Boletín N° 8.101-07

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en Moción del Honorable Senador señor Navarro, que precisa el concepto de acusación en el artículo 16 Nº 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.

1. Antecedentes

Expertos como Mandeep K. Dhami, Doctora en Derecho, Profesora de Criminología en el Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge, sostienen que “los principios básicos de la democracia electoral son establecidos en el derecho internacional. El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara que “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: [...] (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”; el artículo 2, establece que esto se aplica "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Aunque el derecho internacional no siempre forma parte del derecho interno de los países, él tiende a influir en la legislación nacional y ser utilizado como referencia para evaluar esa legislación.”

Dhami ha señalado que "dentistas políticos tales como Robert A. Dahl también sostienen que el proceso democrático debe permitir que todos los miembros adultos de un estado tengan una igual y efectiva oportunidad de contribuir a la agenda política y votar sobre ella, de manera que cada voto cuente por igual. Históricamente, no hubo sufragio universal de la población adulta. Por ejemplo, en muchos países a las mujeres, a los pobres, a los negros y a los pueblos indígenas se les negó el derecho a voto. Hasta la fecha, un segmento de la población adulta, es decir, los presos y los ex delincuentes en algunos países, son marginados en muchas democracias. El que sean excluidos del proceso cívico es una amenaza para la democracia (...) La eliminación del derecho a votar de los presos puede tener ramificaciones negativas para los ideales democráticos de igualdad y justicia. Por el contrario, incluir a los presos puede promover su rehabilitación y reinserción social, y puede tener un impacto real sobre el clima político de un país."[1]

Según los estudios de Dhami "Internacionalmente, las políticas en materia de derechos de voto de los presos transitan a lo largo de un abanico de alternativas. Por un lado, hay países que permiten a los presos votar (por ejemplo, Canadá, Ucrania, Sudáfrica e Irán). Por otro, hay países que prohíben votar a los presos, y esta política de privación varía. Varios países restringen la votación a determinados grupos de presos. Por ejemplo, en Australia los condenados a más de 5 años no pueden votar, mientras que en China es para los condenados a muerte que está prohibido votar. Muchos países tienen una prohibición más o menos indiscriminada respecto del voto de los presos (por ejemplo, el Reino Unido y Rusia). Por último, hay unos pocos países, tales como Finlandia, que prohíben votar a los presos por algún tiempo después de finalizado su encarcelamiento.

1 Este trabajo fue publicado en su idioma original en Analyses of Social Issues and Public Polícy, Vol. 5, N° 1,2005. Su traducción al español corresponde a Pablo Marshall Barberán, profesor de DerechoConstitucional de la Universidad Austral de

Chile. Revista de Derecho Vol. XXII - N° 2 - Diciembre p. 121-132.Obtenido desde http://www.crim.cam.ac.uk/peop|e/academk_=research/marKlecp dhami/so.pdf

Algunos estados en los Estados Unidos tienen una de las más restrictivas políticas en este sentido; privan del derecho a voto permanentemente o los criminales. Aunque la mayoría de las políticas de privación del voto se refieren a los presos condenados, los presos en espera de juicio o de condena son a menudo "prácticamente" privados del voto, con poca oportunidad de votar en la cárcel. Se estima que casi 4,5 millones de personas, en 54 países, han sido privados de su derecho al voto debido a la encarcelación."

De hecho, se estima que sólo en Estados Unidos alrededor de 4 millones de personas están privadas del derecho a votar, aun cuando más de un millón de esas personas ya han cumplido su condena.[2]

2. ¿Muerte cívica de los reclusos?

La profesora Dhami ha recordado que las leyes de privación del voto reflejan el concepto de "muerte civil" o de retirada de la vida política y jurídica y del ejercicio de los derechos civiles, todas ellas originarias de la antiguas sociedades griega y romana y adoptadas por la Europa medieval y que entre las razones comúnmente invocadas para descalificar a los presos de la votación se incluyen, que ello promueve la responsabilidad cívica y el respeto de la ley; que los delincuentes han perdido el derecho de voto desde que violaron el "contrato social"; que éste es un método de control de la criminalidad; que la "pureza de las urnas" debe ser protegida de los delincuentes que podrían corromperla, actuar subversivamente o cometer fraude electoral, y que es costoso y poco práctico permitir a los presos votar.

A menudo, la privación del voto a los presos es considerada simplemente como otra restricción a la libertad de las personas que están encarceladas.

Sin embargo, el argumento de que permitir que los presos voten sería costoso y poco práctico es éticamente injustificable. Del mismo modo, el hecho de que los presos pierden muchas libertades no implica que deban perder todos sus derechos civiles.

Negar a los presos el derecho a voto posiblemente socava el respeto al imperio de la ley desde que los ciudadanos que no pueden participar en la elaboración de las leyes probablemente no reconocerán su autoridad. Permitir que los presos voten, por el contrario, puede reforzar sus vínculos sociales y su compromiso con el bien común, por lo tanto, promover la participación lícita y responsable en la sociedad civil. Sugerir que los presos han perdido el derecho a votar porque han violado el contrato social implica que ellos escogieron deliberada y racionalmente la actividad criminal con e! conocimiento de que pueden perder sus derechos de voto. En muchos casos, las causas de la criminalidad van más allá de la elección individual y los delincuentes suelen ser ignorantes de las políticas de privación del derecho a voto.

Como método de lucha contra ¡a criminalidad o como objetivo del sistema penal, la privación del voto es retributiva en la medida en que el delincuente sea privado de algo que él o ella valore. La privación puede no ser retributiva, si los delincuentes ya se sienten alienados de la vida civil y política, y no enmienda el daño ya causado.

2 Fellnar, J., Mauer, M., Losing the vote. The impact of felony d/senfranchísement íaws ín the United States. Human Rights Watch and The Sentencing Project, New York,

Tampoco hay pruebas para demostrar que la privación del voto rehabilita, incapacita o disuade a los delincuentes. La privación del voto socava el objetivo rehabilitador de desarrollar la personalidad de los delincuentes y reinsertarlos a la sociedad en cuanto ella puede reducir la autoestima de los delincuentes y alienarlos de la comunidad. De hecho, como se señalará más adelante, la privación del voto puede fomentar aún más el comportamiento criminal. La disuasión a través de la privación del voto es difícil de lograr porque las personas rara vez son conscientes de esta consecuencia, y es poco probable que encuentren en ello un factor de disuasión suficiente (sobre todo cuando no son disuadidos por largas penas de cárcel). En efecto, los Estados o países con discapacidades civiles resultantes de una condena, por ejemplo, la reducción de los derechos de orden familiar (por ejemplo, la terminación de la patria potestad y los motivos legales para el divorcio) y la reducción de derechos que involucran confianza y seguridad (por ejemplo, la privación del derecho a servir como jurado y a poseer un arma de fuego) no necesariamente tienen un menor índice de criminalidad. Por último, el uso de la privación del voto como una incapacidad no es plausible para los delincuentes que no son culpables de delitos relacionados con las elecciones.

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 hecho, Casper[3] encontró que los criminalmente acusados creían que la ley es digna de respeto. Al igual que otras personas, los delincuentes tenderán a emitir su voto basado en algo más que el propio interés o un tema en particular. 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.

El desempoderamiento político de un segmento de la sociedad pone en peligro la legitimidad cíe una democracia. La futura investigación psicológica podría explorar los motivos que justifican las políticas de privación del voto a los presos. Por ejemplo, ¿en qué medida el acto de votar afecta los sentimientos de pertenencia a una comunidad más amplia? ¿Las personas perciben la votación como un comportamiento egoísta o altruista? ¿Las personas creen que la eliminación del derecho de voto actuará como una disuasión suficiente para los criminales? ¿Qué se les atribuye a las personas que están privadas del derecho a voto? ¿Cuáles son las similitudes y diferencias entre la visión de las víctimas y la de los delincuentes acerca de la privación del voto? ¿Cómo el patrón de voto de los presos difiere del comportamiento del electorado en general?

3 Casper, J. D., American criminal justice. Prentice-Hal!, Englewood Cliffs, 1972.

3. La desigualdad

En el estudio ya citado de la profesora Dhami ella señala que las leyes de privación del sufragio pueden llevar a la desigualdad. Teniendo a los Estados Unidos como ejemplo, ella dice que es evidente que hay una tasa desproporcionada de condena y encarcelamiento de los afroamericanos. Por ejemplo, en 2003, los reclusos negros de sexo masculino representaban aproximadamente el 44% de todos los reclusos con una pena de 1 año o más, mientras que los reclusos blancos representaban el 35%, y hombres negros fueron encarcelados en una tasa de 3.405 por cada 100.000 habitantes, en comparación con una tasa de 465 para los hombres blancos.[4] Un patrón similar emerge para las mujeres negras. Los perfiles raciales y la "guerra contra las drogas", que discrimina sistemáticamente, pueden explicar en parte estas tasas desproporcionadas.[5]

Sin embargo, esto ha llevado también a la desigualdad de la privación del sufragio de estos grupos. Por ejemplo, alrededor del 13% de todos los hombres afroamericanos (1,4 millones) están privados de su derecho a sufragio[6]. Comprenden el 36% del total de población de los privados de sufragio a pesar de que constituyen sólo el 6% de la población total. Está previsto que tres de cada diez de la próxima generación de hombres afroamericanos perderá el derecho a voto, ya sea de forma temporal o permanente.[7]

Aunque las cifras comparables para los latinos aún no se han presentado, es probable que un patrón similar emerja para este grupo minoritario. Harvey se refiere a la erosión o al desempoderamiento de los grupos minoritarios como "dilución del voto racial".[8]

La práctica de la privación del sufragio, junto con los desproporcionados índices de encarcelamiento de afroamericanos es discriminatoria y frustra los esfuerzos del movimiento de derechos civiles (Harvey, 1994). De hecho, varios autores han señalado la relación entre el racismo y el desarrollo de leyes de privación del sufragio a criminales en los Estados Unidos[9]. Preuhs encontró, después revisar varios factores, que indicadores raciales tales como el tamaño de la población minoritaria explican mejor la variación de la política de privación del sufragio a través de los estados, y que cuando la proporción de la población minoritaria aumenta también lo hace la severidad de las leyes de privación del sufragio[10]. Behrens demostró que, después de revisar otros factores relevantes, los estados con mayor población penitenciaria no blanca fueron más propensos a privar a los criminales condenados que los estados con proporciones menores de presos no blancos, y estas políticas de privación tienden a ser más restrictivas.[11]

4 Burean of Justice Statistics. Prísoners ín 2003. US Department of Justice, Office of Justice Programs, Washington, 2004.
5 Harvey, A. E., "Ex-felon disenfranchisement and its influence on the black vote: The need for a second look". Un/Versíty of Pennsylvania Law Review, 142,1994, pp. 1145-1189.
6 Fellnar, J., Mauer, M., Los/ng the vote. The impact offelony disenfranchí.sement laws ín the United States. Human Rights Watch and The Sentencing Project, New York, 1998.
7 Ibíd.
8 Harvey, op. c/t.
9 Behrens, A., Uggen, C, Manza, J., "Ballot manipularon and the 'menace of Negro domination': Racial threat and felón disenfranchisement in the United States, 1850-2002". American Journal of Sodology, 109, 2003, pp. 559-605; Ewald, op. c/t. en nota 14; Keyssar, op. c/t. en nota 7; Preuhs, R. R., "State felón disenfranchisement policy". Social Science Quarterly, 82, 2001, pp. 733-748; Shapiro, A. L, "Note: Challenging criminal disenfranchisement under the Voting Rights Act: A new strategy". Vale Law Journal,
10 3,1993, PP-537-566. 10 Preuhs, op. cít.
11 Behrens, et al., op. cít.

Similares patrones de desigualdad en la privación del sufragio son evidentes en otros países. Por ejemplo, en Australia, los indígenas son 16 veces más propensos a ser encarcelados que los no indígenas, y la privación del sufragio tiene un efecto desproporcionado sobre ellos[12]. El impacto desproporcionado que la política de privación del sufragio de Canadá ha tenido en su población aborigen fue reconocida por la Corte en Sauvé v. Cañado. La investigación psicológica podría examinar el impacto psicosocial que la "dilución del voto racional" tiene sobre las minorías privadas de sufragio y en los estereotipos de los grupos mayoritarios acerca de ellos.

4. El voto como parte de la reinserción social

El estudio citado de la Dra. Mandeep K. Dhami recuerda que "El artículo 10 del PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) establece: "1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". "3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados". Esto, según su opinión, es lo que ha sido reconocido por los tribunales como la Corte Suprema del Canadá (2002) y el Tribunal Constitucional de Sudáfrica (1999) cuando se pronunció en contra de la privación del sufragio. Las elecciones enfatizan que todos somos miembros de una comunidad, trabajando para un bien común, y que tenemos vínculos sociales. La votación representa una forma de crear y mantener esos vínculos. Por lo tanto, psicológica y socialmente, el derecho a voto podría permitir a los presos percibirse a sí mismos como útiles, responsables, confiables y como ciudadanos respetuosos de la ley. Esto podría favorecer su rehabilitación y ayudarles a reintegrarse en la sociedad después de la liberación.

La privación del sufragio, por el contrario, serviría para aumentar la distancia social entre el delincuente y la comunidad, y reafirma sus sentimientos de alienación y aislamiento. Esto puede impedir, de su parte, la aceptación y el respeto de las normas sociales y el imperio de la ley. La privación del sufragio también etiqueta negativamente a los individuos como ciudadanos "de segunda clase". En una encuesta a 33 criminales condenados en los Estados Unidos, Uggen y Manza encontraron que la privación del sufragio fue estigmatizador y un signo de aislamiento social, incluso si las personas no habían ejercido su derecho a voto en el pasado[13]. Los criminales dieron cuenta de la necesidad de sentirse como ciudadanos plenos. El estigma y la humillación de que se les niegue el derecho a votar pueden ser perjudiciales para la adquisición de esta imagen de sí mismo. De hecho, la privación permanente del sufragio sugiere que una persona no cambiará nunca y siempre será un desviado. Tal etiquetamiento puede llevar a nuevas actividades delictivas[14]

12" Davidson, J., "Inside outcasts: Prisoners and the right to vote ¡n Australia". Current /ssues Brief N° 12, 2003-04. Information and Research Services, Parliamentary Library, Department of Parliamentary Services.

13 Uggen, C, Manza, J., "Disenfranchisement and the civic reintegration of convicted felons", en C. Melé y T. Miüer (Eds.), Civil peno/tíes, social consequences. Routledge, New York, 2005.

14 Véase Becker, H. S., Outs/ders: Stud/es ín the soc/ology of devíance. Free Press of Clencoe Collier-Macmillan, London, 1963.

Hay algunas pruebas que indican que el comportamiento electoral y el comportamiento criminal están relacionados. En un estudio longitudinal de 1.000 adultos jóvenes, Uggen y Manza encontraron que sólo alrededor del 5% de los votantes habían sido detenidos o encarcelados en comparación con los no-votantes de los cuales el 16% había sido detenido y el 12% había sido encarcelado[15]. Entre los detenidos con anterioridad, aproximadamente el 27% de los no votantes habían sido otra vez detenidos en comparación con el 12% de los votantes. Patrones similares surgen cuando se examina el crimen autorreportado de tal manera que los electores reportaron significativamente menos delitos que los no votantes. Por lo tanto, la votación parece ser parte de un "paquete de comportamiento prosocial".

Una investigación psicológica podría también ayudar a identificar los mecanismos por los cuales la privación del sufragio afecta el autoconcepto y cómo éste media en el impacto de la política de privación del sufragio sobre la conducta delictual futura.
Negar a los presos el derecho a votar puede tener un impacto real en la política de un país. La mayoría de los delincuentes son pobres o de clase trabajadora, y como se ha señalado, en muchos países hay un número desproporcionado de miembros de minorías étnicas representadas entre sus filas. Estos grupos son propensos a votar por liberales o demócratas en lugar de conservadores o republicanos. En los Estados Unidos, Uggen y Manza estiman que desde 1972, en promedio, 35% de los crimínales privados de sufragio habría votado en las elecciones presidenciales y el 24% habría votado en las elecciones del Senado[16]. Alrededor de siete de cada diez votos emitidos por los delincuentes condenados habrían sido para el Partido Demócrata. Históricamente, por lo tanto, siete elecciones senatoriales se podrían haber volcado en favor de los demócratas si los criminales hubieran podido votar. Se ha estimado que el resultado de la elección presidencial de los EE.UU. del año 2000, cuando G.W. Bush ganó por 537 votos, pudo haber sido determinada por la prohibición permanente sobre los derechos a sufragio de más de 400.000 ex criminales en el estado de Florida (incluso después de excluir de la prohibición a criminales). El impacto de la restitución del voto en las elecciones a nivel local o de distrito sería mayor, ya que existe una mayor concentración de delincuentes y ex delincuentes en las zonas urbanas.

Una observación similar de los efectos políticos de la privación del sufragio se ha hecho en el Reino Unido. La Prisión Reform Trust ha argumentado que en las elecciones generales de 1997, la prohibición del derecho de voto puede haber afectado los resultados en ocho circunscripciones marginales que alojan un gran número de presos. Por ejemplo, en Dorset South, que incluye tres cárceles que acogen cerca de 1.500 presos, un candidato conservador ganó por una mayoría de sólo 77 votos. Por lo tanto, la restitución del derecho a voto a los presos y ex delincuentes ofrece amplias oportunidades para pensar contrafácticamente acerca de cómo esas políticas pueden haber alterado las democracias.

.
15 Uggen, C, Manza, J., "Voting and subsequent crime and arrest: Evidence from a community sample". Columbio Human Rights Lavv Review, 36, 2004, pp. 193-215.
16 Uggen, C., Manza, J.,"Democratic contraction? The political consequences of felón disenfranchisement". American Sodolog/cal Review, 67, 2002, pp. 777-803.

5. La legislación comparada

Canadá

En octubre de 2002 la Corte Suprema de Canadá, en Sauvé v. Canadá, rechazó la legislación federal que prohibía a los presos votar por una mayoría de 5 a 4. E! Gobierno había afirmado que la privación del voto estaba justificada en el argumento de que aumentaría la responsabilidad cívica y e! respeto del imperio de la ley, y que proporcionaría un castigo adicional. La visión de la mayoría, resumida por el Juez McLachlin, fue la siguiente:

> *La legitimidad de la ley y la obligación de obedecer la ley se derivan directamente del derecho de todo ciudadano a votar. Denegar a los reclusos el derecho a votar es perder un medio importante de enseñarles los valores democráticos y la responsabilidad social [...] La negación del derecho de voto sobre la base de atribuir indignidad moral es incompatible con el respeto de la dignidad de cada persona [...] También es contrario a la idea [...] de que las leyes exigen obediencia, ya que son hechas por aquellos cuya conducta rigen. Negar el derecho de voto no cumple con los requisitos de un castigo legítimo, a saber, que el castigo no debe ser arbitrario y debe servir a un propósito válido para el derecho penal [...] En cuanto a un propósito penal legítimo, ni el reporte ni el sentido común apoyan la afirmación de que la privación disuade a los criminales de delito o los rehabilita.*

Por supuesto, este cambio en la política no significa que la privación del voto no será nuevamente reintroducida. En el futuro, los presos de Canadá que cumplen condenas por delitos específicos podrán ser privados del derecho a voto. Además, los jueces pueden dar poderes para eliminar el derecho a votar como parte de una pena judicial. Sin embargo, por ahora, los presos de Canadá tienen derecho a voto. Aproximadamente un tercio estaba registrado para votar en las elecciones federales de 2004, aunque se desconoce cuántos ejercieron este derecho.[17]

Reino Unido

La sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en Hirst v. United Kingdom, en marzo de 2004, puso en tela de juicio la validez de la prohibición sobre el derecho de voto de los presos. El Gobierno había afirmado que la privación se dirigía a prevenir el delito y castigar a los delincuentes, y mejorar la responsabilidad cívica y el respeto del imperio de la ley. Se argumentó que los presos condenados habían incumplido el contrato social y así perdido el derecho a participar en el proceso cívico durante la duración de su condena. El Tribunal siguió el razonamiento de la mayoría en el caso Sauvé v. Canadá. Además, el tribunal declaró que

17 Sheppard, M. (Executive Producer). Canadian prisoners exerc/se right to vote (2004, June 18). News of CBC. Toronto: Canadian Broadcasting Corporation.

> *El hecho de que un recluso condenado esté privado de su libertad no significa que pierde la protección de otros derechos fundamentales [...], a pesar de que el disfrute de esos derechos debe inevitablemente ser atemperada por las exigencias de su situación [... J No hay una ciara y lógica relación entre lo pérdida del voto y la imposición de una pena de prisión, where no bar applies to a persona culpable de delitos que pueden ser igualmente antisociales o 'anticiudadanos', pero cuyo crimen no se encontró con tal consecuencia.*

Una vez más, sin embargo, la corte dejó abierta la posibilidad de eliminar el voto de los presos condenados por determinado tipos de delitos, o para permitir a los jueces prohibir votar a los presos como parte de su condena. Juliet Lyon, directora de la Prison Reform Trust, afirmó en ese momento, ante los alegatos del gobierno apelando contra este pronunciamiento, estar "preocupada de que el gobierno esté usando este prolongado proceso como forma de asegurarse de que no tendrá que lidiar con la rehabilitación del derecho a voto de los presos en las próximas elecciones generales" (comunicación personal, 18 de enero de 2005). De hecho, los presos en el Reino Unido no pudieron votar el 5 de mayo de 2005.

Costa Rica

El Artículo 168 del Código Electoral (Ley Nº 1536 del 10 de diciembre de 1952) prohibía la instalación de juntas receptoras de votos en cualquier "cárcel u otro centro semejante de reclusión"; disposición que, por sus efectos, resultaba negatoria del derecho fundamental a sufragar que la Constitución formalmente reconocía a la población penitenciaria, traicionando con ello la regla constitucional según la cual la ley debe ofrecer garantías de que el sistema para emitir el sufragio les facilitará a todos los ciudadanos el ejercicio de ese derecho (Art. 95.4). La Licenciada Elizabeth Odio Benito, en su condición de Ministra de Justicia durante la administración 1990-1994, lo hacía ver al Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) a través de oficio N° DM-930075 del 27 de enero de 1993. En dicha oportunidad mostró expresamente el interés por lograr la derogatoria de tal disposición, con lo cual respaldaba oficialmente una gestión que en ese sentido ya había formulado con anterioridad el Defensor de los Derechos del Interno del Sistema Penitenciario, Licenciado Vernor Muñoz Villalobos. El Tribunal acogió tal iniciativa y, a través de oficio N°4329 del 4 de febrero de 1993, se dirigió al Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa para presentarle un proyecto de reforma al citado numeral del Código Electoral, sobre una base argumental similar a la expuesta por las autoridades del Ministerio de Justicia. Dicha propuesta fue finalmente recogida, en términos prácticamente idénticos, en la Ley N°7653, del 28 de noviembre de 1996, que -entre otros- modificó el ya citado Artículo 168 del Código Electoral. Con fundamento en esa norma, el 1° de Septiembre de 1997 el TSE promulgó el "Reglamento para el ejercicio del sufragio en los centros penitenciarios", Decreto Nº 10-97.8 Sobre la base de esas disposiciones, los privados de libertad han podido sufragar en Costa Rica de manera ininterrumpida a partir de las elecciones generales de 1998, con lo cual el país se coloca en una posición de vanguardia internacional en la adopción de políticas incluyentes respecto de ese sector social, verdaderamente pioneras en América Latina.

Argentina

Con fecha 3 de Agosto de 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se pronunció respecto de la causa en que el Defensor Oficial en turno ante el Fuero de la Responsabilidad Juvenil del Departamento Judicial de La Plata y la Asociación Civil "AJUS", presentaron lo que denominaron una "demanda autosatisfactiva" contra la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires, con la finalidad de que, previa declaración de inconstitucionalidad del Artículo 3.2."c" de la Ley 5.109 -Ley Electoral de la Provincia de Buenos Aires-, se ordenara disponer a la demandada todos los medios necesarios para que el día 14 de agosto de 2011, "... las personas con 18 años de edad que se encuentran detenidas sin condena firme en las cárceles de la Provincia de Buenos Aires estén incluidas en el padrón electoral para que puedan elegir cargo de gobernador provincial". En este fallo la Suprema Corte señaló que "En cuanto respecta a la verosimilitud del derecho, cabe advertir que la cuestión relativa a los derechos políticos de ¡as personas que se encuentran privadas de su libertad es objeto de regulación en diversos tratados de raigambre constitucional y ha motivado el dictado de distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En tal sentido, puede afirmarse que sobre esta cuestión ha sido fijado un estándar que pregona que la limitación del sufragio a las personas detenidas debe circunscribirse a aquéllas que han sido condenadas, mientras dure su detención, pues lo contrario implicaría una violación a los principios de inocencia e igualdad, que son dos de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el Estado de Derecho (arts. 16, ^8, 19, 37 y 75 inc. 22, Constitución Nacional; 11, 16 y 25 de la Constitución de la Provincia; 14 inc. 2° y 25 ínc. "b" del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos; C.S.J.N., Fallos: 324:3143, 325:524).". Con posterioridad a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarara la inconstitucionalidad del Código Electoral Nacional (Ley Nº 19.945), éste fue modificado, incorporándosele una norma (Art. 3 bis) que establece que "los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos" (art. 4delaley, 25.858).[18]

Otros países que recientemente han revisado, actualizado y modificado sus normas respecto del derecho a voto de las personas privadas de libertad cuando éstas no tuvieran condena, son Colombia, Brasil, Perú y Venezuela.

6. La CIDH

Con fecha 13 de Marzo de 2008, en Washington, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la Resolución 1/08 "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas", surgida a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, teniendo presente que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad; y recordando que los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos se han comprometido a respetar y garantizar los derechos de todas las personas privadas de libertad sometidas a su jurisdicción.

18 **http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/med_cautelar_presos.pdf**

De esta forma en el Principio II de dicha Resolución, bajo el título de "Igualdad y no-discriminación" señala

> *Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad.*
>
> *Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad.*

Más adelante, respecto de los Principios relativos a las condiciones de privación de libertad, el Principio VIII "Derechos y restricciones" señala que

> *Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad.*

7. La pena aflictiva

En el considerando decimoquinto de un pronunciamiento emitido con fecha 6 de Agosto de 2009, el Tribunal Constitucional señala, respecto de la pena aflictiva

> *"IV. Efectos Constitucionales de la condena a pena aflictiva*
> ***Decimoquinto**: 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^)- 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)[19].

Las consecuencias de la norma del artículo 16 de la Carta Fundamental, pueden ser tan importantes que pueden llevar a que por ejemplo un alcalde por el sólo hecho de estar acusado (formalizado en la nomenclatura del Código Procesal Penal) no pueda ejercer su cargo, mientras está en curso la investigación pertinente. Clara es la resolución de N° 52.001 de 16 de noviembre de 2007 de la Contraloría Regional de Los Lagos, en que pronunciándose respecto de una solicitud que hiciera el otrora diputado Claudio Alvarado Andrade, señaló:

"Mediante sus Oficios N°s 9.644 y 9.792, de 2007, la Contraloría Regional de Los Lagos ha remitido a esta Sede Central una presentación del Honorable Diputado Claudio Alvarado Andrade mediante la cual denuncia un eventual Incumpliendo de la Constitución y las leyes en la Municipalidad de Ancud, ya que el alcalde de ese municipio se encontraría acusado por el delito de cohecho, por lo que debería precederse a su remplazo, sin que a la fecha tal circunstancia haya acontecido.

Sobre el particular, cumple anotar que el artículo 61 de la ley N° 18.695, establece que el alcalde o concejal cuyo derecho a sufragio se suspenda por alguna de las causales previstas en el artículo 16 de la Constitución Política de la República, se entenderá temporalmente incapacitado, para el desempeño de su cargo, debiendo ser remplazado mientras dure su incapacidad, en la forma que indica.

Por su parte, el aludido artículo 16 de la Carta Fundamental dispone, en lo que interesa, que el derecho de sufragio se suspende por tres causales, entre las cuales interesa destacar, en relación con la consulta planteada, la contenida en su N° 2, que, en lo pertinente, expresa: "Por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva".

Como puede apreciarse, es la calidad de acusado por delito que merece pena aflictiva la que determina la pérdida del derecho a sufragio, la que, a su vez, origina la incapacidad temporal del alcalde, por lo que debe tenerse presente el artículo 248, letra b), del Código Procesal Penal, en cuanto dispone que corresponde al fiscal del Ministerio Público "formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma".

Ahora bien, estando pendiente la presentación en estudio, se ha tomado conocimiento que don Ch. A., Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Ancud del Ministerio Público, se ha dirigido a la Contraloría Regional de Los Lagos; mediante su Oficio N° 3218, de 2007, comunicando que el día 31 de agosto del presente año, en causa RUC 0500464729-9, RIT 25-2006, fue deducida ante el Juzgado de Garantía correspondiente la acusación en contra del alcalde de la Municipalidad de Ancud "por el delito de COHECHO, art. 248 bis del Código Penal, que merece pena aflictiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37 del Código Penal".

19 http://tcchile.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1207

En ese contexto, y teniendo en especial consideración la referida comunicación, mediante, la cual se acredita que el alcalde de la Municipalidad de Ancud se encuentra en la actualidad acusado por el delito antes señalado -el que, según se informa, merece pena aflictiva-, no cabe sino sostener que se ha producido la suspensión del derecho de sufragio a que alude el artículo 16, N° 2, de la Carta Fundamental, por lo que esa máxima autoridad edilicia, acorde con el citado artículo 61 de la ley N° 18.695, se encuentra temporalmente incapacitada para el desempeño de su cargo, debiendo precederse a su reemplazo según las normas contempladas en el artículo 62 del mismo texto legal, esto es, mediante el mecanismo de la subrogando, o a través de la designación de un alcalde suplente por parte del concejo municipal, de acuerdo con esa normativa.

En consecuencia y atendido que en el referido Oficio N° 3218, de 2007, emanado del Ministerio Público, consta que el Alcalde de la Municipalidad de Ancud se encuentra acusado por un delito que merece pena aflictiva, procede que ese municipio adopte las medidas tendientes a reemplazar al alcalde suspendido, en los términos antes indicados."

Vistas 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 se 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 que institución procesal la voz "acusación" se refiere. ¿Será posible asimilar la "acusación" a la "formalización de la investigación", o bien asimilarla a la "acusación que realiza el fiscal del ministerio público luego de cerrada una investigación?

La vigencia de la presunción de inocencia debe prevalecer durante todas las fases del procedimiento penal, sólo de esta manera las personas pueden estar seguras de! respeto y observancia de sus garantías y derechos constitucionales. Es por esto último, que se requiere de total certeza y precisión a la hora de aplicar sanciones tan graves como lo es la suspensión de! derecho a sufragio.

Por otra parte la Carta Magna utiliza la frase "pena aflictiva" que como se señalara más arriba, no está debidamente conceptualizado en nuestro ordenamiento jurídico, pero se entiende objetivamente que son aquella penas asignadas a los simples delitos y a los crímenes (3 años y un día en adelante) en abstracto, esto es tomando en consideración la pena señalada en el tipo y no la que en definitiva o en concreto obtenga el imputado una vez condenado (la que pueda ser menor a la pena aflictiva asignada para la conducta).

Por tanto sin fundamento legal se extiende la suspensión del derecho a sufragio a personas sin estar "acusadas" en el sentido del Artículo 248 letra b) del Código Procesal Penal, 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, tengo a bien en proponer la siguiente reforma Constitucional,

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Artículo único: Reemplácese el actual numeral 2 del artículo 16 de la Constitución Política de la República, por el siguiente numeral 2 nuevo, del siguiente tenor:

"2°. 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 privadas de libertad podrán hacerlo del modo que dispone la ley al interior de los recintos penitenciarios."

ALEJANDRO NAVARRO BRAIN
SENADOR.