRETO SUPREMO N° 778. Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. Ministerio de Relaciones Exteriores, Diario Oficial, 29 de abril de 1989 [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=15551&f=1989-04-29&p=>

- DECRETO SUPREMO N° 873. Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”. Ministerio de Relaciones Exteriores, Diario Oficial, 5 de enero de 1991 [En línea] <http://www.leychile.cl/N?i=16022&f=1991-01-05&p=>

c) Declaraciones

- DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS EL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789 [s.a.] [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>>.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE [en línea] <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

IV. **Fuentes administrativas e institucionales**

a) **Organismos e instituciones nacionales**

- COMISIÓN REDACTORA DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. “Actas oficiales de la Comisión Constituyente” (1974) [En línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. “Historia de la Ley. Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 16. Causales de Suspensión del Derecho de Sufragio”, pp. 1-90 [En línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>
- COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA DE LA CAMARA DE DIPUTADOS (2007). Boletín N° 5.338-07 sobre Reforma Constitucional que deroga el numeral 2° del artículo 16 de la Constitución Política de la República [En línea] http://www.diputados.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5724&prmBL=1634-06
- INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO (2007). Comentario moción que deroga el numeral 2° del artículo 16 de la Constitución Política de la República, pp. 10-16 [En línea]

http://www.lyd.org/centrodocumentacion/wp-content/files_mf/rl-837-5338-07-sufragio%20de%20condenados%20por%20delito%20terrorista.pdf

- SENADOR ALEJANDRO NAVARRO (2011). Boletín N° 8.101-07 sobre Proyecto de Reforma Constitucional que precisa el concepto de acusación en el artículo 16 N° 2 de la Constitución Política de la República y permite el sufragio del ciudadano privado de libertad que no ha sido condenado a pena aflictiva [En línea] <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012). “Derechos de las personas privadas de libertad” en *Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, pp.143-157 [En línea] <http://www.indh.cl/informe-anual-situacion-de-los-derechos-humanos-en-chile-2012>

b) Organismos internacionales

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999). “Informe N° 137/99. Caso 11.863 Andrés Aylwin Azócar y Otros vs. Chile”. [En línea] <http://www.cidh.org/annualrep/99span/de%20fondo/chile11.863.htm>

- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS (1996). Observación General N° 25. Comentarios adoptados al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles con fecha 12 de julio de 1996, 57° período de sesiones <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom25.html>>