

IGUALDAD POLÍTICA Y ROL DE LOS TRIBUNALES

POLITICAL EQUALITY AND ROLE OF COURTS

Francisco ZÚÑIGA URBINA*

RESUMEN: El derecho a voto es parte esencial de nuestra democracia, pero se torna ilusorio cuando la ley no establece medidas especiales que permitan que ciertas personas puedan ejercer dicho derecho fundamental de acuerdo con la Constitución. De ello surgen diversas preguntas que con esta presentación buscaremos responder, entre ellas, ¿puede la Corte Suprema ordenar al SERVEL medidas para el ejercicio del derecho a voto de los reclusos?, ¿constituye una forma de discriminación la imposibilidad en la que se encuentran las personas privadas de libertad que no han sido inhabilitadas, pero que no pueden votar?, ¿existe norma o disposición que permita el derecho a voto de las personas privadas de libertad?

PALABRAS CLAVE: derecho a voto; SERVEL; sala constitucional de la Corte Suprema; Convención Americana de Derechos Humanos; derechos políticos.

ABSTRACT: The right to vote is an essential part of our democracy, but it becomes illusory when the law does not establish special measures that allow certain people to exercise that fundamental right in accordance with the Constitution. From this, several questions arise that, with this presentation, we will seek to answer, among them: Can the Supreme Court order the SERVEL to take measures to exercise the prisoner's right to vote? Is the impossibility in which people deprived of their liberty who has not been disqualified, but who cannot vote, constitutes a form of discrimination? Is there a rule or provision that allows the right to vote of persons deprived of their liberty?

KEYWORDS: right to vote; SERVEL; Constitutional Chamber of the Supreme Court; American Convention on Human Rights; political rights.

* Profesor titular de Derecho Constitucional de Universidad de Chile. Contacto: <fzuniga@zcabogados.cl>. Fecha de recepción: 9 de noviembre de 2017. Fecha de aprobación: 11 de diciembre de 2017.

I. PROLEGÓMENOS

Los últimos meses, y sobre todo cuando ya estamos a pocas horas de las elecciones presidenciales, varias noticias han surgido a partir de diversos recursos de protección (amparos ordinarios de fuente constitucional) interpuestos en favor de reclusos que se encuentran habilitados para ejercer su derecho a voto, pero que no pueden realizarlo a falta de un local de votación al interior de los recintos penitenciarios, basado en la incapacidad legal de Gendarmería de cumplir con funciones propias del SERVEL y de la incapacidad de Carabineros y Fuerzas Armadas para ingresar y cumplir con la seguridad en las locaciones con la normalidad que se hace en los locales comunes de votación, descartando también la posibilidad de trasladar fuera del recinto a las personas privadas para que puedan ejercer su derecho en los locales que les corresponderían.

Es lo que Jörg Stippel ha denominado “exclusión por decisión administrativa”, al limitarse su derecho a sufragio no por una decisión formal, sino por no poder habilitarse mesas receptoras al interior de los recintos penitenciarios por el Servicio Electoral, así como tampoco la coordinación de salidas de las personas privadas de libertad para que asistan a votar a los locales respectivos de su último domicilio.¹

Nuestra Carta Fundamental contempla la suspensión (como medida temporal) y pérdida (medida más grave y definitiva) del derecho a sufragio en el artículo 16 que establece “El derecho de sufragio se suspende: 2° por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista”. Luego el artículo 17 agrega que “la calidad de ciudadano se pierde: 1° por pérdida de la nacionalidad chilena, 2°

¹ STIPPEL, Jörg, “El derecho de voto de las personas privadas de libertad en Chile: antecedentes de una exclusión antidemocrática”, en *Revista Derecho Penitenciario*, Santiago, núm. 2, Centro de Estudios Penales y Penitenciarios de la Universidad Mayor, 2012.

por condena a pena aflictiva, 3º por condena que la ley califique como conducta terrorista y los relativos a tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva”. El problema surge cuando personas privadas de libertad ven limitado el ejercicio de su derecho al ser condenadas que no se encuentren cumpliendo penas aflictivas en situaciones diferentes a las contempladas en la Constitución.

Asimismo, se ha cuestionado la efectividad de la pérdida de ciudadanía y la consecuente pérdida del derecho a sufragio como una “sanción” efectiva que tenga el efecto de disuadir a no cometer delitos. Sin duda que es una materia que urge ser resuelta si aspiramos a una democracia plena en nuestro país, con amplia participación.

Es un tema no menor cuando entendemos que el derecho a voto es parte esencial de nuestra democracia, pero que se torna ilusorio cuando la ley no establece medidas especiales que permitan que personas que no se encuentran inhabilitadas según la Constitución puedan ejercer dicho derecho fundamental. De ello surgen diversas preguntas que con esta presentación buscaremos responder, entre ellas, ¿puede la Corte Suprema ordenar al SERVEL medidas para el ejercicio del derecho a voto de los reclusos?, ¿constituye una forma de discriminación la imposibilidad en la que se encuentran las personas privadas de libertad que no han sido inhabilitadas, pero que no pueden votar?, ¿existe norma o disposición que permita el derecho a voto de las personas privadas de libertad?

El Instituto de Derechos Humanos durante el año 2016, con el objeto de llegar a una solución para las elecciones municipales, presentó 8 recursos de protección en Cortes de Apelaciones de diversos lugares del país, 4 de ellos acogidos por considerarse que existía una vulneración al derecho de igualdad. La experiencia vuelve a repetirse este año con las acciones presentadas ante las Cortes de Apelaciones del país, pasando a analizar en los apar-

tados que siguen lo decidido en sede de apelación ante la Corte Suprema.²

II. JURISPRUDENCIA I DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA

En causa Rol N° 4764-2017, de 09 de Mayo, la Corte Suprema se pronunció en relación a la apelación a la sentencia por recurso de protección presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en favor de 8 personas que, encontrándose en prisión preventiva y encontrándose habilitadas para sufragar, no se les garantizaron las condiciones para hacer efectivo el derecho a sufragio. Sostiene el INDH, que el Servicio Electoral mediante oficio ordinario N° 2574, de Septiembre de 2016, establece no existir posibilidad de establecer circunscripciones electorales en relación a un determinado establecimiento o recinto penitenciario, en virtud de que fundamenta la creación de estas circunscripciones la dispersión geográfica del electorado, y por lo tanto el territorio comprendido en un centro de reclusión penitenciario no se enmarca dentro de los criterios previstos por el legislador para establecer una circunscripción electoral. Sostiene además el SERVEL, solicitando el rechazo de la acción, que se advierte la existencia de un conjunto de normas jurídicas de Derecho Público –mencionadas también en causa Rol N° 38.742 analizada más adelante– que impiden al Servicio cumplir lo pretendido por el recurrente, requiriéndose en definitiva de una modificación a la

² Anterior a ello, en el año 2013, el 7° Juzgado de Garantía de Santiago ya había indagado sobre la posibilidad de habilitar mesas receptoras de votos en los centros penitenciarios, consultando a Gendarmería y al Servicio Electoral (RUC N° 1310024568-4, RIT N° 5-2013). Esta situación propició la iniciativa de un proyecto de ley que pretendía la inclusión de un padrón especial para que las personas privadas de libertad mantuvieran la circunscripción donde tenían su último domicilio; proyecto que finalmente no prosperó.

ley para incorporar a las personas que estando habilitadas para votar, se encuentran imposibilitadas de hacerlo.

Gendarmería por otro lado, y solicitando también el rechazo de la acción, sostiene no existir ninguna ilegalidad en su actuar, encontrándose imposibilitado legal, técnica y logísticamente para constituir una mesa receptora de sufragios en el Centro de Detención preentiva de San Miguel.

La sentencia de la Corte suprema señala que el actuar de los recurridos –Gendarmería y Servel– contraviene las normas internas y los instrumentos internacionales ratificados por Chile, haciendo referencia esencialmente al artículo 52 de la ley 18.700 que entrega expresamente al Servel de determinación para cada circunscripción de los locales de votación, encontrándose facultado entonces para determinar la instalación de locales de votación en un recinto penitenciario; los artículos 2° y 25° del Decreto Supremo N° 518 “Reglamento de Establecimientos Penitenciarios” –analizado con detalle más adelante–; el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el artículo 23 de la Convención Americana de DDHH.³ Concluye la Excelentísima Corte en el presente fallo entonces, en resolver que se revoca la sentencia apelada y se acoja el recurso de protección presentado por el INDH, ordenando que el Servicio Electoral, dentro de los plazos legales adopte las medidas necesarias que posibiliten el derecho a voto de estas personas que se encuentran privadas de libertad, por no tener suspendido su derecho a voto, debiendo por su parte Gendarmería de Chile adoptar todas las medidas administrativas y de coordinación interinstitucional que garantice el derecho a sufragio de las mismas.

³ Señala el artículo 25 del PIDCP: “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”. Por su parte, el artículo 23 de la CADH: “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”.

Es del todo prudente señalar que la sentencia fue acordada con el voto en contra de la ministra señora Egnem, quien estuvo por confirmar el fallo en alzada teniendo únicamente presente para ello que el conflicto planteado en el presente recurso excede los márgenes de una acción netamente jurisdiccional, sin perjuicio del derecho de los recurrentes de instar ante él o ante los órganos competentes para proveer de la regulación que requieren.

En la misma línea, y en causa Rol N° 38.742-2017, con fecha 26 de octubre, La Corte Suprema se pronunció sobre la apelación a la sentencia por el recurso de protección presentado por el Jefe Regional del Instituto de Derechos Humanos de Arica y Parinacota en favor de 25 personas privadas de libertad en contra el Servicio Electoral de Arica y Gendarmería de Chile. Señala el INDH que, a pesar de encontrarse habilitadas, dichas personas no pueden ejercer su derecho a sufragio al no haber mesas receptoras instaladas en los centros penitenciarios, así como tampoco disposición de medidas para trasladarlas a los locales que le corresponden.

Gendarmería señala que existe una imposibilidad legal para constituir mesa receptora en el Complejo Penitenciario de Arica, sin que se encuentre facultada para hacerse cargo de un local de votación y asimismo imposibilitado legal, técnica y logísticamente para trasladar a las personas privadas de libertad a los locales establecidos.

Por su parte, el Servicio Electoral solicitó en su momento el rechazo de la acción en virtud del artículo 18 de la Constitución Política y del carácter de derecho público de las normas de derecho público de carácter imperativo sobre la forma de realización de los procesos electorarios en base a la Ley N° 18.700, Ley N° 18.556, Ley N° 20.460, Ley N° 20.679, Ley N° 19.175 y Ley N° 18.695, de las cuales no puede desprenderse la facultad de constituir como local a los centros penitenciarios, siendo necesaria una reforma legal al respecto no solo para este inconveniente, sino que también para las personas que se encuentran en hospitales y adultos en hogares.

Según la sentencia, las instituciones recurridas actuaron en contravención a la Constitución, en particular porque el artículo 58 de la Ley N° 18.700 contempla la posibilidad de forma expresa de que el SERVEL determine los locales de votación, norma en la que se contempla la posibilidad de elegir establecimientos privados o públicos, dando preferencia a éstos últimos, considerando criterios de facilidad de acceso para los electores, sin que la norma contenga una enumeración taxativa, pudiendo entonces determinar entre ellos la instalación de locales de votación en un recinto penitenciario.

A su vez, el artículo 2 del D.S N° 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, recoge la relación de derecho público del interno con el Estado, conservando la condición jurídica de una persona en libertad, sumado al artículo 25 del mismo reglamento que dispone que el régimen al que se somete a las personas privadas de libertad debe sujetarse a las normas legales, constitucionales e internacionales, por lo que corresponde a Gendarmería velar para que se respete la condición de ciudadano de las personas bajo su custodia.

Por otra parte, tratados internacionales ratificados y vigentes en nuestro país contemplan estándares obligatorios sobre el derecho a sufragio, en especial el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que corresponde a Gendarmería velar por que las personas privadas de libertad puedan ejercer como ciudadanos el derecho a sufragio, derecho ciudadano que debe ser garantizado por el Estado, pudiendo establecerse excepciones que respete las normas internacionales de dichos instrumentos, entre las cuales no se encuentra la privación de libertad como medida cautelar ni tampoco su pérdida de facto.

Sumado a ello, agregan como argumento los disidentes que la Constitución Política en su artículo 1 asegura a las personas el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, relevante dentro de ello el derecho a voto en democracia como herramienta de participación ciudadana. En ese mismo sentido se habría pronunciado la Corte Suprema con oportuni-

dad del Proyecto de Ley 54-2010, boletín N° 7338-07, antecedente de la actual Ley N° 20.568 sobre inscripción automática, Servicio Electoral y sistema de votaciones, respecto a la necesidad de una política reglamentaria que permitiera el ejercicio igualitario del sufragio en los centros penitenciarios.

Agregan que el sistema europeo y americano de protección de derechos humanos se han pronunciado en relación a la participación democrática de las personas privadas de libertad en el sentido de que no se justifican las restricciones u obstáculos en el ejercicio del sufragio sin pronunciamiento jurisdiccional expreso en relación a una persona determinada, de lo contrario concluiría en arbitrariedad, correspondiendo al Estado coordinar las medidas para garantizar el pleno ejercicio del derecho a sufragio de dichas personas.

Así, consideran vulnerado el derecho a la igualdad al establecerse una diferencia de trato entre las personas privadas de libertad y aquellas que pueden ejercer su derecho a sufragio y participar en el sistema democrático como dispone la ley y revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, acogiendo en su lugar el recurso de protección.

Las sentencias de la Corte Suprema que se han dictado en el mismo sentido son:

- a) Rol N° 38.142-2017, sentencia con fecha 14 de septiembre de 2017, conociendo de apelación de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Iquique, revocando la sentencia y acogiendo en su lugar el recurso de protección.
- b) Rol N° 39.970-2017, sentencia con fecha 26 de octubre de 2017, conociendo de apelación de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, revocando la sentencia y acogiendo en su lugar el recurso de protección.
- c) Rol N° 39.989-2017, sentencia con fecha 26 de octubre de 2017, conociendo de apelación de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, revocando la sentencia y acogiendo en su lugar el recurso de protección.

d) Rol N° 40-094-2017, sentencia con fecha 26 de octubre de 2017, conociendo de apelación de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, confirmando la sentencia que acoge el recurso de protección.

Al momento de dictarse estas sentencias, la Tercera Sala se encontraba constituida por los Ministros Sr. Sergio Muñoz, Sr. Carlos Aranguiz y Sr. Jorge Dahm y por los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla y Sr. Carlos Pizarro.

III. JURISPRUDENCIA II DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA

Posterior a la sentencia de la Corte Suprema revisada precedentemente, en causa Rol N° 41.361-2017, con fecha 8 de noviembre de 2017, la Corte Suprema se pronunció sobre la apelación a la sentencia por el recurso de protección presentado por el Instituto de Derechos Humanos en favor de 9 personas privadas de libertad por el acto arbitrario e ilegal del Servicio Electoral (Dirección Regional de Coquimbo) y Gendarmería de Chile (Dirección Regional de Coquimbo) de la falta de adopción de medidas para que los reclusos puedan ejercer su derecho a voto, tanto por la falta de información sobre el domicilio de dichas personas como por la inexistencia de coordinación entre las autoridades para constituir mesas al interior del recinto penitenciario o trasladarlas hacia los locales de votación. Dicho actuar conculcaría el derecho constitucional a sufragio, de igualdad ante la ley y el derecho de emitir opinión.

Por su parte, el SERVEL como recurrido señala que el sistema electoral público es un todo orgánico en virtud del artículo 18 de la Constitución Política, normas de rango orgánico y de interpretación y aplicación estricta, en especial las leyes N° 18.700, N° 18.556, N° 20.640, N° 20678, N° 19.175 y N° 18.695, las que deben ser aplicadas por dicho servicio en el ámbito de su competencia.

Observando así la normativa vigente, en su opinión no existiría la posibilidad de establecer circunscripciones electorales para un recinto o establecimiento determinado como es un recinto penitenciario, ya que la disposición de mesas receptoras en un centro penitenciario no responde al criterio de dispersión geográfica. Así, la posibilidad de que las personas privadas de libertad ejerzan su derecho a sufragio en mesas constituidas en dichos recintos no puede realizarse sino a través de una norma legal que expresamente lo establezca así, de establecer ahora medidas en ese sentido significaría una infracción a las normas constitucionales vigentes.

Continua Gendarmería de Chile señalando que no existe vulneración, puesto que en base a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 18.556, el domicilio electoral de la persona es el último declarado en el Servicio de Registro Civil e Identificación o el Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior, por lo que la internación en un recinto penitenciario no genera un cambio en éste, sin que se convierta el centro penitenciario en domicilio para dichas personas. Asimismo, en términos similares a los que expresó el SERVEL, señala que existiría una imposibilidad legal para constituir mesa receptora en un recinto penitenciario, siendo competencia en virtud de la Ley N° 18.700 de otros órganos como el Servicio Electoral, cada municipalidad, Fuerzas Armadas y Carabineros. En cuanto a la posibilidad de trasladar a las personas privadas de libertad para votar tampoco sería posible, puesto que las salidas solo responden a órdenes emanadas por tribunales de justicia o autoridad administrativa competente, sumando a ello problemas de seguridad y falta de personal para cumplir con las labores comunes y con el traslado.

En un breve fallo, la Corte Suprema confirma la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Santiago y señala que:

Cuarto: Que el mérito de los antecedentes y lo expresado por los interesados en esta sede permite concluir que el conflicto planteado en autos excede con creces los márgenes, en general de una acción netamente jurisdiccional, lo que desde luego conducirá a deses-

timar la acción constitucional incoada, siendo de advertir que la pretensión hecha valer hace indispensable la dictación de normas legales que son de iniciativa exclusiva de los órganos colegisladores, todo ello sin perjuicio del derecho de los actores para instar ante la, o las autoridades competentes para que se provea de la regulación que, de acuerdo a lo expuesto, requieren.

La sentencia fue dictada por la Tercera Sala integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz, Sra. Rosa Egnem, Sra. María Eugenia Sandoval, Sr. Jorge Dahm y Sr. Arturo Prado y con el voto en contra de los Ministro Sr. Sergio Muñoz y del Ministro Sr. Jorge Dahm, quienes estaban por acoger el recurso de protección por considerar que el actuar del SERVEL y de Gendarmería contraviene normas internas e internacionales.

En el voto de minoría los ministros disidentes recurren a los mismos argumentos que meses atrás constituían el voto de mayoría de la Corte, con una sala integrada en su mayoría por ministros suplentes, a saber, la habilitación contenida en el artículo 58 de la Ley N° 18.700 que contempla la posibilidad de forma expresa de que el SERVEL determine los locales de votación; lo establecido en los artículos 2 y 25 del D.S N° 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que contempla la conservación de la condición jurídica de una persona en libertad; las obligaciones internacionales del Estado de Chile contenidas en el artículo 25 del PIDCP y artículo 23 de la CADH; así como la norma dispuesta en la Constitución Política en su artículo 1 que asegura a las personas el derecho a participar con igualdad de oportunidades.

En este mismo sentido y términos casi idénticos se ha pronunciado el máximo tribunal en las siguientes causas:

- a) Rol N° 40.179-2017, sentencia con fecha 6 de noviembre de 2017, conociendo de apelación de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena, confirmando la sentencia que rechazaba el recurso de protección, siendo disidentes Ministro Sr. Muñoz y Ministro Sr. Cerda.

b) Rol N° 40.190-2017 y Rol N° 40.191-2017, ambas sentencias con fecha 6 de noviembre de 2017 conociendo de apelación de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, revocando la sentencia que acogía el recurso de protección, siendo disidentes Ministro Sr. Muñoz y Ministro Sr. Cerda.

c) Rol N° 40.318-2017, sentencia con fecha 6 de noviembre de 2017, conociendo de apelación de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, revocando la sentencia que acogía el recurso de protección, siendo disidentes Ministro Sr. Muñoz y Ministro Sr. Cerda.

d) Rol N° 40.816-2017, sentencia con fecha 6 de noviembre de 2017, conociendo de apelación de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, revocando la sentencia que acogía el recurso de protección, siendo disidentes Ministro Sr. Muñoz y Ministro Sr. Cerda.

Cabe señalar que, a la fecha, las medidas dispuestas por la Corte Suprema en los casos en que la acción de protección fue acogida no han sido cumplidas por el Servicio Electoral ni por Gendarmería de Chile.

IV. CONCLUSIONES

La participación en la comunidad posibilitada en el ejercicio del derecho de sufragio debe ser una participación amplia, sin exclusiones o discriminaciones, de modo que todos sean parte de la deliberación en el espacio de lo público y del diálogo, considerando no solo la libertad negativa, sino que también la positiva, consistente en la autonomía para adoptar decisiones que nos obligan a todos⁴, participar en la formación de la voluntad estatal (Kelsen), envolviendo por tanto un interés privado y un interés público.

⁴ ZÚÑIGA, Francisco, “Derecho de sufragio: la debatida cuestión de su obligatoriedad”, en *Estudios constitucionales*, 2009, vol. 7, N°1.

Desde la mirada del principio democrático, la amplia participación política y el sufragio universal emergen como la piedra angular de la democracia constitucional, haciendo efectiva la igualdad política de los miembros de una comunidad (Böckenförde).⁵

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos humanos señala en la sentencia del caso *Yatama vs. Nicaragua* que “Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos 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 ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán”.⁶

Concordamos en la improcedencia de establecer diferencias en el ejercicio efectivo del derecho a sufragio cuando éstas no están expresamente reguladas en la ley, así como en las diferencias que existen respecto de los estándares internacionales dictados en la práctica nacional. Sin embargo, las medidas que deben adoptarse para garantizar que las personas que han sido condenadas por penas no aflictivas (o que han sido imputadas y pasibles de medidas cautelares privativas de libertad) y que se encuentran habilitadas para sufragar no pueden ser ordenadas en sede jurisdiccional si no hay base normativa que la sustente, sino que se trata de una decisión política y una reforma que debe adoptarse por el legislador, con todas las variables prácticas y jurídicas que ello implica.

Como democracia debemos tender hacia la más amplia participación de las personas en igualdad de condiciones, más aún cuando es la propia Constitución la que les reconoce el derecho a sufragio, de lo contrario, el castigar o imputar penalmente a una persona (ciudadano) sin concederle voz para participar en la decisión de la comunidad, incluidas aquellas que dicen relación sobre

⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, trad. Rafael Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, pp. 83-92.

⁶ Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 198.

los tipos penales y sus sanciones⁷, como ciudadano que es capaz de participar en la vida pública como destinatario de una norma⁸ distan del ideal de democracia al que aspiramos.

Debemos recordar las palabras de Carré de Malberg, quien señala que:

Cuando se formula el problema del derecho electoral en el terreno de la teoría general del Estado, hay que reconocer que: 1º Los ciudadanos, como tales, no pueden tener parte en el ejercicio de la soberanía sino en virtud de la Constitución. Así, cuando el elector acude a votar, no lo hace como miembro del cuerpo nacional que por tal motivo tiene un derecho preexistente a la ley del Estado, sino que vota en virtud de una vocación que descende de la Constitución, y por consiguiente en virtud de un título otorgado y derivado. Y en este sentido, el derecho de sufragio no es un derecho individual, ni tampoco cívico, sino una función constitucional. 2º Por los mismos motivos, el derecho de elección no es, para el ciudadano, el ejercicio de un poder propio, sino el ejercicio del poder de la colectividad. Y también en esto aparece como una función estatal. El ciudadano, al votar, no actúa por su cuenta particular, como persona distinta del Estado o anterior al Estado, sino que ejerce una actividad estatal en nombre y por cuenta del Estado. Así es como, en la democracia directa, el cuerpo de ciudadanos ejerce su potestad estatutaria como órgano supremo del Estado, no constituyendo más que una sola y misma persona con este último (...). Igualmente, en la democracia llamada representativa –suponiendo que el régimen electoral se conciba como un medio de hacer depender la voluntad de los elegidos de la del cuerpo electoral– no debe considerarse por ello a éste como dotado con respecto al Estado de una personalidad o soberanía especiales, sino como formando un órgano estatutario

⁷ MARSHALL, P., “La persecución penal como exclusión política”, en Muñoz, F. (ed.) *Derecho, Igualdad e Inclusión*, LOM Editores, Santiago, 2013, pp. 69-91

⁸ MAÑALICH, Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 6, 2005, p. 66.

de la persona Estado, por la cual tiene el encargo de querer de una manera inicial. 3º Finalmente, del hecho de que el elector no tiene poder propio, sino únicamente una competencia constitucional, resulta que sólo puede ejercer esta competencia dentro de los límites bajo las condiciones que la misma Constitución ha determinado.⁹

En tanto no exista una modificación legal que disponga expresamente de las medidas para que las personas privadas de libertad que se encuentran cumpliendo condena de pena no aflictiva o que se encuentren en prisión preventiva, el Servicio Electoral ni Gendarmería se encuentran imposibilitados de coordinar recursos y adoptar aquellas soluciones que han sido ordenadas por el tribunal supremo. Mientras tanto Gobierno y Congreso Nacional están en mora legislativa para hacer posible el ejercicio efectivo del derecho de sufragio de condenados y privados de libertad que conserven el derecho de sufragio y/o la ciudadanía.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. Rafael Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.
- CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, trad. de J. Lión Depetre, México, FCE, 1948.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 6, 2005,
- MARSHALL, P. “La persecución penal como exclusión política”, en Muñoz, F. (ed.) *Derecho, Igualdad e Inclusión*, Santiago, LOM Editores, 2013.

⁹ Cfr. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, trad. de J. Lión Depetre, México, FCE, 1948, pp. 1114-1115.

- STIPPEL, Jörg, “El derecho de voto de las personas privadas de libertad en Chile: antecedentes de una exclusión antidemocrática” en *Revista Derecho Penitenciario*, Santiago, núm. 2, Centro de Estudios Penales y Penitenciarios de la Universidad Mayor, 2012.
- ZÚÑIGA, Francisco, “Derecho de sufragio: la debatida cuestión de su obligatoriedad”, *Estudios constitucionales*, núm. 1, vol.7, 2009,
- Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN
Y JURISPRUDENCIA

ANALYSIS OF LEGISLATION
AND JURISPRUDENCE

