

SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO POR ACUSACIÓN PENAL. VULNERACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA¹

SUSPENSION OF THE RIGHT TO VOTE BECAUSE OF CRIMINAL ACCUSATION.
CONSTITUTIONAL VIOLATION OF PRESUMPTION OF INNOCENCE

IGNACIO BARRIENTOS PARDO*
Universidad Católica del Norte (Chile)
ibarrientos@ucn.cl

RESUMEN: De acuerdo con los estudios comparativos Chile está ubicado en la categoría de los países más restrictivos en relación con el ejercicio del derecho de sufragio de las personas condenadas². La pérdida de este derecho por los condenados, sin perjuicio de lo cuestionable que pueda ser considerando las razones que se esgrimen, los objetivos que persigue y los medios empleados, puede encontrar apoyo social y pocos obstáculos constitucionales. Sin embargo, la existencia de una norma constitucional que suspende el derecho de sufragio de quienes, sin estar aún condenados, son acusados penalmente resulta una medida estatal desproporcionada. Más grave es aún la falta absoluta de regulación que opere el derecho de sufragio de quienes, estando solamente formalizados³, están privados de libertad durante la investigación. Este trabajo intenta solamente, empleando normas constitucionales e internacionales, entregar razones para cuestionar la existencia del art. 16.2 de nuestra Constitución.

ABSTRACT: According to some comparative studies, Chile is one the most severe countries regarding political rights of convicted people. The forfeit of this rights of condemned people –even though its rationale and means can be strongly criticized– may be socially supported and face few constitutional hurdles. However, the existence of a constitutional rule which ban the vote of people who are not con-

¹ Artículo presentado el 5 de mayo de 2011 y aprobado el 5 de agosto de 2011.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso. Asesor Jurídico de la Defensoría Regional de Antofagasta. Diploma de Estudios Avanzados, Programa de Doctorado Derechos Fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid.

Agradezco al profesor Manuel Núñez Poblete, Director de la Escuela de Derecho de la UCN-Antofagasta, por las interesantes sugerencias efectuadas en el curso de la elaboración de este trabajo y por el material jurisprudencial proporcionado.

² ROTTINGHAUS (2003), pp. 20-25.

³ La formalización está definida, en el art. 229 del Código Procesal Penal, como “la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”. La acusación es una actuación del fiscal posterior a la formalización cuando, cerrada la investigación, aquél estima que existen antecedentes serios para proseguir con el proceso penal contra el imputado.

demned but are criminally accused, implies a disproportionate measure. It is even more preoccupant the absolute inexistence of legal and technical devices to allow the vote of arrested suspects. This paper criticizes the article 16.2 of the Chilean Constitution from the perspective of other constitutional rules and principles of international human rights law.

KEY WORDS: Democracy, suspension of the right to vote, presumption of innocence.

PALABRAS CLAVE: Democracia, suspensión de derecho sufragio, presunción de inocencia.

INTRODUCCIÓN

Las elecciones municipales de 2008 suscitaron en mí, por el conocimiento indirecto que tuve de algunos casos, la necesidad de dar nuevamente una mirada a la regulación constitucional y legal del régimen aplicable al derecho de sufragio. Como se sabe este derecho es concebido en dos modalidades: una activa, que implica la posibilidad de concurrir con su ejercicio en la selección de los representantes a cargos de elección popular (derecho a elegir), y una pasiva, que consiste en la oportunidad que le asiste a todo ciudadano de ser elegido para esos cargos públicos, ofreciendo para ello su propuesta al resto de electores (derecho a ser electo).

El art. 16.2 de la Constitución Política (en adelante CPR) señala como causal de suspensión del derecho de sufragio el hallarse acusado por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista. Varias normas de la propia Constitución establecen entre los requisitos para optar a cargos de elección popular el ser ciudadano con derecho a sufragio (por ejemplo, los arts. 25, 48 y 50). Idéntica exigencia contienen, para ser candidato a alcalde o concejal, los arts. 57 y 73 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (en adelante LOCM).

En el año 2008 varios candidatos a alcaldes y concejales estaban acusados, al momento de vencerse el plazo de inscripción de candidaturas, por delitos tales como fraude al fisco, malversación de caudales públicos u otros. Era el caso de Antofagasta y Llanquihue. En el primero, el alcalde en ejercicio fue acusado por el delito de fraude al Fisco con fecha 24 de julio de 2008 y desde ese momento no sólo quedó suspendido de su cargo sino estaba impedido de repostularse. Presentada su candidatura ésta fue rechazada por el Servicio Electoral de la Región de Antofagasta, por carecer de los requisitos habilitantes para postular. Su defensa agotó, sin éxito, cada una de las posibilidades de reclamación⁴. Todas las instancias

⁴ El fallo del Tribunal Electoral Regional de Antofagasta que rechazó la reclamación del Alcalde Daniel Adaro, se dictó el 19 de agosto de 2008 (Rol N° 02-2008). A su vez, el fallo confirmatorio del Tribunal Calificador de Elecciones se dictó el día 11 de septiembre de 2008 (Rol N° 83-2008). En el intertanto, el 5 de septiembre de 2008 se requirió la inaplicabilidad del art. 61 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitu-

que se pronunciaron sobre el fondo de la cuestión planteada se fundaron en la vigencia y validez del art. 73 de la LOCM en relación con el art. 16.2 de la CPR. El 4 de abril de 2010 el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, por mayoría de votos, condenó al ex-edil, encontrándose a la fecha pendiente un recurso de nulidad presentado por su defensa⁵. En el caso del ex-alcalde de Llanquihue este fue acusado por el delito de fraude al fisco y malversación de causales públicos, su defensa recurrió a todas instancias judiciales especiales para obtener que no fuese inhabilitado. Finalmente, el requerimiento de inaplicabilidad presentado por su defensa fue rechazado. En el juicio oral el ex-alcalde fue absuelto⁶.

Más allá de las simpatías o antipatías que puedan generar determinadas candidaturas la cuestión de la que quiero ocuparme en este momento es más amplia que las particulares situaciones enunciadas a título ilustrativo. Se puede expresar en los siguientes términos: ¿Basta una acusación penal para impedir que una persona participe en un acto electoral, sea como candidato o como elector? ¿No significa acaso la suspensión del derecho de sufragio por la sola formulación de una acusación penal un quiebre al derecho a ser considerado y tratado como inocente hasta que no medie una declaración firme de culpabilidad?

Desde hace varios años el art. 16.2 viene siendo criticado sin mucho éxito⁷. Hasta hoy la única respuesta del Tribunal Constitucional sobre la cuestión que origina este trabajo carece, en mi opinión, de fundamentación suficiente, evade el centro de la discusión y da cuenta de un notable “desconocimiento” u “omisión”

cional de Municipalidades. El requerimiento fue declarado inadmisible por el Tribunal Constitucional (Rol N° 1225-2008-INA).

⁵ La causa que se sigue contra Daniel Adaro es la RUC 0600635930-0, RIT N° 196-08 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta. El juicio oral se realizó entre los días 8 y 25 de marzo de 2010. El tribunal condenó, por mayoría, al ex alcalde a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, a 7 años y 1 día de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio público de alcalde en su grado máximo, al pago de una multa ascendente al 10% del perjuicio causado, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito reiterado de fraude al Fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal. El recurso de nulidad invocó, entre otras, la causal del art. 373 letra a) del CPP, por lo que su conocimiento corresponde a la Corte Suprema.

⁶ En causa RUC 0500426356-3, RIT 44-2009 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt 2009 se dictó sentencia absolutoria el 25 de agosto de 2009. La resolución de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que rechazó los recursos de nulidad es de 10 de octubre de 2009 (Rol de ingreso N° 185-2009). Mis agradecimientos al abogado de la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional de Los Lagos Germán Echeverría por proporcionarme los textos de ambas resoluciones. Sobre este caso se profundiza en la sección: 5. *El fallo del Tribunal Constitucional. Argumentos débiles e inaplicación de la normativa internacional.*

⁷ Sobre las críticas a este precepto se ahonda en la sección: 4. *La constatación de la tensión entre la suspensión del derecho a sufragio y la presunción de inocencia en la Constitución chilena.*

de las normas internacionales aplicables. Me parece que es hora que renovemos la crítica concreta para lograr su expulsión de nuestro sistema jurídico. Mi propósito en las líneas que siguen será aportar con algunos nuevos argumentos que permitan alcanzar ese objetivo.

El plan de este trabajo será el siguiente: (1) formular, a partir de la importancia de la participación política en un sistema democrático, la exigencia que cualquiera restricción de los derechos políticos esté racionalmente justificada; (2) exponer las razones que se plantean para justificar la exclusión del derecho a sufragio de los condenados y, a partir de esas razones, afirmar que la exclusión de los no condenados es injusta; (3) argumentar a favor del carácter constitucional de la presunción de inocencia y de su amplia aplicación; (4) evidenciar la tensión entre la suspensión del derecho de sufragio y la presunción de inocencia en la Constitución chilena; (5) presentar y criticar los fundamentos del fallo del Tribunal Constitucional que rechaza un requerimiento de inaplicabilidad del art. 61 de la Ley N° 18.695; (6) reseñar las experiencias de Derecho Comparado en lo concerniente a los derechos políticos de condenados y presos; (7) argumentar en relación a las consecuencias punitivas de la suspensión del derecho de sufragio, y también sobre su legitimidad y proporcionalidad; (8) responder a la pregunta de si el Estado chileno tiene o no un margen de apreciación para afectar el derecho a sufragio sin la existencia de condena, y (9) proponer soluciones a la vulneración o inconsistencia constitucional denunciada.

1. DERECHOS POLÍTICOS. EL SENTIDO DE LA DEMOCRACIA

La mayoría de los organismos internacionales sostienen que el derecho a sufragio universal, libre e igualitario, es un componente clave de una sociedad democrática⁸. Se ha dicho que en las democracias representativas el derecho a sufragio puede ser considerado uno de los derechos más importantes, pues permite preservar los demás derechos civiles y políticos, por lo que cualquiera restricción del derecho de los ciudadanos a sufragar debe ser cuidadosa y meticulosamente escrutada⁹.

⁸ Por muchos se puede consultar: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso 11.863 “*Andrés Aylwin Azócar y otros vs. Chile*”. Informe N° 137/99, 27 de diciembre de 1999, y COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso 11.204 “*Statehood Solidarity Committee vs. Estados Unidos*”. Informe N° 98/03, 29 de diciembre de 2003.

⁹ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS: Caso “*Reynolds v. Sims*” (1964). 377 US. 533.

De la afirmación contenida en el art. 4º de la CPR –Chile es una república democrática–, deben extraerse consecuencias para la extensión y vigencia de los derechos políticos en general y, entre estos, del derecho a sufragio. Lo anterior se ve reforzado, en primer lugar, por la declaración constitucional que es deber del Estado a asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidad en la vida nacional y, en segundo término, por constituir las elecciones democráticas la principal forma de ejercicio de la soberanía popular.

Las normas que expresan que Chile es una república democrática y que la soberanía reside en la nación deben entenderse, en armonía con otras disposiciones constitucionales e internacionales, como una alusión directa a la existencia de una democracia representativa, que requiere para su funcionamiento de un cuerpo electoral compuesto por la mayor cantidad de personas que cumplan los requisitos habilitantes para ser ciudadanos, reduciéndose al máximo las restricciones y limitaciones de los derechos políticos. No cabe duda que el principio democrático, formulado expresamente en los arts. 4º y 5º de la Constitución, es un criterio válido para la correcta inteligencia de la norma cuestionada. De esta forma lo entiende Manuel Aragón cuando señala que “la declaración que en todas las constituciones latinoamericanas se contiene, de que la soberanía radica en el pueblo (o en la nación), se hace realidad en la medida en que está garantizado el derecho de sufragio, único instrumento mediante el cual se asegura verazmente (esto es, jurídicamente) la emisión de la voluntad popular”¹⁰.

Jurisprudencialmente se ha destacado el doble carácter del derecho a sufragio. Por un lado, es un mecanismo jurídico-político mediante el cual los ciudadanos ejercen el derecho reconocido por el ordenamiento a participar en la determinación de la orientación política general del Estado, a través de la designación de sus representantes o mediante la votación de aquellas propuestas que le sean sometidas. En otras palabras, es el instrumento por el cual el ciudadano selecciona a aquellos otros ciudadanos para que lo representen en los cargos populares necesarios para la conducción de los asuntos del país. Por otra, en forma complementaria, el derecho a sufragio es un derecho fundamental de naturaleza política, que tienen los ciudadanos para participar activamente en los asuntos públicos, ya sea en forma directa o por medio de representantes¹¹.

¹⁰ ARAGÓN (2007), p. 175.

¹¹ En el Fallo “*Alianza Frente para la Unidad*” la Corte Suprema argentina sostuvo que: “8º) 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,

Específicamente en relación con la importancia de la democracia representativa para la realización y protección efectiva de los derechos humanos, la Comisión Interamericana sostiene que:

“La participación de los ciudadanos en el gobierno, protegida por el artículo XX de la Declaración¹² (cuyo contenido es similar al artículo 23 de la Convención), forma la base y el respaldo de la democracia, que sin esa participación no puede existir; porque el derecho a gobernar reside en el pueblo, único órgano facultado para decidir su propio destino inmediato y futuro y para designar a sus representantes legítimos.

Ninguna forma de vida política, ni el cambio institucional, ni la planificación para el desarrollo o el control de quienes ejercen el poder público pueden efectuarse sin el gobierno representativo.

[. . .]

El derecho a la participación política deja margen para una amplia variedad de formas de gobierno, existen muchas alternativas constitucionales en cuanto al grado de centralización de los poderes del Estado o la elección y atribuciones de los órganos responsables del ejercicio de esos poderes, pero el marco democrático es un elemento esencial para el establecimiento de una sociedad política en que se puedan realizar plenamente los valores humanos”¹³.

Por su parte, la Corte Suprema argentina sostuvo en 2001 que

“9º) Que el sufragio universal hace a la substancia del Estado constitucional contemporáneo. Todo otro sistema electoral niega la igualdad de los ciudadanos y, a diferencia del sufragio restringido, que clausura el acceso al poder al pueblo, su función es hacer posible el gobierno del pueblo o de una de sus mayorías, aproximando el ideal democrático a la realidad de la vida.[...] El derecho a votar libremente por un candidato de su propia elección—como lo ha decidido la Suprema Corte de los Estados Unidos de América— es de la esencia de una sociedad democrática y toda restricción de ese derecho golpea el corazón del gobierno representativo”¹⁴.

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”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA: Caso *“Alianza Frente para la Unidad”*. Voto de los jueces Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez, pp. 14-15.

¹² Declaración Americana de Derechos Humanos, aprobada en Bogotá el año 1948 en la IX Conferencia Internacional Americana.

¹³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003) Caso 11.204, párrafo 85.

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA, Caso *“Alianza Frente para la Unidad”*. Voto de los jueces Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez, p. 15.

Es evidente que el derecho a sufragio es el más importante de los derechos de la ciudadanía, en la medida que sin el derecho de sufragio no hay democracia –y, que, por cierto, sólo tiene el carácter de verdaderamente democrático cuando es universal–, pues sirve como medio para formalizar la representación política y cumple una función de legitimación y de limitación del poder político¹⁵.

Teniendo en cuenta la esencialidad del sufragio para la democracia, la Comisión Interamericana, siguiendo de cerca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH)¹⁶, ha sentado varios criterios que le permiten evaluar las restricciones o limitaciones al derecho a sufragio. En primer lugar, señala que todo tratamiento diferencial en el otorgamiento de este derecho requiere una justificación suficiente, objetiva y razonable para alcanzar la finalidad deseada por el Estado. En segundo término, que toda restricción, limitación o discriminación, además de ser razonable, debe perseguir un fin estatal legítimo. En tercer lugar, que las restricciones o limitaciones al derecho a la participación en el gobierno deben estar justificadas por su necesidad en el contexto de la sociedad democrática, delimitadas por los medios, motivos, razonabilidad y proporcionalidad (*rational test*)¹⁷.

2. EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO DE LOS CRIMINALES CONDENADOS. ARGUMENTOS EN SU FAVOR

Para justificar la exclusión del derecho de sufragio de los condenados por sentencia ejecutoriada se emplean varios argumentos. A continuación, sin ánimo exhaustivo pero sí instrumental, enunciaré los principales argumentos.

El primero de esos argumentos se funda en “*la relación entre el respeto a la comunidad y la participación política*”. Se señala que es legítimo que una sociedad limite temporalmente el voto de las personas que han demostrado una gran falta de respeto hacia la comunidad y a la autoridad de la ley cometiendo crímenes, sobre la base que la responsabilidad cívica es requisito para la participación democrática. Se dice, además, que esto refuerza la importancia de la relación entre los individuos y su comunidad al momento del ejercicio del sufragio.

Un matiz del argumento precedente está dado por aquel que se hace cargo de la *finalidad preventiva de la exclusión*. Así se dice que la privación del derecho

¹⁵ ARAGÓN (2007), pp. 162-177.

¹⁶ Especialmente lo resuelto por el TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso “*Mathieu-Mohin y Clerfayt*”. Series A N° 113. Sentencia 28 de enero de 1987.

¹⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999). Caso 11.863, párrafo 102. Y (2003) Caso 11.204, párrafo 90.

a sufragio respecto de criminales que han cometido ofensas graves no sólo sirve para reforzar la relación entre individuo y comunidad, sino que también para entregar un mensaje tanto a la comunidad como a los delincuentes que la actividad criminal no será tolerada por la comunidad. Desde el punto de vista de la *finalidad preventiva*, la comisión de crímenes da lugar a una suspensión temporal de la conexión entre individuo y comunidad, lo que, por un lado, se traduce físicamente en el encarcelamiento y, por otro, en el nivel de lo simbólico, en la privación o restricción de una gama de derechos normalmente ejercidos por los ciudadanos y, especialmente, en la privación temporal del derecho a sufragio. La dimensión simbólica es, así, otra manifestación de desaprobación de la comunidad hacia las conductas criminales¹⁸.

Un tercer argumento es el *contractualista*. Desde esta posición se expresa que la negación de los derechos civiles es una consecuencia al castigo de los criminales que han roto “el contrato social” del que derivan las normas de la comunidad política. Los que infringen este contrato son considerados indignos de la participación política y, por lo tanto, son excluidos del proceso democrático. En consecuencia, sólo los ciudadanos tienen el derecho a voto, y no es razonable considerar como ciudadanos a los criminales.¹⁹

Este argumento recurre a autores clásicos como Thomas Hobbes²⁰ y Jean-Jacques Rousseau²¹. Por ejemplo, Rousseau expresa que quien ataca las normas legales cometiendo crímenes se transforma en un rebelde y un traidor frente a su comunidad, por lo que deja de ser uno de sus miembros y agrega –en lo que es importante para este trabajo– que el procedimiento y el fallo constituyen la prueba que ha infringido el pacto social y que, consecuentemente, no es ya un miembro del Estado.

¹⁸ En ROTTINGHAUS (2003), se pueden encontrar argumentos en pro y en contra del derecho de sufragio de los condenados, pp. 4-9. Lo mismo ocurre en MORGAN-FOSTER (2006), p. 279.

¹⁹ ROTTINGHAUS (2003), p. 6. Ver: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2009). Rol N° 1.328-2009, *Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 239 del Código Penal. Requirente Daniel Adaro Silva*. Considerando decimoséptimo. En el considerando indicado se afirma que: “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”.

²⁰ HOBBS (2003), p. 257. Hobbes señala que “En cuanto a los castigos establecidos en la ley, son para los súbditos, no para los enemigos, y han de considerarse como tales quienes, habiendo sido súbditos por sus propios actos, al rebelarse deliberadamente niegan el poder soberano”.

²¹ ROUSSEAU (1999), p. 80.

Pero no sólo los contractualistas estarían por apoyar la exclusión del derecho a sufragio, sino que también utilitaristas y liberales como John Stuart Mill, quien pese a argumentar en varias de sus obras por la extensión del sufragio, sostiene que con el objetivo de reforzar el carácter moral del ejercicio del sufragio, puede ser conveniente que en el caso de los crímenes que evidencien un alto grado de insensibilidad a la obligación social, la privación de aquel y de otros derechos civiles debería formar parte de la sentencia²².

Por el contrario, quienes abogan por la extensión del derecho a sufragio a los condenados señalan que la cárcel es un castigo que supone sólo la separación o exclusión física, y no un mecanismo para privar permanentemente del derecho a voto a los individuos²³. Se insiste que las prisiones son construidas para rehabilitar a ciudadanos, y que la negación de los derechos civiles durante y después del cumplimiento de la condena no hacen sino alejar el logro de los fines rehabilitadores de la pena²⁴.

La exclusión del derecho a sufragio de los condenados es, como queda de manifiesto al consultar la jurisprudencia comparada, una cuestión altamente discutida²⁵. No obstante, existen señales en el ámbito internacional que la privación o limitación temporal del derecho a votar y ser elegido puede establecerse en los ordenamientos nacionales siempre que se base en una sentencia condenatoria en materia penal (*criminal conviction*) que se refiera a una ofensa grave. Así lo estipula el Código de Buenas Prácticas en Materias Electorales de la Comisión Europea para la Democracia (Comisión de Venecia, 2002)²⁶. Asimismo, el art. 23.2 de la

²² MILL (1977), p. 30. El texto completo del párrafo, que por cierto corresponde a la cita al pie de la página 30 de *Thoughts On Parliamentary Reform 1859* es la siguiente: “Paso por alto la cuestión de si las personas dementes o condenadas por delito, deben constituir una excepción a esta regla general. En la medida que la influencia directa de sus votos probablemente sea mínima apenas valdría la pena excluirlos. Sin embargo, con el objetivo de reforzar el carácter moral del ejercicio del sufragio, puede ser conveniente que en el caso de los crímenes que evidencien un alto grado de insensibilidad a la obligación social, la privación de aquel y de otros derechos civiles debería formar parte de la sentencia”. (Traducción del autor) Me parece que esta idea está presente en los países que parcialmente excluyen a los condenados del derecho a votar y a postular a cargos públicos de elección popular.

²³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos el año 2005 sostuvo que los condenados en general continúan disfrutando de todos los derechos y libertades fundamentales garantizados por la Convención, salvo el derecho a la libertad ambulatoria. Ver: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2005). Caso “*Hirst v. United Kingdom* Nº 2”.

²⁴ ROTTINGHAUS (2003), p. 5.

²⁵ Ver citas a pie de página N°s. 67 a 75.

²⁶ Consultar: EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission) (2002), “Principles of Europe’s Electoral Heritage”, p. 5.

Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) establece que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos, entre ellos el de sufragio, “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o *condena, por juez competente en proceso penal*” (cursivas mías). Conviene tener en cuenta que la CADH es probablemente el único instrumento internacional que en forma expresa contempla la posibilidad que los estados puedan restringir los derechos de participación política, entre otros factores, por la imposición de una condena penal²⁷.

Sostuve más arriba que el señalamiento de los argumentos en *pro* de la exclusión del derecho a sufragio de los criminales condenados tenía una finalidad instrumental. Ahora corresponde que lo explique. Todos los autores citados o mencionados coinciden que, para justificar la privación del derecho a sufragio, debe haberse determinado la culpabilidad a través de la emisión de una sentencia judicial. Thomas HOBBS afirmaba rotundamente que “el mal infligido por la autoridad pública, sin pública condena precedente, no puede señalarse con el nombre de pena, sino de acto hostil, puesto que el hecho en virtud del cual un hombre es castigado debe ser primeramente juzgado por la autoridad pública, para ser una transgresión de la ley”²⁸.

Asimismo, no hay ningún instrumento internacional que afirme o que permita inferir que antes de la emisión de la condena pueda restringirse o limitarse el derecho de los imputados a participar en el proceso político de sus respectivos países. La Observación General N° 25 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 12 de julio 1996, señaló explícitamente que:

*“...los Estados deben indicar y explicar las disposiciones legislativas, en virtud de las cuales se puede privar del derecho a voto a sus 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 guardar debida proporción con el delito y la condena. A las personas a quienes se prive de libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar”*²⁹.

En el caso de la CADH, existe una norma, el art. 29 sobre interpretación de la convención, que señala que ninguna de sus disposiciones puede ser interpre-

²⁷ ROTTINGHAUS (2003), p. 12. En este estudio, en la página indicada, el autor asevera que la última frase del numeral 2 del art. 23 de la CADH abre la puerta para la exclusión de quienes han sido condenados, pero no especifica si los individuos pueden votar mientras están detenidos, en prisión o una vez que han cumplido la condena.

²⁸ HOBBS (2003), p. 255.

²⁹ Ver: RUEDA CASTAÑÓN (1997), p. 336.

tada en el sentido que se permite suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos o *limitarlos en mayor medida de la prevista en ella*. A la luz del art. 23.2 y del art. 29 ningún Estado puede, a nuestro juicio, sin vulnerar estos preceptos, asimilar la situación de personas formalizadas o acusadas a la de quienes han sido condenadas.

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es, según el profesor Humberto Nogueira Alcalá, 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 adquiera 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”³⁰.

Julio B. Maier, refiriéndose a la normativa constitucional del país trasandino, asevera que: “La ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y lo someta a una pena”³¹.

El Procurador General de la Corte Suprema argentina, en su dictamen en el caso conocido como “Mignone” sostuvo que, por el principio de inocencia, todo ciudadano goza de sus derechos, en la medida que no exista una condena judicial y las restricciones que se impongan a su pleno ejercicio sólo pueden tener como objetivo asegurar el cumplimiento del fin estatal de determinar la existencia del delito y hacer responsable a su autor. Por ello, toda restricción que supere la propia necesidad del proceso, resulta un avasallamiento innecesario e injustificable de los derechos del particular y, fundamentalmente, un ataque a su estado de inocencia³².

Si bien no existe en nuestra Constitución, a diferencia de otros textos constitucionales, una disposición que expresamente consagre la presunción de inocencia, se

³⁰ NOGUEIRA ALCALÁ (2007a), p. 129.

³¹ MAIER (2002), p. 490.

³² PROCURADORÍA GENERAL DE LA NACIÓN ARGENTINA (2002). Dictamen “Mignone, Emilio F”.

estima que forma parte inescindible del debido proceso, que sí encuentra explícito reconocimiento en nuestro texto fundamental. Además, según algunos autores, la presunción de inocencia integra el bloque de constitucionalidad a través de la cláusula de apertura al derecho internacional contemplada en el art. 5º inciso 2º de la CPR. Sin perjuicio de la discusión sobre la existencia de un bloque de constitucionalidad³³, no puede obviarse que el art. 5º constitucional permite entender que determinados derechos deben ser interpretados, sino “rellenados”, con el concurso de normas internacionales. En el caso analizado, cumplen dicha función hermenéutica o de complementación los artículos 8.2 de la CADH y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP). Con todo la argumentación sobre la vulneración constitucional de la presunción de inocencia no depende de la existencia de un bloque de constitucionalidad ni de la integración a este bloque de los tratados internacionales, sino que de la existencia y operatividad de unas determinadas normas internacionales que voluntariamente el Estado chileno ha incorporado al ordenamiento interno y que como tales está obligado a aplicar, so pena de incurrir en responsabilidad internacional³⁴.

La constitucionalización del derecho a la presunción es una tendencia que se aprecia en varios países. En Francia, la presunción de inocencia integra lo que Luis Favoreu llama “normas cuyo valor constitucional ha sido confirmado”.³⁵ La

³³ Para argumentos en contra de la existencia del bloque de constitucionalidad de derechos, ver: ZÚÑIGA URBINA (2006), p. 427. También: RIBERA NEUMANN (2007), pp. 97-99. En España se ha manifestado expresamente en contra de la integración de los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad, REQUEJO PAGÉS (1992), pp. 61-65. Uno de los más grandes defensores de la supraconstitucionalidad, que sirve de apoyo a la idea del bloque de constitucionalidad, es el profesor francés Luis Favoreu, v.gr. FAVOREU (1994), pp. 107-116. En Chile adhieren a la idea de un bloque de constitucionalidad de derechos integrado por normas internacionales: NOGUEIRA ALCALÁ (2004), pp. 123-158, y (2007), pp. 457-466; PRECHT PIZARRO (2003), pp. 255-262; PFEFFER URQUIAGA (2003); CEA EGAÑA (2005), pp. 107-114; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2010), pp. 440-441. Al alero de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia se ha analizado el concepto de bloque de constitucionalidad, v. gr.: OLANO GARCÍA (2005), pp. 231-242; REY CANTOR (2006), pp. 299-334.

³⁴ Juan Luis Requejo Pagés es un buen ejemplo de un autor que rechaza la integración de los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad pero que acepta la aplicabilidad preferente de los tratados internacionales. Su rechazo a la integración al bloque de constitucionalidad se debe a que “de este sólo pueden formar parte aquellas normas que, de algún modo, condicionen la validez de otras normas”, lo que no ocurre con las normas internacionales, pues éstas no condicionan la validez de las normas internas, que son siempre válidas si respetan las condiciones constitucionalmente impuestas a su existencia. Otra cuestión es la aplicabilidad preferente de la norma internacional cuando entra en contradicción con una norma interna, por aplicación de los principios de buena y *pacta sunt servanda*. REQUEJO PAGÉS (1992), pp. 61-65.

³⁵ FAVOREU (1999), pp. 301-305.

Constitución española en el art. 24.2 la considera un derecho fundamental³⁶. En Perú y México ocurre lo mismo³⁷. A esa tendencia no escapa nuestro país. No existe en la doctrina procesal chilena discusión sobre dicho carácter³⁸. Se ha intentado fundar el carácter constitucional de la presunción de inocencia en el art. 19 N° 3 inciso 6° de la CPR, siguiendo con ello a parte de la doctrina constitucional, entre otros a Enrique Evans de la Cuadra³⁹. No obstante, adoptando el criterio de la Corte Interamericana en “Herrera Ulloa contra Costa Rica”, creo que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho de defensa⁴⁰. Este derecho no sólo tiene en nuestro sistema una expresa consagración en el art. 19 N° 3 inciso 2° de la CPR, sino que dimana de la cláusula del debido proceso. En este último sentido se pronuncia explícitamente Alejandro Silva Bascuñán, mientras que José Luis Cea Egaña y Humberto Nogueira Alcalá sustentan su vigencia en la cláusula del art. 5° inciso 2°⁴¹. Por último, el carácter constitucional de la presunción de inocencia ha sido corroborado incluso por la Corte Suprema en fallo de 2008⁴².

³⁶ MONTAÑÉS PARDO (1999), pp. 34-35.

³⁷ BENAVENTE CHORRES (2009), pp. 59-86.

³⁸ Ver, por ejemplo: HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE (2002), p. 78, quienes si bien admiten que el principio de inocencia no aparece como tal consagrado en el texto de la CPR, señalan que el derecho a la presunción de inocencia tiene rango constitucional por el hecho de estar incorporada en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes; MATURANA MIQUEL y MONTERO LÓPEZ (2010), p. 142, reconocen que la CPR no consagra expresamente el principio de de inocencia, pero simultáneamente afirman que constituye, su respeto y promoción, un deber del Estado, por lo establecido en el art. 5° inciso 2°; TAVOLARI (2007), pp. 322-325; CHAHUÁN (2001), p. 34.

³⁹ EVANS DE LA CUADRA (2004), p. 150.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 154.

⁴¹ SILVA BASCUÑÁN (2006), p. 161, señala que: “El derecho a la presunción de inocencia [...] está incluido en el del debido proceso, el cual garantiza a toda persona que la ley establecerá un procedimiento y una investigación racionales y justos”; NOGUEIRA ALCALÁ (2007), pp. 127 y 133, en que expresa que el derecho a la presunción de inocencia forma parte del bloque de constitucionalidad de derechos porque está contenido tanto en la CADH como el PICDP y que tal derecho de acuerdo al art. 5° inciso 2° de la Constitución, constituye un límite a la soberanía, debiendo ser asegurado y promovido por todos los órganos del Estado. Por su parte, CEA EGAÑA (2004), p. 165, sostiene que: “Hoy en virtud del art. 5° inciso 2° de la Constitución, reformado en 1989, en nuestra opinión rige en el país, amplia y vigorosamente, tal presunción de inocencia”.

⁴² En sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 6.053, de 29 de abril de 2008 (recurso de nulidad), se puede leer en el considerando décimo cuarto lo siguiente: “Que en armonía con la norma de reenvío ya citada, contenida en el artículo 5° de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son los artículos 11.1 de la Declaración Universal

Como derecho fundamental, la presunción de inocencia, tiene las siguientes características: (i) requiere ser regulada sólo por la potestad legislativa, (ii) esta regulación no puede afectar su contenido esencial, (iii) es de aplicación inmediata y directa, obligando a todos los órganos y agentes del Estado, (iv) constituye un criterio básico que condiciona la interpretación de las normas jurídicas en cuanto ellas deben interpretarse conforme a la Constitución y los derechos fundamentales; (v) opera también en situaciones extra procesales⁴³.

Probablemente de todas las características enunciadas sea la última la que, para los efectos de este trabajo, tenga mayor incidencia. Si bien es cierto que la presunción de inocencia tiene un rol relevante en la tramitación del proceso penal y es en éste donde revela toda su significación, ello no impide restarle irradiación más allá de él. Siendo el proceso penal la manifestación más intensa del poder estatal es impensable negar a la presunción de inocencia, sin el cual aquél perdería todo su efecto garantizador y devendría en ejercicio de pura fuerza institucional, un efecto más amplio para que alcance a aquellos aspectos de la vida de las personas que también se ven afectados por lo que ocurre al interior del proceso. Esto supone que si dentro del proceso penal, tramitado con las formalidades legales y con apego a los derechos y garantías constitucionales, no cabe sino presumir inocente al imputado o acusado, no se vislumbra razón alguna, para que fuera de él no se deba observar idéntica actitud⁴⁴.

La presunción de inocencia es una institución poliédrica pues, en sí misma, es una norma jurídica que obliga a todos los órganos de Estado; contiene un valor o principio constitucional que supone un límite a la potestad normativa estatal; establece un criterio condicionador de la interpretación de las normas vigentes, y es un derecho subjetivo público con eficacia tanto en el ámbito procesal como

de Derechos Humanos, que prescribe: “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 hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”; [...]; el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto expresa: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Gonzalo Aguilar Cavallo no puede, analizando este fallo, sino concluir que “la Corte Suprema le reconoce obligatoriedad jurídica y, al menos, jerarquía constitucional a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos”. AGUILAR CAVALLO (2009), p. 109.

⁴³ NOGUEIRA ALCALÁ (2007a), pp. 134 y 150-151.

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA (1987). Caso “*López, Osvaldo Antonio*”. En este fallo la Corte argentina expresó que: “[...] las normas sustanciales de la defensa deben ser observadas en toda clase de juicio, sin que corresponda diferenciar causas criminales, los juicios especiales o procedimientos seguidos ante tribunales administrativos”.

extraprocesal⁴⁵. En cuanto facultad implica el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivos o análogos a éstos y determina, por ende, el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo.

Queda por determinar si los derechos fundamentales, como límites al ejercicio de la soberanía, afectan, no ya sólo al legislador ordinario, sino al propio constituyente, sea originario o derivado. En mi opinión, no existe razón para sostener que el constituyente está eximido, por un lado, de respetar las normas internacionales que el Estado ha suscrito y ratificado⁴⁶, y por otro, de observar una mínima consistencia material, substancial o de contenido en lo establecido en una parte del texto constitucional en relación con lo regulado en otra. ¿Qué justifica, que no sea la mera y pretendida soberanía del constituyente, que éste, mientras proclama la presunción de inocencia, subvierta el propio mensaje normativo que envía a los demás órganos del Estado? Sobre este particular ahondaremos más adelante.

4. LA CONSTATAción DE LA TENSIÓN ENTRE LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO A SUFRAGIO Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

El art. 16.2 contiene un reproche jurídico-social respecto de quienes enfrentados a una acusación penal arriesgan la aplicación de una pena afflictiva, 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: el fiscal del Ministerio Público. En realidad más que un reproche se trata de una sospecha.

La tensión entre el derecho de sufragio y la presunción de inocencia fue reconocida en el mismo año 1974 en que se discutía en la Comisión Constituyente lo concerniente a la ciudadanía y el derecho a sufragio. Los comisionados don Enrique Evans de la Cuadra y don Jaime Guzmán E. manifestaron sus aprensio-

⁴⁵ MONTAÑÉS PARDO (1999), p. 51.

⁴⁶ Así lo ha sostenido la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999). Caso 11.863 "Andrés Aylwin Azócar y otros vs. Chile", párrafos 73, 112 y 153.

nes acerca de la pertinencia del numeral 2 del art. 16, pues importaba tratar al procesado como condenado. Enrique Evans de la Cuadra se opuso inicialmente al texto aprobado señalando que:

“Respecto de la segunda causal ‘Por hallarse procesado el ciudadano como reo de delito que merezca pena aflictiva’, también es partidario de suprimirla. Cree 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 de defensa social lo haya marginado”⁴⁷.

Por su parte, Jaime Guzmán señaló sus dudas:

“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”⁴⁸.

En 1998 el profesor Juan Pablo Beca F. sostenía que una persona inocente no podía ser afectada en el ejercicio de sus derechos, salvo casos muy calificados, y siempre que la medida restrictiva de derechos encontrara su justificación en algún bien jurídico superior. Asimismo, planteaba que la suspensión del derecho a sufragio es una medida cautelar que no resulta justificada, pues en nada afecta a la víctima o al proceso penal que la persona procesada emita su sufragio en una elección y porque además es una medida que se contrapone a las obligaciones internacionales del Estado chileno⁴⁹.

En el 2005, el propio Ejecutivo reconoció, a raíz de un veto presidencial a la Ley de Reforma Constitucional de ese año, que sería numerada después como N° 20.050, que la sustitución del vocablo “procesada” por “acusada”, permite avanzar parcialmente en la conciliación entre la presunción de inocencia y el derecho de sufragio y que este derecho sólo se suspende cuando existe una acusación que, probablemente, esté acompañada o revestida de medidas

⁴⁷ COMISIÓN REDACTORA DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1974), p. 575. En la sesión 75 de 3 de octubre de 1974 Enrique Evans de la Cuadra retiró su, inicialmente categórica, oposición. Ver: COMISIÓN REDACTORA DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1974), p. 626.

⁴⁸ COMISIÓN REDACTORA DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1974), p. 620. No obstante esas observaciones, la norma se mantuvo.

⁴⁹ BECA (1998), pp. 127-130.

precautorias, entre otras, la prisión preventiva, cuestión que, en los hechos, dificulta el derecho de voto⁵⁰.

Coincidente con esto el profesor Teodoro Ribera Neumman sostuvo que si bien la reforma constitucional en el sentido recién indicado mejora parcialmente el texto original, “la 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”⁵¹.

El año 2007 varios diputados presentaron una moción parlamentaria cuyo objetivo era precisamente suprimir el numeral 2 del art. 16 de la CPR, moción fundada en la flagrante infracción al principio de presunción de inocencia. A la fecha se encuentra en el primer trámite constitucional, sin ningún movimiento⁵².

En un comentario del Instituto Libertad y Desarrollo, fechado el 16 de noviembre de 2007, sobre la moción parlamentaria, dicha organización, coincidiendo con los fundamentos del proyecto de reforma constitucional, afirma que:

“En principio, en el plano estrictamente penal, no se concibe que una acusación no resuelta por sentencia de término, produzca efectos permanentes; pero puede producir efectos condicionados al resultado de la acusación, como son en general, las medidas cautelares, la más grave de las cuales es la privación de libertad (aunque se aplica sólo 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 sólo excepcionalmente, los que digan relación directa con el proceso penal que lo afecta)”⁵³.

Lo expuesto en esta sección ha querido demostrar la existencia de la tensión entre la suspensión del derecho a sufragio por la formulación de una acusación penal y el reconocimiento, en nuestro Derecho, de un principio, tan universal como básico, como es la presunción de inocencia.

⁵⁰ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2005). Oficio N° 174-353.

⁵¹ RIBERA NEUMANN (2005), pp. 283-304.

⁵² ARAYA GUERRERO, Pedro *et al.* (2007). *Proyecto de Reforma Constitucional que deroga el numeral 2 del artículo 16 de la Constitución Política de la República*, (Boletín N° 5338-07).

⁵³ INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO (2007), p. 13.

Probablemente el único matiz a este consenso lo introduce el Instituto Libertad y Desarrollo, que siguiendo las dudas de Jaime Guzmán en 1974⁵⁴, estima que en la medida que la modificación que se propone se refiere a la suspensión del derecho de sufragio activo y pasivo, y siendo cierto que la calidad de acusado en un juicio por delito de cierta gravedad, es transitoria y la persona acusada podría en definitiva ser absuelta de la acusación, razones de orden práctico del funcionamiento del sistema constitucional aconsejan restringir los términos de la moción⁵⁵ y diferenciar los efectos de la suspensión del derecho de sufragio en virtud de acusación por delito que merezca pena aflictiva o por delito terrorista, en el sentido de evitar el ejercicio de ciudadanía pasiva (derecho de ser elegido), pero permitir el ejercicio de la ciudadanía activa.

La misma tensión es observable en México, pues la Constitución Federal en su art. 38 expresa que “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”. Lo anterior se

⁵⁴ COMISIÓN REDACTORA DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1974), p. 620. En la sesión 75, J. Guzmán sostuvo: “La duda consiste en que si se considera como un derecho indisoluble el de sufragio y el de ser elegido, puede tener extraordinario peligro desde un punto de vista práctico y del ordenamiento jurídico del país, que una persona que está siendo procesada postule a un cargo de elección popular y sea elegida, porque no hay duda de que el fallo, que pudiera surgir a posteriori de la elección en que ese candidato resultara elegido y triunfante, sería un fallo que entraría en pugna con una resolución del electorado, que incluso pudiese haber sido tomado durante la campaña con una expresa referencia al proceso de que está siendo víctima la persona. Es decir, se coloca en la situación de un candidato que postule estando procesado y que haga de su proceso el motivo central de su campaña, sosteniendo que está siendo víctima, por ejemplo, de una justicia corrupta, o clasista, o parcial. Triunfa en la elección popular, ¿en qué situación quedaría el fallo posterior que condenara a esa persona? Es una situación difícil para el 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”. El Instituto Libertad y Desarrollo en su informe señaló que: “No obstante, como se va a explicar, existen otras razones para sostener la validez de la suspensión del sufragio, en relación con los requisitos para optar a ciertos cargos previstos en la Constitución”. INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO (2007), p. 13.

⁵⁵ INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO (2007), p. 14. Este instituto explica lo que entiende por razones prácticas del funcionamiento del orden constitucional de la siguiente manera: “Es así como, si bien la acusación por delito terrorista o por delito que merezca pena aflictiva, es una situación transitoria, resulta un despropósito permitir la elección de un Presidente de la República, de un diputado o senador, o el nombramiento del Contralor General de la República, para posteriormente, si la sentencia definitiva fuera condenatoria, anular la elección o el nombramiento y proceder nuevamente a realizar un proceso electoral o el procedimiento para una nueva nominación.[...] 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”.

agravó por la incorporación en 2007⁵⁶ de un precepto que reconoce, en forma expresa, rango constitucional a la presunción de inocencia⁵⁷.

En varios fallos de 2005 y 2006 el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación mexicana, sostuvo que en materia de suspensión de los derechos políticos es improcedente ordenar en el auto de formal prisión la suspensión de los derechos políticos del procesado, pues dicha pena comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena, como lo dispone el numeral 46 del Código Penal Federal, que amplía la garantía constitucional prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional. Agrega, más adelante, que:

“ [...] a favor del procesado opera la presunción de inculpabilidad hasta que no se demuestre lo contrario, y esto vendría a definirse en el proceso penal, el cual de terminar con una sentencia ejecutoriada en tal sentido, ello sustentaría la suspensión de los derechos políticos del quejoso, por lo que es inconcuso que aquella norma secundaria es más benéfica, ya que no debe soslayarse que las garantías consagradas en la Constitución son de carácter mínimo y pueden ser ampliadas por el legislador ordinario tal como ocurre en el citado dispositivo 46 de la legislación penal federal, al establecer que la suspensión en comento se hará hasta la sentencia ejecutoria, de manera que al no advertirlo así el Juez instructor, se vulnera en perjuicio del titular del derecho público subjetivo, las garantías contenidas por el tercer párrafo del artículo 14 y primer párrafo del 16 constitucionales”⁵⁸.

La anterior decisión se oponía a la jurisprudencia de otros tribunales penales y administrativos que estimaban que el art. 38 fracción II de la Constitución se aplicaba con preferencia al art. 46⁵⁹. La Suprema Corte de Justicia de México resolvió esta disparidad de criterios por sentencia de 31 de octubre de 2007,

⁵⁶ El precepto a que se hace referencia es el artículo 20.B.I que contiene los derechos de toda persona imputada, entre otros: “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia”. La reforma del art. 20 fue publicada en el Diario Oficial (primera sección), edición de 18 de junio de 2008. Disponible en: http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08_ima.pdf [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2009].

⁵⁷ En México varios autores se han ocupado de la tensión entre derechos políticos y presunción de inocencia. Entre ellos cabe mencionar a: OJEDA VELÁZQUEZ (2008), pp. 83-101; CÁRDENAS GRACIA (2006), pp. 371-403.

⁵⁸ La *ratio decidendi* del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación mexicana aparece reproducida en: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (2007). *Procedimiento de contradicción de tesis N° 29/2007-PS*.

⁵⁹ Los fallos a los que me refiero aparecen en la sentencia de la Corte Suprema mexicana en el procedimiento de contradicción de tesis N° 29/2007-PS.

en procedimiento de contradicción de tesis N° 29/2007-PS, en que optó por la primacía del art. 38 fracción II, por lo que, según el máximo tribunal, debe considerarse que los derechos políticos se suspenden desde el dictado del auto formal de prisión⁶⁰.

Desde el año 2004 hasta el año 2009 se ha intentado, mediante la presentación de varios proyectos por parte de diversos diputados y senadores, inclusive un proyecto presentado por el ex Presidente Vicente Fox, la reforma del citado art. 38 constitucional en su fracción II. El día 20 de septiembre de 2007 los diversos proyectos dieron lugar a la aprobación, en la Cámara de Diputados, con los votos de representantes del Partido de la Revolución Democrática (PRD), Partido Revolucionario Institucional (PRI) y Partido Acción Nacional (PAN), de un texto que modifica el art. 38 fracción II en el sentido de considerar que los derechos y prerrogativas de los ciudadanos se suspenden “por pena de prisión impuesta en sentencia ejecutoriada, desde el momento en que surte sus efectos y hasta su extinción”⁶¹. Después de eso el proyecto aprobado en la cámara baja pasó al Senado mexicano sin que hasta la fecha exista dictamen, pese a los requerimientos efectuados⁶².

⁶⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (2007). *Procedimiento de contradicción de tesis N° 29/2007-PS*. El texto completo de la tesis de la Corte Suprema de México es la siguiente: “Derechos políticos deben declararse suspendidos desde el dictado del auto de formal prisión, en términos del artículo 38, fracción II, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Si bien el citado precepto constitucional dispone expresa y categóricamente que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden a causa de un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, y que el plazo relativo se contará desde la fecha de la emisión del auto de formal prisión; y, por su parte, el artículo 46 del Código Penal Federal señala que la referida suspensión se impondrá como pena en la sentencia que culmine el proceso respectivo, que comenzará a computarse desde que cause ejecutoria y durará todo el tiempo de la condena –lo cual es acorde con la fracción III del propio artículo 38 constitucional–, ello no significa que la suspensión de los derechos políticos establecida en la Carta Magna haya sido objeto de una ampliación de garantías por parte del legislador ordinario en el código sustantivo de la materia, ni que exista contradicción o conflicto de normas, ya que se trata de dos etapas procesales diferentes”.

⁶¹ Los diversos proyectos presentados en la Cámara de Diputados y el debate aparecen publicados en Diario de los Debates (LX Legislatura), 20 de septiembre de 2007, sesión N° 11, Cámara de Diputados, Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <http://cronica.diputados.gob.mx/> [fecha de consulta: 12 de enero de 2010]. Por su parte, hasta la fecha se pueden contar dos iniciativas en el Senado sobre el tema que nos ocupa. Un primer proyecto de 8 de marzo de 2005, del Senador don Jesús Ortega Martínez (PRD). Disponible en: <http://www.senado.gob.mx/gace61.php?ver=gaceta&sm=verb&a=derechos+políticos&lg=59> [fecha de consulta: 12 de enero de 2010]. Un segundo proyecto de 21 de abril de 2009 del Senador Héctor Pérez Plazola (PAN). Disponible en: <http://www.senado.gob.mx/gace61.php?ver=gaceta&sm=1001&id=13205&lg=60> [fecha de consulta: 12 de enero de 2010]

⁶² El 27 de marzo de 2008 el Senador Ricardo Monreal Ávila (PRD), promovió una solicitud de excitativa a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos del Senado para que emitieran el dictamen respecto del proyecto enviado por la Cámara de Diputados con fecha 25 de septiembre de 2007.

5. EL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ARGUMENTOS DÉBILES E INAPLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL

En sentencia de 23 de diciembre de 2008 en la causa Rol N° 1.152-2008⁶³, el Tribunal Constitucional chileno tuvo la oportunidad de ocuparse de la cuestión que suscita este trabajo. El caso es el siguiente: Walterio Vargas Gómez, Alcalde de la comuna de Llanquihue, formuló una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 61 de la Ley N° 18.695⁶⁴ (LOCM), que incidía en la causa electoral Rol N° 331-2008, seguida ante el Tribunal Electoral Regional de Puerto Montt y después, por una apelación presentada contra la sentencia del primer tribunal, ante el Tribunal Calificador de Elecciones, Rol N° 24-2008. El edil a raíz de una investigación y querrella seguidas en su contra ante la justicia penal, por los delitos de fraude al Fisco y malversación de caudales públicos, fue formalizado y posteriormente acusado, lo que suscitó que concejales de la municipalidad pidieran su incapacidad temporal para el desempeño del cargo, de acuerdo a lo dispuesto en el citado artículo de la Ley de Municipalidades. El requirente sostenía que la norma en cuestión desconoce el principio de inocencia que contemplaría el artículo 5° de la Constitución al reconocer como límite del ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Los argumentos de la mayoría⁶⁵ del Tribunal Constitucional para rechazar el requerimiento de inaplicabilidad se pueden resumir de la siguiente forma:

Disponible en: <http://www.senado.gob.mx/gace61.php?ver=gaceta&sm=1001&id=7806&lg=60>. [fecha de consulta: 12 de enero de 2010].

⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2008), Rol N° 1.152-2008. *Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 61 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Requirente Walterio Vargas Gómez.*

⁶⁴ El art. 61 impugnado, de la Ley N° 18.695, dispone: “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 reemplazado, mientras dure su incapacidad, de conformidad a lo establecido en los artículos 62 y 78”. El art. 57 indica que: “Para ser candidato a alcalde se deberá acreditar haber cursado la enseñanza media o su equivalente y cumplir con los demás requisitos señalados en el artículo 73 de la presente ley”. El art. 73, a su vez, señala que: “Para ser elegido concejal se requiere: a) Ser ciudadano con derecho a sufragio;”. Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (Actual DFL 1-2006, Diario Oficial, edición de 26 de julio de 2006).

⁶⁵ Los ministros que integraron la mayoría del Tribunal fueron José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Jorge Correa Sutil, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.

a) *Aplicación restringida de la presunción de inocencia.* En el considerando séptimo del voto mayoritario se sostiene que “ninguna relación advierte este Tribunal entre la indicada consecuencia (de índole netamente administrativa) con una pretendida vulneración del principio de inocencia como elemento característico del debido proceso en materia penal, toda vez que ese principio o presunción tiene natural aplicación respecto del proceso penal mismo, vedando que al imputado se lo trate como culpable mientras ello no se acredite en la sentencia definitiva;...”.

b) *La soberanía del constituyente originario.* Este argumento es explicitado por el Tribunal en el sentido que “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”.

c) *Impertinencia de las normas de derecho internacional invocadas.* En este caso el voto mayoritario señala que “la invocación de normas internacionales por parte del recurrente, que consagran la presunción de inocencia, no dice relación con el asunto sometido al examen de esta Magistratura”⁶⁶.

d) *Constitucionalidad de la ley cuestionada.* Como aplicación de la soberanía del constituyente, el Tribunal afirma que “la norma legal impugnada constituye una consecuencia lógica y congruente de la pérdida de uno de los requisitos que la misma ley impone para ser candidato a alcalde a partir de lo dispuesto en el artículo 16, numeral 2º, de la Constitución”. Así sostiene el fallo que “mal puede incurrir en una trasgresión 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 2º del artículo 16 de la Ley Suprema”.

Por su parte el voto disidente⁶⁷ que está, como es obvio, por acoger el requerimiento, comienza señalando que la aplicación del artículo 61 de la Ley N° 18.695, resulta contraria a la Constitución, al provocarle al requirente la pérdida de su calidad de ciudadano en su dimensión de elegible, por causales distintas de las que establece el artículo 17 de la Constitución. Según los ministros disidentes la extensión de la sanción proveniente del artículo 61 no procede constitucionalmente pues el *derecho a ser elegido* es distinto del *derecho a sufragio*, así como también es distinto *tener* este derecho y *poder ejercerlo* y porque la aplicación de la norma impugnada se origina en confusiones conceptuales sobre los derechos políticos

⁶⁶ Esta forma de eludir, en la resolución, el contenido de un tratado internacional invocado por el requirente es lo que el profesor Manuel Núñez Poblete llama la *práctica de la evasión*. Ver: NÚÑEZ POBLETE (2009), p. 498.

⁶⁷ El voto disidente fue suscrito por los ministros Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios.

establecidos en los artículos 13, 16 y 17 de la carta constitucional y de la defectuosa vinculación con ellos de las normas de la Ley N° 18.695. Las confusiones conceptuales que los disidentes imputan al voto de mayoría son las siguientes:

a) *Errónea interpretación del artículo 13 de la Constitución*. Según los disidentes, “el primer inciso de este artículo dispone: “*Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena afflictiva*”. Esta norma se condice perfectamente con la letra b) del artículo 17 de la Carta, que señala: “*La calidad de ciudadano se pierde... por condena que merezca pena afflictiva*”. De ambos preceptos se concluye que la calidad de ciudadano no se puede perder por acusación por delito que merezca pena afflictiva”.

b) *La naturaleza de los derechos ciudadanos*. En tal sentido afirman que “El segundo inciso del artículo 13 de la Carta señala: “*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*” distinguiéndose, por lo tanto, dos derechos que se derivan de la calidad de ciudadano, vinculados entre sí, pero distintos, que han sido definidos por la doctrina como los derechos electorales activo y pasivo: [...]”. A continuación señalan que “no puede considerarse, por lo tanto, como automática la causalidad práctica de uno sobre el otro. Desde luego, como ejemplo, un ciudadano de 18 años no puede ser candidato a Presidente de la República, gozando del primero de esos derechos, pero no del segundo. [...] Además, como lo consigna Cea Egaña, se advierte otra diferencia entre ambos derechos: El derecho de sufragio no es privativo del ciudadano, “pues también lo pueden ejercer los extranjeros que cumplan con los requisitos que la Constitución señala”, así como el derecho a optar o postular a cargos de elección popular “es privativo de los ciudadanos”.

c) *Errónea interpretación de la expresión “con derecho a sufragio”* exigido a un ciudadano para ser elegido alcalde, en relación con los numerales 2° de los artículos 16 y 17 de la Constitución. Sostienen los disidentes que: “Indudablemente que la preposición ‘con’ denota posesión, misma que termina con su pérdida, expresada en la preposición ‘sin’. La suspensión, consecuentemente, es siempre temporal, por un tiempo, como lo señala en sus diversas acepciones el diccionario, y no altera la esencia de la posesión. Por ello es que entre los artículos 16 y 17 de la Constitución se distingue entre los verbos *suspender* y *perder*. Pero lo esencial del problema es determinar *qué* se suspende y *qué* se pierde: ‘*El derecho a sufragio se suspende*’ y ‘*la calidad de ciudadano se pierde*’.

Lo anterior, siguiendo con la argumentación del voto minoritario, “significa que la suspensión del artículo 16 se restringe al denominado derecho electoral activo, o sea a votar, mientras que la pérdida del artículo 17 afecta a la totalidad

de la calidad de ciudadano, o sea los derechos electorales activo y pasivo”. Al efecto, añaden como fundamento histórico el texto del artículo 10 de la Constitución de 1833 que establecía que: *‘Se suspende la calidad de ciudadano activo con derecho a sufragio: 4º Por hallarse procesado como reo de delito que merezca pena aflictiva o infamante’*, repitiéndose la fórmula en el artículo 8º de la Carta de 1925, sin la expresión *‘infamante’*.”

Varios son los comentarios que suscita en su conjunto la sentencia del Tribunal Constitucional:

a) No existe ninguna fundamentación acerca del por qué debe darse un aplicación restringida a un principio como la presunción de inocencia, cuyo efecto más directo está claramente vinculado al proceso penal, pero que no se circunscribe sólo a éste, pues desde él se suscitan una serie efectos que influyen en lo que ocurre en esferas institucionales, ajenas, por cierto, al proceso penal, pero absolutamente dependientes de lo acaecido en éste.

b) La soberanía absoluta del constituyente representa una afirmación compleja que recuerda más un argumento de autoridad que una verdadera fundamentación. Lo anterior no implica desconocer el margen de apreciación del legislador interno en la modulación de los derechos fundamentales. En todo caso, en el empleo del margen de apreciación debe considerarse la legitimidad del objetivo propuesto, la interacción con otros principios o valores constitucionales legítimos y la razonabilidad de los medios empleados para su consecución.

c) Más allá de la interpretación contenida en el fallo de mayoría y en el voto disidente, lo que llama la atención es la omisión de una norma de la CADH, tan clara en su alcance como obligatoria para los países suscriptores del tratado, como es el art. 23.2, citado más arriba.

d) El enmarañado, y a veces incomprensible, voto disidente, pese a su buena intención, no cuestiona los efectos que pueda tener la norma del art. 16.2 sobre el sufragio activo, pues acepta como bueno que la suspensión del derecho a sufragio afecte a quienes son electores. Sin duda, se queda argumentativamente a mitad de camino de lo que puede ser estimada la respuesta correcta⁶⁸.

⁶⁸ Además su interpretación se aleja de la posición que racionalmente es la más defendible. Las razones que se emplean por el Instituto Libertad y Desarrollo para cuestionar la conveniencia de la derogación del art. 16 N° 2, más allá de su fundamento vinculado a razones prácticas del funcionamiento del ordenamiento constitucional, llevan a pensar que probablemente se podría estar de acuerdo en que se debe ser más exigente con quienes aspiran a cargos públicos que con aquellos que sólo desean participar como electores. El voto de minoría adopta la posición absolutamente opuesta. Aclaro, en todo caso, que no suscribiría en absoluto, el planteamiento del instituto nombrado, pues no supera el problema de fondo: la vulneración de la presunción de inocencia.

6. EL DERECHO A SUFRAGIO EN EL DERECHO COMPARADO

Diversas leyes electorales extranjeras de manera expresa contienen regulaciones cuyo punto de partida es que el ejercicio del sufragio (activo y/o pasivo) está condicionado, entre otros factores, a la existencia de una sentencia firme que imponga una condena.

En España, la Ley Orgánica Nº 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General establece en su artículo 2º que el que derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente. Mientras que su artículo tercero expresa que:

“1. Carecen de derecho de sufragio: a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento”.

A su vez el artículo 6º de la ley ibérica declara que:

“2. Son inelegibles:

a. Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena.

b. Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en los términos previstos en la legislación penal”.

Por su parte, la Ley Nº 65 de 19 de agosto de 1993, que establece el Código Penitenciario y Carcelario de Colombia indica en su artículo 57 sobre voto de los detenidos que:

“Los detenidos privados de la libertad si reúnen los requisitos de ley podrán ejercer el derecho al sufragio en sus respectivos centros de reclusión. La Registraduría Nacional del Estado Civil facilitará los medios para el ejercicio de este derecho”.

La *Canada Election Act* de 31 mayo de 2000, expresa que:

“Disentitlement from voting.

4. The following persons are not entitled to vote at an election:

(a) the Chief Electoral Officer;

(b) the Assistant Chief Electoral Officer; and

*(c) every person who is imprisoned in a correctional institution serving a sentence of two years or more”.*⁶⁹.

⁶⁹ Ver cita al pie de página Nº 72.

Por último, la Ley N° 8.765, Código Electoral de Costa Rica de 2009, señala que:

“Artículo 144.- Serán consideradas como personas electoras, los y las costarricenses mayores de dieciocho años e inscritos en el padrón electoral, a excepción de los siguientes:
a) Las personas declaradas judicialmente en estado de interdicción.
b) Las personas que tengan suspendido el ejercicio de sus derechos políticos por sentencia firme”.

Países como Israel, República de Irlanda⁷⁰ y Argentina (después de 2004)⁷¹ regulan expresamente el voto de los condenados y/o presos.⁷² No son pocos los tribunales supremos que se han pronunciado abiertamente por rechazar, con matices nacionales, la exclusión de los condenados del derecho a voto, y de cuyos fallos no resulta difícil colegir que la privación del derecho a sufragio de los no condenados es inadmisibile desde la más básica perspectiva constitucional. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos permite llegar a igual conclusión.

⁷⁰ Respecto del caso de Israel y la República de Irlanda se puede consultar: BEHAN y O'DONNELL (2008), pp. 319-336.

⁷¹ Se puede consultar los arts. 3° y 3° bis de la Ley N° 19.945, Código Electoral Nacional de Argentina. En 2004, la Ley N° 25.858, publicada en el Boletín Oficial de 6 de enero, suprimió del art. 3° del código indicado las letras d), h), i), j) y k) e incorporó el art. 3° bis. El antiguo art. 3° establecía que estaban excluidos del padrón electoral, entre otros, los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad (d); los declarados rebeldes en causa penal, hasta que cese la rebeldía o se opere la prescripción (i); los que registren tres sobreseimientos provisionales por delitos que merezcan pena privativa de libertad superior a tres años, por igual plazo a computar desde el último sobreseimiento (j); los que registren tres sobreseimientos provisionales por el delito previsto en el artículo 17 de la Ley N° 12.331, por cinco años a contar del último sobreseimiento (k). A su vez, el nuevo art. 3° bis contempla 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. [...] A tal fin la Cámara Nacional Electoral confeccionará el Registro de Electores Privados de Libertad, que contendrá los datos de los procesados que se encuentren alojados en esos establecimientos de acuerdo con la información que deberán remitir los jueces competentes; asimismo habilitará mesas de votación en cada uno de los establecimientos de detención y designará a sus autoridades. [...] Los procesados que se encuentren en un distrito electoral diferente al que le corresponda podrán votar en el establecimiento en que se encuentren alojados y sus votos se adjudicarán al Distrito en el que estén empadronados”. El art. 3° bis fue reglamentado por el Decreto N° 1.291/2006 de 25 de septiembre de 2006.

⁷² Para una nómina más extensa de países que reconocen el derecho de los condenados a votar, en todas las circunstancias o bajo circunstancias especiales, se puede consultar: ROTTINGHAUS (2003), pp. 22-23.

Los tribunales de Canadá⁷³, Sudáfrica⁷⁴, Australia⁷⁵ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁶ han examinado en el último tiempo la exclusión del derecho a voto de los condenados. En general, han arribado a dos tipos de conclusiones: i) La exclusión es inconstitucional sin atender a la extensión de la pena, como el caso canadiense, o ii) La exclusión es solamente admisible respecto de los crímenes más graves y carece de justificación una vez que el término de la condena ha sido cumplido⁷⁷. Esta revisión ha estado marcada por lo que J. Morgan-Foster llama el “*discurso judicial transnacional*” en virtud del cual un tribunal con jurisdicción constitucional (Corte Suprema o Tribunal Constitucional) considera en el curso de una interpretación constitucional interna las decisiones de un tribunal o corte extranjera⁷⁸.

Precisamente creemos que el análisis del “*discurso judicial transnacional*” sobre el derecho de sufragio revela que en ninguno de esos países se equipara la situación de condenados con quienes aún no lo son, sin perjuicio que el análisis de ese discurso ayuda a descubrir una construcción teórica argumental en contra

⁷³ CORTE SUPREMA DE CANADÁ (1993 y 2002). Casos *Sauvé 1* y *Caso Sauvé 2*, respectivamente. La Corte canadiense ha declarado inconstitucional leyes que privan del derecho de sufragio a los condenados. En el primer caso, cuestionó la exclusión de los condenados sin importar la duración de la pena impuesta. En el segundo, la Corte estimó inconstitucional la ley dictada por el Parlamento, como reacción al primer fallo, que privaba del derecho de sufragio a los condenados a penas superiores de dos años o más.

⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA (2004). Caso “*Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO) and Others*”. El Tribunal declaró inconstitucional la exclusión del derecho de sufragio de todos los condenados *sin la opción del pago de una multa*. Unos de los jueces disidentes señaló que la frase “sirviendo sentencia de prisión sin la opción del pago de una multa” excluye a los presos que han apelado, quienes son potencialmente inocentes.

⁷⁵ CORTE SUPREMA DE AUSTRALIA (2007). Caso “*Roach v. Electoral Commissioner and Commonwealth of Australia*”. Por cuatro votos contra dos señaló que la enmienda efectuada por el Parlamento en 2006 a la *Commonwealth Electoral Act of 1918*, en cuanto privaba del derecho de sufragio a todos los condenados, sin distinción de la duración de la pena, era inconstitucional. La mayoría estuvo de acuerdo en considerar que la anterior ley de 2004 que excluía del derecho de sufragio a los condenados a penas de 3 años o más era constitucional.

⁷⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2005). Caso “*Hirst v. United Kingdom*”. El TEDH declaró (párrafo 82) que el Reino Unido violaba el artículo 3º del Protocolo 1 al establecer la privación del derecho de sufragio a todos los condenados sin considerar la duración de la pena, la naturaleza y gravedad de la ofensa y sus circunstancias individuales. Agregó, en seguida, que una restricción general, automática e indiscriminada de un derecho de tanta importancia en la Convención cae fuera de cualquier margen aceptable de apreciación, por más amplio que ese margen pueda ser y, por lo tanto, es incompatible con el artículo 3 citado. En este sentido, el Tribunal se inclinó por entender que la norma cuestionada no superaba el test de proporcionalidad.

⁷⁷ MORGAN-FOSTER (2006), p. 284.

⁷⁸ MORGAN-FOSTER (2006), p. 293.

de la norma que priva de la ciudadanía a personas condenadas a pena aflictiva⁷⁹ como también en contra de la existencia de penas accesorias que privan de los derechos políticos.⁸⁰

A continuación, quisiera ocuparme con mayor profundidad de dos fallos de la Corte Suprema argentina que por su cercanía y aplicación de normas del ámbito interamericano, al que Chile también adhiere (al menos formalmente), pueden ser útiles para el análisis de la cuestión planteada. En los años 2001 y 2002 se ventilaron ante la Corte Suprema dos casos en que la discusión se centró en la regulación del derecho de sufragio (pasivo y activo, respectivamente) de los presos. El primero es conocido como el caso de la “Alianza Frente por la Unidad” en que lo discutido es, en un proceso de oficialización de la lista de candidatos, la declaración de inhabilidad, por un tribunal con competencia electoral, de candidatos a gobernador y senador provincial. Finalmente la Corte acogió el recurso extraordinario y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 53 y 57 de la Constitución de la Provincia de Corrientes y del art. 3º letra d del Código Electoral. En el segundo caso que se conoce como “Mignone”, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) promovió acción de amparo contra el Estado argentino con el objeto de obtener que se adopten las medidas necesarias para garantizar el derecho constitucional a sufragar de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios, en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos. La Corte confirmó la declaración de inconstitucionalidad del art. 3º letra d Código Electoral Nacional, hecha por la Cámara Nacional Electoral⁸¹. En ambos, sea en el voto mayoritario o los votos concurrentes, 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.

⁷⁹ Aquí habría que preguntar si el límite de la condena a pena aflictiva establecida en el art. 17 de la CPR admite y superaría el test de proporcionalidad. Si se sigue la tendencia internacional probablemente el límite debería estar fijado en la imposición de una pena de crimen.

⁸⁰ Ver: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2009). Rol N° 1.328-2009. *Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 239 del Código Penal. Requerente Daniel Adaro Silva*.

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, República Argentina (2002). Recurso de hecho, Autos “Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de Amparo”.

En el primer fallo la corte trasandina señaló:

“8º) Que la expresión “condena por juez competente en proceso penal” tipificada en la convención como uno de los exclusivos supuestos que autoriza a reglamentar los derechos políticos reconocidos en el art. 25, no genera en lo que respecta al caso —en que se examina la situación de un procesado dificultades en cuanto a su alcance, por lo que es de aplicación la pauta de hermenéutica que establece que cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación (Fallos: 218:56).

Por lo demás, esta patente restricción impuesta a los Estados parte en sus facultades reglamentarias se armoniza con el estado de inocencia que ampara a toda persona a quien se le haya imputado la comisión de un delito [...]”⁸².

El 2002, en el caso “Mignone” la misma Corte declara, aplicando la doctrina del fallo “Alianza Frente por la Unidad” a la situación de las personas privadas de libertad que estaban materialmente impedidas de votar, que teniendo en cuenta que la CADH solamente alude a los casos de “condena, por juez competente en proceso penal”,

“15) [...] 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 la libertad, y por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena...” art. 3º, inc. e) no se ajusta a las directivas de dicho instrumento internacional, cuya superior jerarquía normativa deben los jueces declarar (art. 31 CN.). [...]

18) Que, de lo que se lleva dicho, puede desprenderse que el sufragio universal constituye un valor fundamental de todo el orden constitucional. La prisión preventiva, por su parte, no constituye una suerte de pena anticipada y su ejecución debe ser congruente con los fines que la inspiran. Es cierto que, necesariamente, algunos derechos son restringidos en virtud de la detención pero, también necesariamente, que subsisten inalterados un conjunto de derechos a intramuros del presidio. [...] Es, en fin, la libertad ambulatoria y no la dignidad lo que cede en estas situaciones. En este contexto, la privación del sufragio a un ciudadano —encarcelado pero no condenado aún— constituye una restricción inadmisibles de un derecho fundamental que no guarda relación ni con los fines de la detención ni con las necesidades de la organización del sistema carcelario”⁸³.

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA (2001). Caso “Alianza Frente para la Unidad”, p. 5.

⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA (2002). Recurso de hecho, Autos “Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de Amparo”. Voto concurrente de los jueces de la Corte Suprema argentina Carlos S. Fayt y Santiago Petracchi, pp. 16-18.

Como se desprende de los fallos recién comentados, la presunción de inocencia que favorece a los presos no condenados vence las restricciones jurídicas o materiales al derecho de sufragio que se intenta levantar, tanto para impedir que sean candidatos como electores. La consistencia jurisprudencial de la Corte Suprema argentina quedó demostrada en este aspecto.

7. ANTICIPACIÓN PUNITIVA, LEGITIMIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA SUSPENSIÓN DEL SUFRAGIO

En esta sección trataré de formular algunos argumentos sobre la vulneración constitucional del derecho a la presunción de inocencia que se produce con la vigencia del art. 16.2 a la luz de tres criterios: la anticipación punitiva, la legitimidad del fin perseguido y la proporcionalidad de la medida restrictiva.

Mi punto de partida, como ya lo he anunciado, es que el art. 16.2 es una norma profundamente injusta e irrazonable, que (1) adelanta los efectos de una sentencia condenatoria y que, en consecuencia, pasa por alto que la culpabilidad debe ser demostrada en juicio por el Estado; (2) que no persigue ningún fin estatal legítimo, y (3) que es desproporcionada por ser inidónea, innecesaria y desequilibrada. A continuación intentaré explicitar esta posición, ocupándome, en primer lugar, de los efectos de pena anticipada que produce el precepto cuestionado y, luego, de la legitimidad y proporcionalidad de la medida constitucional.

Previo a adentrarme en las cuestiones enunciadas en el párrafo anterior es necesario formular algunas aclaraciones, pues estoy consciente que sostener que el art. 16.2 de la CPR es injusto e irrazonable nos conduce a un terreno problemático de la dogmática constitucional en que puede plantearse la pregunta sobre la existencia de límites al poder constituyente y la aplicación de exigencias de razonabilidad y proporcionalidad a ese mismo poder.

En la actualidad parece no haber mucho debate acerca de la existencia de límites respecto del ejercicio del poder constituyente derivado⁸⁴. Sin duda, la discusión es mayor, especialmente desde hace algunos años, en torno a la idea de límites al poder constituyente originario.⁸⁵ Es cierto que muchas de las respuestas

⁸⁴ En esta dirección doctrinal, Díez-PICAZO (2006), pp. 12-16 y 25-28; SAGÜÉS (2009), pp. 153-156; OYARTE MARTÍNEZ (1998), pp. 71-78; NOGUEIRA ALCALÁ (2006), pp. 443-447 y, (2009), pp. 244-254.

⁸⁵ Para una opinión que descarta la existencia de límites al poder constituyente, ver: HERNÁNDEZ VALLE (1993), pp. 146 y 155. Hernández Valle afirma que “el ejercicio del poder constituyente derivado, al igual que el del originario, es jurídicamente ilimitado, lo que significa que puede modificar válida y discrecionalmente el contenido de las normas constitucionales vigentes y sin posibilidad alguna de que tales reformas puedan ser cuestionadas ni anuladas por ningún otro mecanismo jurídico”; ZÚNIGA URBINA (2006),

a la pregunta sobre la existencia de límites al poder constituyente que se encuentran entre los constitucionalistas o tienen una clara orientación iusnaturalista o son calificadas como tales al hacer referencia a límites implícitos, tales como la dignidad de las personas o los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que ponen en jaque el carácter soberano del poder constituyente⁸⁶. No obstante, esa objeción puede ser abordada, siguiendo a Luis Favoreu, señalando que en la actualidad la noción de supraconstitucionalidad se integra con normas de derecho positivo procedentes del derecho internacional o del derecho transnacional que se pueden desprender de las normas de los tratados y decisiones de los órganos jurisdiccionales internacionales y de las decisiones concordantes de los tribunales constitucionales.⁸⁷ Esto supone entender que el derecho internacional convencional, y con él la jurisprudencia internacional, constituyen una codificación u objetivación de normas del Derecho de Gentes.

La idea de límites internacionales cuestiona el carácter soberano, es decir, ilimitado, prejurídico, absoluto y autónomo del poder constituyente originario frente a un orden internacional en un mundo globalizado e interdependiente. Un buen representante de esta tendencia es Luis María Díez-Picazo quien afirma que el principio de no intervención, por un lado, no supone una carta blanca a cualquier norma constitucional imaginable ni, por otro, indiferencia del derecho internacional hacia las normas constitucionales adoptadas por los estados. Recuerda que, respecto del derecho internacional convencional, la respuesta se encuentra en la interpretación sistemática de los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, que permite concluir que no cabe invocar las propias normas constitucionales para justificar el incumplimiento de obligaciones convencionales, sean aquellas anteriores o posteriores a la conclusión del tratado⁸⁸. En cuanto al contenido material de los límites internacionales es tajante en cuanto a que los tratados internacionales sobre derechos humanos representan los más intensos y fuertes⁸⁹.

pp. 430-434. Entre los autores que plantean la existencia de límites que afectan incluso al constituyente originario, consultar. SAGÜES (2009), pp. 153, 154 y 156; OYARTE (1998), pp. 65-71; Díez-PICAZO (2006), p. 13; TAPIA VALDÉS (2008), pp. 131-134.

⁸⁶ Es el caso de OYARTE (1998) quien se refiere a límites implícitos. En el caso de SILVA BASCUÑÁN (2003), pp. 256-257-264, y NOGUEIRA ALCALÁ (2006), pp. 443-447, ZÚÑIGA URBINA (2006), p. 427, califica sus aportes como iusnaturalistas.

⁸⁷ FAVOREU (1994), pp. 110-112.

⁸⁸ Díez-PICAZO (2006), pp. 13-14.

⁸⁹ Díez-PICAZO (2006), pp. 17 y 19.

En todo caso, insisto, la nueva tendencia que concita por el momento sólo una adhesión o consenso relativo, no necesita recurrir al Derecho Natural para estimar que el poder constituyente está sujeto a límites internacionales, entendidos como límites positivos u objetivos, especialmente en países, como el nuestro, que contemplan cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional⁹⁰.

La tendencia que comentamos no sólo tiene una expresión teórica, sino que también se ha expresado en decisiones de los órganos del ámbito interamericano. La Comisión Interamericana en dos informes, uno de 1999 y otro de 2003, ha expresado que “tiene la facultad para examinar si los efectos de una cierta medida adoptada por un Estado viola los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana”, y que “esto incluye las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluso las disposiciones constitucionales”⁹¹. Asimismo, la Corte Interamericana, siguiendo a la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, al menos en 4 opiniones consultivas desde 1984 hasta 1993 ha cuestionado normas constitucionales de países americanos que vulneraban derechos consagrados o que se estimaron incompatibles con preceptos de la Convención⁹². En el caso conocido como “La Última Tentación de Cristo” la Corte cuestionó una norma constitucional chilena sobre la censura cinematográfica, afirmando que el Estado chileno debía adecuar su ordenamiento interno a las normas de la Convención⁹³.

En contra de la aplicación de exigencias de razonabilidad y proporcionalidad al Poder Constituyente, se levanta también el dogma de su carácter ilimitado,

⁹⁰ En España: REQUEJO PAGÉS (1992) y DÍEZ-PICAZO (2006). En Argentina: SAGÜÉS (2009). En Perú: QUIROGA LEÓN (2005), pp. 243-262.

⁹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999). Caso 11.863 “*Andrés Aylwin Azócar y otros vs. Chile*”, párrafo 73, y (2003) Caso 11.204 “*Statehood Solidarity Committee vs. Estados Unidos*”, párrafo 106.

⁹² Se trata de las Opiniones Consultivas: OC-4/84, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, 19 de enero de 1984, párrafos 52, 53 y 56; OC-9/87, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencias*, 6 de octubre de 1987, párrafos 25, 26, 35 y 36; OC-13/93, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 16 de julio de 1993, párrafos 25-35; OC-14/94, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención*, 9 de diciembre de 1994, párrafos 22 y 35.

⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros vs. Chile*). Sentencia de 5 de febrero de 2001. La Corte, en este caso, estimó que el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de Chile que establecía un “sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica” vulneraba el art. 13 de la Convención que consagra la libertad de pensamiento y de expresión sin censura previa. La Corte decidió que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, esto es, reformar la norma constitucional citada. El art. 19 N° 12 fue reemplazado por Ley de Reforma Constitucional N° 19.742 de 25 de agosto de 2001.

prejurídico y autónomo. El interrogante que planteo es: ¿Se puede afirmar que el poder constituyente, incluso el originario, en el actual estado de la evolución jurídico-política no está obligado a ser razonable, racional y proporcional en la regulación de los derechos humanos básicos? Se debe, creo, partir de una premisa elemental: el poder constituyente sujeto a límites internos e internacionales, debe ejercer el poder normativo que se le confiere de acuerdo a criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, pues de lo contrario su actuación no podría ser testada ni controlada.

En los casos arriba mencionados, tanto la Comisión como la Corte, considerando los artículos 26 y 27.2 de la Convención de Viena y las normas de la CADH, han efectuado, en algunos casos, un extenso examen de razonabilidad y proporcionalidad de las normas constitucionales impugnadas. Ahora bien, más allá de los informes, opiniones y sentencias existentes en el sistema interamericano que aplican exigencias de razonabilidad y proporcionalidad y que sirven como “argumentos de autoridad”, el fundamento de fondo es muy simple: en la medida que la vulneración de un derecho consagrado en un tratado internacional puede tener diverso origen y producirse de cualquier forma, no resulta lógico aceptar que la sola naturaleza o categoría de la norma a través de la cual se concreta la infracción, transforme una norma injusta e irrazonable en una legítima disposición constitucional, que genere efectos en el orden interno y exima de responsabilidad en el ámbito internacional. La aceptación de una tesis fundada en la naturaleza y rango de la norma constitucional, restaría efectividad a los derechos que se reconocen y protegen, dejando la puerta abierta para que los Estados, mediante la elección de una categoría normativa determinada, actúen de mala fe y eludan el control jurisdiccional a que se han sometido voluntariamente. De nada serviría un sistema de derechos y garantías en que la forma prime sobre la sustancia o en que el principio *pacta sunt servanda* sea un mero adorno. Por ello, me parece, que la razonabilidad y proporcionalidad no es hoy una exigencia que se deba formular exclusivamente respecto del legislador. Todo órgano del Estado que ejerza poder debe estar sometido a esos criterios de actuación, incluso una asamblea o comisión constituyente. Una conclusión distinta, en mi opinión, cuestiona las bases convencionales sobre las que se construye la todavía frágil comunidad internacional y sostiene un concepto obsoleto de soberanía que parece estar en retirada.

Paso ahora a ocuparme, en primer término, de la anticipación punitiva que se desprende de la literalidad del art. 16.2 de la CPR. Podemos, me parece, coincidir que cualquier adelantamiento de un efecto punitivo debe ser mirado con sospecha. Y que aunque esa anticipación esté prevista en la Constitución no

es, por ese mero hecho, intrínsecamente buena. En ocasiones se actúa frente a un texto constitucional como si fuese una revelación dictada en un momento de lucidez institucional y, por lo menos, en el caso del art. 16.2 no es así⁹⁴. Entiendo, por otra parte, que se postule que el Estado y la sociedad tienen el derecho de defenderse contra el delito, pero este derecho debe ser conciliado con el del individuo sometido a investigación criminal, de forma que ninguno de ellos sea sacrificado innecesariamente en aras del otro. La aspiración social que los criminales reciban castigo debe esperar (y presuponer) que se haya establecido previamente esa calidad. Existe consenso que cualquier privación o restricción de derechos mientras se tramite un proceso penal debe guardar relación con los fines del procedimiento y que la imposición excepcional de medidas cautelares deben justificarse por su nexo directo con el proceso en curso. Si aceptamos, como lo hace el propio Instituto del Libertad y Desarrollo, que la acusación carece de toda relación con el derecho a sufragio del acusado, la suspensión de este derecho es una inadmisibles restricción de un derecho fundamental, pues impone consecuencias que son propias de la sentencia definitiva.⁹⁵ La suspensión del derecho a sufragio

⁹⁴ Recordemos que el texto original del art. 16.2 de la CPR, que en su esencia se mantiene inalterable, fue el producto de un proceso constituyente de dudosa legitimidad democrática que no se puede estimar salvada con la realización de un acto plebiscitario. Sobre este punto consultar: SAGÜES (2009), p. 161.

⁹⁵ Ver: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA (2001). Caso *"Alianza Frente para la Unidad"*, p. 26. A este respecto es interesante consultar el voto concurrente de los jueces de la Corte Suprema argentina Augusto César Belluscio y Gustavo A. Bossert. Es especialmente de interés el considerando 8º del voto concurrente que señala, desde el tercer párrafo, lo siguiente: "La nítida diferenciación entre las situaciones de los condenados y de las personas detenidas que carecen de un pronunciamiento definitivo que hubiese juzgado sobre la culpabilidad, es reafirmada por el llamado "Conjunto de principios para la protección de personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión", aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988, al disponer que "sólo se procederá al arresto o detención de la persona sospechada o acusada de un delito en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley", y que "estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso e instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención" (principio N° 36, ap. 2º, en "Recopilación de las reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y de la justicia penal", pág. 286). Concordeamente, como lo ha recordado esta Corte en el precedente de Fallos: 321:3630, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, ha consagrado dentro del contexto general de los instrumentos internacionales vigentes, que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva y que, a su vez, no debe constituir una regla general, como expresamente lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia. Esta Corte ha coincidido con tal calificación, al subrayar la naturaleza cautelar de la prisión preventiva y, desde tal premisa, que pueda ser considerada una pena anticipada (Fallos: 321:3630)".

puede producir efectos irreparables, evitando la postulación y la emisión del voto. El caso del Alcalde de Llanquihue es una demostración de lo permanentes que pueden ser los efectos de la suspensión del derecho a sufragio. Simplemente no pudo postular a la reelección. Lo mismo ocurre con las personas que acusadas por delitos que merecen pena aflictiva no pudieron votar. La situación no puede ser retrotraída aunque sean absueltos en el juicio. Esto fue lo que ocurrió en el caso del Alcalde de Llanquihue.

La legitimidad del fin perseguido por las normas internas constituye una preocupación central de la Comisión Interamericana. Este órgano viene sosteniendo desde hace más de una década que toda diferenciación o restricción en materia de derechos fundamentales requiere de una justificación suficiente, necesaria, razonable y proporcionada para alcanzar la finalidad deseada por el Estado, agregando que se exige además que esta finalidad estatal sea legítima⁹⁶. En el Informe 98/2003, reproduciendo las palabras del TEDH en los casos “Mathieu-Mohin and Clerfayt contra Bélgica” y “Matthews contra Reino Unido”, señala que:

“[...] corresponde a la Corte determinar como último recurso si se han cumplido los requisitos del Protocolo N° 1 (P1); debe manifestarse satisfecha de que las condiciones no restringen los derechos en cuestión en tal medida que afecten su propia esencia y les quiten efectividad; de que son impuestos en procura de un objetivo legítimo, y de que los medios empleados no son desproporcionados. En particular, esas condiciones no deben impedir la libre expresión de la opinión de los pueblos en la elección de sus legisladores”⁹⁷.

Nuestro esfuerzo se destinará, a continuación, a testear la legitimidad del fin perseguido por el Constituyente. Independiente de la jerarquía de la norma, su finalidad debe ser escrutada con cuidado, en especial si implica la vulneración de un derecho constitucional y de normas internacionales a las que el Estado ha adherido voluntariamente, y lo más importante, si supone la postergación de valores tan trascendentales como, por ejemplo, el carácter democrático del Estado y la dignidad de las personas. La legitimidad de dicho fin exige también una observación meticulosa si no se aprecia razonablemente de qué forma la privación de los derechos políticos guarda relación con los fines del proceso penal o con la organización del sistema judicial o carcelario.

⁹⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999). Caso 11.863 “Andrés Aylwin Azócar y otros vs. Chile”, párrafo 102.

⁹⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003). Caso 11.204 “Statehood Solidarity Committee vs. Estados Unidos”, párrafo 91. En esto la Comisión sigue de manera textual la doctrina del TEDH en los casos “Mathieu-Mohin and Clerfayt contra Bélgica”, N° 9267/81, sentencia de 2 de marzo de 1987; “Matthews, Denise contra Reino Unido”, N° 24833/94, sentencia de 18 de febrero de 1999.

Para juzgar la legitimidad de una intervención o medida estatal existen varios test. Una medida no sólo es ilegítima por desproporcionada, sino que también si no supera otros límites constitucionales tales como el principio de reserva legal de los derechos fundamentales, la compatibilidad del fin de la medida con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, el principio de interdicción de la arbitrariedad y el respeto del contenido esencial del derecho. Todos estos límites a la actividad limitadora encuentran sustento normativo en nuestro ordenamiento. Así el art. 19.26 de la CPR es el baluarte del principio de reserva legal y del contenido esencial de los derechos fundamentales. El art. 19.2 contiene en forma expresa la interdicción de la arbitrariedad al proscribir las diferencias arbitrarias.

La cuestión es, entonces, intentar demostrar a través de la aplicación de estos límites que el Estado al establecer constitucionalmente que la acusación suspende el derecho de sufragio no está actuando dentro de rangos de consistencia normativa o sistémica, razonabilidad, trato igualitario y respeto a la esencia del derecho a ser presumido inocente y a participar en los asuntos públicos.

La incompatibilidad del precepto constitucional con una 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. Así, por ejemplo, si se admite que el carácter democrático del Estado chileno constituye un principio que informa la interpretación de las normas constitucionales y legales, la afirmación consecuente es que cualquier regulación constitucional de la estructura política de nuestra comunidad debe tender siempre a una extensión o ampliación de los derechos de participación política, con el fin de asegurar dicho carácter democrático. Además, la sola circunstancia que una medida cuya legitimidad se pretende contradiga otro fin constitucionalmente legítimo, como la dignidad de las personas, del que se desprende, en mi opinión, el derecho de toda persona a ser presumido inocente, debe constituir un llamado de atención para efectuar un testeo más exhaustivo de ella, antes de atribuirle ciertas bondades.

Por otra parte, es obvio que las diferencias que haga el legislador o cualquier autoridad deben estar justificadas racionalmente, lo que equivale a decir que no

deben ser arbitrarias. Para que pueda plantearse que la regulación del derecho a sufragio persigue un fin legítimo se debe justificar por qué su suspensión no es una diferencia arbitraria, si existe consenso que la inocencia es un estado predicable tanto respecto de quién está acusado como de quién está sólo formalizado. Toda diferencia de trato debe estar sustentada en su razonabilidad y objetividad, esto es, en la posibilidad de explicación o justificación racional de dichas diferencias. Por lo tanto, una norma que discrimina a una persona haciéndola sufrir la sospecha del Estado y las consecuencias de esa mera sospecha, cuando aún no se ha comprobado y determinado su responsabilidad penal, no cumple ninguna de esas exigencias. No existe razón para creer que está justificada la diferencia por la circunstancia que la acusación implica un mayor grado de certeza en la imputación. Tanto la formalización como la acusación son actuaciones privativas del fiscal y no constituyen una declaración de culpabilidad que afecte la presunción de inocencia. La sola presentación de la acusación no asegura la condena penal.

En relación a la presunción de inocencia, se debe partir reconociendo que este derecho, en ningún caso, es absoluto. Las normas nacionales e internacionales así lo consideran. Entonces, queda por determinar ¿de qué forma se vulnera el contenido esencial del derecho a ser presumido inocente cuando se establece la suspensión del derecho de sufragio por la mera existencia de una acusación penal? ¿Qué produce que el art. 16.2 afecte el contenido esencial de esta garantía constitucional y transforme en ilegítimo el fin perseguido por el Constituyente?

Según el Tribunal Constitucional español una aproximación a la idea de “contenido esencial”⁹⁸, puede seguir dos caminos complementarios entre sí. En el primero, considerada la naturaleza del derecho, este contenido esencial está determinado por aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo, desnaturalizándose. Un segundo camino, que sigue la tradición de los llamados intereses jurídicamente protegidos, conduce a hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De acuerdo a esta segunda vía se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones

⁹⁸ Sobre la garantía del contenido esencial como restricción a las restricciones, ver: ALEXY (2007), pp. 257-262.

que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección⁹⁹.

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 no exista sentencia condenatoria firme, debe partirse de la idea de su inocencia y, en consecuencia, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos¹⁰⁰. Si bien la inexistencia de condena, no obsta a la restricción de derechos, su imposición debe responder instrumentalmente a los objetivos generales del procedimiento penal y sólo en la medida estrictamente necesaria. A diferencia de las medidas cautelares que contempla el Código Procesal Penal, que tienen directa relación con el proceso penal, cabe preguntar ¿qué gana el proceso penal con la suspensión del sufragio? ¿De qué forma la suspensión del sufragio es instrumental –característica propia de las medidas cautelares– con los fines del proceso penal? En este sentido, se puede sostener que, incluso aceptando que se trata de un derecho –a ser presumido inocente–, sujeto a límites o restricciones, la limitación del art. 16.2 de la CPR puede ser considerada ilegítima. No parece legítimo regular la suspensión del derecho de 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.

En tercer lugar, examinaremos la proporcionalidad de la medida impuesta por el Constituyente. Conviene recordar que el principio de proporcionalidad tiene una larga tradición en el continente europeo y que está conformado por un conjunto de criterios o sub-principios que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de medidas o actuaciones restrictivas de las libertades o derechos. Estos sub-principios son: el de utilidad o idoneidad, el de necesidad de la intervención y el de proporcionalidad *stricto sensu*. Así se dice que una determinada medida o actuación infringe el principio de proporcionalidad: por inútil, si apreciada, a priori, se muestra absolutamente incapaz para lograr la consecución del fin propuesto; por innecesaria, si existen de manera evidente otras alternativas menos gravosas e igualmente eficaces; por desequilibrada o desproporcionada en

⁹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1981). Recurso de inconstitucionalidad (derecho de huelga). Fundamento jurídico 8º.

¹⁰⁰ MONTAÑÉS PARDO (1999), p. 39.

sentido estricto, si genera de manera patente más perjuicios que beneficios en el conjunto de derechos, bienes o intereses en conflicto¹⁰¹.

En esta parte intento evidenciar que el art. 16.2 es injusto, por infringir el principio de proporcionalidad. Como se sabe el principio de proporcionalidad, aplicado al razonamiento jurídico, asume el carácter de un test que tiene el mismo número de etapas que número de criterios se señalan para el principio que le da origen. Sostengo concretamente que el precepto que se critica en este trabajo no superaría el test de proporcionalidad en sus tres etapas: el test de idoneidad de la medida, de la necesidad de la intervención o medida restrictiva y el test de la proporcionalidad *stricto sensu*¹⁰².

El test de idoneidad permite indagar si la medida restrictiva del derecho de sufragio y de la presunción de inocencia contribuye a la obtención de un fin constitucional. Este fin, en el caso que nos ocupa, es el funcionamiento del sistema democrático o la transparencia moral de las elecciones. ¿Sirve el art. 16.2 de la CPR a la protección del sistema o instituciones democráticas? Me parece que la idoneidad de la restricción debe ser evaluada a partir de la relación objetiva y directa que se establezca con la calidad de las decisiones democráticas o con su valor moral. El que personas acusadas de un delito que merezca pena afflictiva 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 todos¹⁰³.

En el caso que se estime que las razones aportadas no son suficientes para estimar inidónea la medida del art. 16.2, queda por inquirir si existen otras alternativas o mecanismos menos gravosos e igualmente eficaces para lograr el fin propuesto: proteger la democracia. Un elemento para responder es que la

¹⁰¹ Para un estudio acucioso del principio de proporcionalidad se puede consultar: INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, INAP (1997), 374 pp.

¹⁰² Para verificar la aplicación del test de proporcionalidad en el ámbito interamericano, ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008). Caso “*Kimel vs. Argentina*”, párrafos 56-95.

¹⁰³ De alguna forma esta medida presupone la corrección del argumento que permite castigar políticamente a los delincuentes por ser culpables de traición y rebeldía a la comunidad. Corrección argumental que no comparto.

comprensión de la proporcionalidad en esta parte descansa sobre una idea básica y de sentido común: *el Estado sólo está facultado para restringir las libertades individuales cuando no puede alcanzar un determinado objetivo de otra forma*.¹⁰⁴ A mi juicio, lo peor que puede ocurrir en este caso es que se actúe como si no existiesen alternativas. Puestos en la situación que más problemas suscita, la pregunta debe ser: ¿Qué ocurrirá si el acusado es finalmente condenado y ha accedido al cargo al cual postuló? ¿Puede establecerse, una causal de inhabilidad sobreviniente y regularse la forma de suplir la vacancia? La respuesta a esta última pregunta debe ser, en mi opinión, afirmativa. De hecho, las inhabilidades sobrevinientes existen en nuestro sistema y constituyen una respuesta institucional adecuada para aquellos casos en que se declara jurisdiccional o administrativa-mente el hecho que las origina. Además, sólo de esta manera se armonizará o compatibilizará la pérdida del derecho de sufragio con el estado de inocencia, y la sentencia penal se constituirá así en el único medio con la fuerza para privar de los derechos políticos. Con ello se impide que una persona que ha incurrido en un delito considerado grave por la comunidad política continúe detentando un cargo público, sin que se cuestione su desempeño anterior. La inhabilidad sobreviniente es eficaz para conseguir el objetivo propuesto y es menos limitativa del derecho de sufragio y del derecho a ser presumido inocente.

Por otra parte, en el caso de los acusados privados de libertad ¿qué buenas razones (que no sean meras “razones prácticas”) impiden que puedan emitir su sufragio a través de otros mecanismos, tales como el voto postal o electrónico o que sencillamente se habiliten mesas dentro de los recintos penales? Esto por cierto debiera hacerse respecto de los presos que no están acusados, pues hoy no existe ninguna norma que les restrinja el sufragio. La falta de regulación en esto es patente y absolutamente inconstitucional. No basta con sostener que el voto de los presos acarrearía costos e inconvenientes de todo tipo. ¿Qué costo político, social o económico tendría habilitar el voto postal? Es cierto que puede ser compleja su implementación, pero en ningún caso es imposible. Se trata, sin duda, de una medida igualmente eficaz, que no perturba, por un lado, el orden y disciplina en los recintos penales, y por otro, se orienta a lograr la mayor participación política y el respeto de los derechos de las personas.

En último término, la proporcionalidad en *sentido estricto* equivale a preguntar si las ventajas derivadas a favor de la protección de un fin público compensan los prejuicios causados en el derecho que se limita. Como el examen de la pro-

¹⁰⁴ BASTRESS (1998), pp. 239-254.

porcionalidad de la medida contenida en el art. 16.2 de la CPR está presidido por la lógica de la relación de medio a fin, es evidente que dicho examen debe manifestar la necesidad de determinar si la utilización, y los beneficios del empleo, de un determinado medio es proporcional para la consecución de cierto fin.

En esta tercera etapa las preguntas deben ser las siguientes: ¿La medida contenida en el art. 16.2 genera más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores jurídicos? ¿Es excesivo, para proteger la democracia, suspender el derecho de sufragio de quienes aún no están condenados? ¿La ganancia que experimenta la democracia justifica el perjuicio que sufre el titular de los derechos?

Antes de responder a los interrogantes planteados insistamos que la suspensión del derecho de sufragio –con la consiguiente afectación sustancial de la presunción de inocencia– persigue salvaguardar o proteger el sistema democrático o la moralidad de la democracia. En consecuencia, se enfrentan dos derechos, uno político y otro civil, contra un fin de interés general, que podemos llamar el correcto funcionamiento del sistema democrático. Para los efectos de la argumentación posterior conviene tener presente que en estos conflictos se postula la precedencia *prima facie* del derecho individual, por lo que en caso que se quiera privilegiar el bien colectivo se requiere que se justifique suficientemente el sacrificio del derecho y la victoria del bien colectivo. Así, la carga de la argumentación recae sobre quienes postulen la prevalencia de los bienes colectivos, por lo que la tarea puede simplificarse¹⁰⁵.

En primer lugar, la proporcionalidad *stricto sensu* de la restricción está dada, en gran parte, por la importancia del cumplimiento de uno de los extremos del conflicto. Supongamos que es importante, para nosotros, el correcto funcionamiento de la democracia y que aceptamos que para ello puede ser necesario que se restrinjan los derechos de algunas personas. Esa aceptación está fundada en la idea bien intencionada que la restricción de los derechos significará un factor que potenciará el funcionamiento del proceso y sistema democráticos. Los supuestos anteriores exigen demostrar que la restricción de los derechos realmente ha servido para mejorar la calidad de las decisiones democráticas o para proteger el sistema. Solamente se podrá superar esta etapa del test si podemos concluir que en la relación costo/beneficio en que se resuelve esta etapa, ha valido la pena pagar un precio alto por un bien tan importante, postergando otros. Como se observa esta etapa opera sobre varios supuestos que, si no se demuestran, permiten cuestionar el sacrificio o costo pagado.

¹⁰⁵ ALEXY (2004), p. 207.

La mejoría en la calidad de las decisiones del cuerpo electoral, como efecto de la suspensión del sufragio, es, en mi opinión, una mera hipótesis de comprobación, sino imposible, al menos muy difícil. Si nada asegura que las decisiones democráticas serán más correctas o que el sistema democrático funcionará mejor, la medida contenida en el art. 16.2 no compensa el perjuicio que se causa al titular del derecho de sufragio y del derecho a la presunción de inocencia. Con ello se demuestra que la ventaja que produce la restricción, siendo meramente hipotética, sacrifica unos derechos sin una utilidad demostrable. Una medida restrictiva en esas condiciones es absolutamente desproporcionada, ya que no satisface la “ley de la ponderación”, de que “cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que retrocede mayor debe ser la importancia del cumplimiento del que prevalece”¹⁰⁶.

Por otro lado, si el dispositivo del art. 16.2 genera la exclusión de personas que deben ser consideradas inocentes, basado solamente en una sospecha institucional, se genera un efecto perverso. Una medida que procura proteger la democracia y todos sus elementos —entre ellos, el sufragio universal— termina excluyendo a determinadas personas sin un fundamento sólido, y, por lo tanto, lejos de potenciar a la democracia, se socava y limita la deliberación, las decisiones y la representatividad democráticas.

El mérito de los argumentos precedentes —carácter hipotético de la mejoría que experimentan las decisiones colectivas y el efecto perverso que produce en el sistema democrático cualquiera tipo de exclusión— requieren ser escrutados y corroborados o descartados. Propongo para efectuar este escrutinio y análisis la tesis de C.S. Nino acerca del valor epistémico de la democracia cuya formulación es la siguiente: existen más razones para suponer que, en general, el proceso democrático conduce con mayor probabilidad a decisiones correctas que cualquiera de los métodos alternativos de decisión colectiva. La tesis enunciada, por una parte, corrobora que ese valor epistémico sólo es una suposición acerca de la probabilidad de la obtención de decisiones correctas, nunca una seguridad. Y por otra, que no obstante las dudas sobre la fiabilidad del sistema democrático para producir decisiones correctas, las probabilidades de obtenerlas aumentan si se cumplen unas condiciones o exigencias que generan una mayor tendencia a la imparcialidad, entendida como la capacidad de considerar la mayor cantidad de intereses posible. Entre esas condiciones están sin duda una participación amplia en el debate y en la decisión y la libre e igualitaria presentación de todos los puntos de vista. No

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000), p. 135. Para una explicación de la “ley de la ponderación” consultar: ALEXY (2007) 135-146 y 529-546.

veo como una medida de exclusión basada en una mera sospecha institucional maximizaría el valor epistémico de la democracia.¹⁰⁷

Tampoco la restricción analizada contribuye al mejoramiento de la democracia si, en definitiva, la medida que inhabilita a una persona acusada penalmente para postularse a un cargo público, para referirme al caso que suscita más cuestionamientos, significa secuestrar el derecho que tienen los miembros de la comunidad nacional o local para elegir entre los candidatos que creen desarrollará de mejor forma la función pública. En definitiva, implica un paternalismo reñido con la teoría y práctica liberal-democrática.

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

Finalmente, si pensamos que lo puesto en juego con la exclusión es, en último término, el derecho a la igualdad, es necesario comprender qué significa la exclusión de la participación política.¹⁰⁸ Más allá del carácter decisivo o no que pueda tener el voto de una persona en la configuración de la voluntad democrática y de la irreparabilidad de los efectos que produce la exclusión, principalmente, cuando afecta al sufragio pasivo, la suspensión del sufragio de los acusados debe ser analizada desde la concepción de la *justicia comparativa*, entendida como aquella que exige la justicia en la distribución de los bienes, no necesariamente en una cantidad concreta o adecuada para un propósito concreto, sino una cantidad básicamente determinada por la necesidad de evitar la desigualdad o la desproporcionalidad.¹⁰⁹ Si bien desde la justicia comparativa la suspensión puede ser interpretada como insulto o afrenta a personas inocentes, es sobre todo una arbitrariedad que como tal afecta el derecho que tiene toda persona de ser tratado como igual en relación con otros que están en su misma situación de inocencia, v. gr. aquellos sujetos que están formalizados.

Lo dicho permite concluir que el art. 16.2 enfrentado a distintos filtros que sirven para evaluar su oportunidad, legitimidad, razonabilidad y justicia, no sale

¹⁰⁷ Sobre el valor epistémico de la democracia, consultar: NINO (1991), p. 116.

¹⁰⁸ De acuerdo a información proporcionada por el Servicio Electoral, a petición del autor, el número de personas con derecho a sufragio suspendido, por aplicación del artículo 16.2 de la Constitución Política de la República, ascendió a 2.126 en las elecciones municipales de 2008 y a 3.910 en las elecciones de 2009.

¹⁰⁹ WALDROM (2005), pp. 277-285.

indemne, sino que por el contrario se demuestra la necesidad de su desaplicación o derogación.

8. OBLIGATORIEDAD DEL ART. 23.2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA ¿EXISTE MARGEN DE APRECIACIÓN?

Una cuestión que debe resolverse es si los estados, de acuerdo al art. 23.2 de la CADH, en la regulación de los derechos políticos, tienen algún “grado de apreciación”. Recordemos que el TEDH, en diversos fallos, ha formulado la doctrina del “margen de apreciación”¹¹⁰. Este término se refiere al espacio de maniobra que la corte europea le reconoce a los estados en el cumplimiento de sus obligaciones bajo la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante la CEDH). El fundamento de la doctrina del margen de apreciación se encuentra, por un lado, en la necesidad de respetar las diversas tradiciones legales y culturales existentes en Europa, y por otro, en la gradualidad del establecimiento de un estándar común de protección de los derechos. Estos dos extremos se han equilibrado considerando una serie de elementos, a saber: la soberanía nacional, la protección efectiva de los derechos, la subsidiariedad de la protección europea, la existencia de un consenso europeo, la naturaleza de los derechos y los objetivos perseguidos por la medida controvertida.

La doctrina del margen de apreciación postula que los Estados, por su contacto directo y continuo con la sociedad en que las regulaciones van a aplicarse, están en mejor posición para determinar el contenido exacto de los derechos y libertades, como para establecer sus limitaciones y restricciones. Por ello, aplicando el principio de subsidiariedad, se afirma que los estados deberían decidir democráticamente por sí mismos que es lo más adecuado para ellos, creando las instituciones, procedimientos y mecanismos que contribuyan de mejor forma a la protección de los derechos de las personas. Ahora bien, en la medida que el margen de apreciación puede ser analizado desde la perspectiva del interés de los estados de mantener un amplio poder de discreción como del interés de los ciudadanos de beneficiarse de un alto nivel de protección, en caso alguno, puede ser concebido como un poder ilimitado de apreciación. Dos factores convergen en sentido opuesto a una pretensión como ésta. En primer lugar, los estándares comunes establecidos por la CEDH no son establecidos en interés de los estados sino de sus ciudadanos, y en segundo lugar, el margen de apreciación supone y

¹¹⁰ Para un análisis del margen de apreciación, consultar: BENAVIDES CASALS (2009), pp. 295-310. Ver también: NÚÑEZ POBLETE (2009), pp. 487-529. En este último artículo se puede encontrar una explicación de la relación de la doctrina del margen de apreciación con el concepto de identidad constitucional.

requiere supervisión jurisdiccional externa. A lo sumo, como sostiene Manuel Núñez, la doctrina del margen de apreciación implica de parte de los organismos internacionales de supervisión deferencia hacia la solución nacional¹¹¹.

La Comisión Interamericana, siguiendo al TEDH en la formulación de la doctrina del margen de apreciación, al interpretar el artículo 23 de la Convención Americana, ha reconocido un grado de autonomía a los Estados para organizar sus instituciones políticas a fin de dar efecto a los derechos de participación política, admitiendo la existencia de un margen para una amplia variedad de formas de gobierno. La Comisión ha sido enfática en decir que su función y objetivo no es crear un modelo uniforme de democracia representativa para todos los Estados, sino determinar si la legislación de un Estado infringe derechos humanos fundamentales. Una vez más, repitiendo los conceptos de su símil europeo, afirma que los derechos de participación política no son absolutos, que existe un margen para “limitaciones implícitas”, esto es, que los Estados disponen de un margen de apreciación en la modulación e implementación de tales derechos.

No obstante ese reconocimiento de autonomía al legislador interno, la Comisión ha subrayado que el art. 23.2 de la CADH establece una lista exhaustiva de los fundamentos en base a los cuales los Estados podrían correctamente fijar limitaciones al ejercicio de los derechos y oportunidades referidas en el artículo 23.1 de la Convención, a saber, la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil y mental, o por sentencia de tribunal competente en una acción penal.

En el Informe Nº 137/99 dijo que la propia Convención reconoce las limitaciones que el Estado puede establecer razonablemente al ejercicio de los derechos políticos exclusivamente por las razones recién mencionadas. Y reduciendo ostensiblemente, en este particular aspecto, el margen de autonomía o de apreciación de los estados sostuvo que:

“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”¹¹².

El art. 23.2 de la CADH, en consecuencia, deja una maniobrabilidad muy escasa a los estados, pues el texto es claro cuando se refiere, entre otras razones,

¹¹¹ NÚÑEZ POBLETE (2009), p. 520.

¹¹² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999). Caso 11.863 “Andrés Aylwin Azócar y otros vs. Chile”, párrafo 101.

exclusivamente a condena dictada por juez competente en un proceso penal. La corte argentina, en el fallo “Alianza Frente para la Unidad”, recurriendo a principios de interpretación de los tratados¹¹³, señala que la expresión “condena por juez competente en proceso penal” no genera dudas en cuanto a su alcance y exige su directa aplicación. Asimismo, el tribunal trasandino afirma que esta restricción impuesta a los estados armoniza con el estado de inocencia que ampara a toda persona sujeta a una imputación penal, en la medida que el nuevo contenido constitucional individualiza exclusivamente a los condenados por juez competente en proceso penal como destinatarios de la reglamentación de los derechos políticos a que se refiere el art. 23 de la convención¹¹⁴.

En su voto particular el juez Santiago Petracchi es aún más explícito al indicar que:

“...cuando un criterio discriminatorio está expresamente vedado —como resulta del art. 23 in fine del pacto— no existe margen de apreciación alguna para el legislador de rango inferior, el que debe limitarse a respetar la prohibición constitucional.

*El Pacto de San José —según ya se expresó— sólo autoriza a “reglamentar” el ejercicio de los derechos políticos respecto de los condenados, categoría a la que no puede asimilarse la de los procesados, sea que estén o no detenidos”*¹¹⁵.

Creemos que a esta misma conclusión se debería llegar en Chile. El mandato del artículo 23.2 de la CADH es prístino, no requiere de una mayor regulación o implementación, se trata de una norma autoejecutable, es plenamente respetuosa del estado de inocencia y, más allá de su carácter de norma de derecho internacional, con toda la discusión sobre su jerarquía, asegura de mejor forma los derechos de las personas¹¹⁶.

La Comisión Interamericana ha sido explícita en señalar que la literalidad del art. 23.2 de la CADH —esto es, la existencia de un *numerus clausus*— impide concebir que el constituyente o legislador estatal tienen un margen de apreciación

¹¹³ Me refiero a los principios generales de interpretación (principio de buena fe y al principio del objeto y fin del tratado) y los especiales contenidos en la CADH (entre ellos, el de prohibición de restricción o menoscabo extensivo de los derechos).

¹¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA (2001). Caso “Alianza Frente para la Unidad”, (2001), pp. 4-5.

¹¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA (2001). Caso “Alianza Frente para la Unidad”, (2001). Voto concurrente del juez don Santiago Petracchi, pp. 36-37.

¹¹⁶ Los tribunales nacionales están obligados a efectuar el control de convencionalidad entre las normas internas y las internacionales, cualquiera que sea la jerarquía de las primeras. Sobre este tipo de control, ver: HITTERS (2009), pp. 109-128.

para desarrollar o regular el derecho de sufragio de una manera distinta como lo establece la Convención. Igual fundamento se encuentra en la jurisprudencia argentina. Una solución diferente colisionaría con la prohibición, contenida en el art. 29.a, de limitar los derechos reconocidos en la Convención en mayor medida que la prevista en ella.

Resumiendo lo expuesto en esta sección y en la precedente, sostengo que existen dos maneras de evaluar la incompatibilidad del art. 16.2 de la CPR con la CADH. La primera ha implicado inquirir si la finalidad perseguida por el Estado al establecer las causales de suspensión del derecho de sufragio es jurídicamente oportuna, legítima y proporcional. La segunda ha consistido en determinar si la regulación del derecho de sufragio contenida en la disposición constitucional chilena está dentro o fuera del margen de apreciación que permite la Convención. A la primera cuestión la respuesta no puede ser otra que la falta de oportunidad, legitimidad y proporcionalidad de la pretensión del Constituyente. A la segunda, la respuesta también es categórica. No hay margen de autonomía en la regulación del derecho de sufragio.

9. VÍAS PROCESALES FRENTE A UNA NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL

El que una norma constitucional pueda ser inconstitucional por estar en contradicción con otras normas, principios o valores constitucionales es una cuestión que tiene alguna historia en nuestra disciplina¹¹⁷. Otto Bachof, en su breve pero interesante obra “¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?”, nos recuerda que esa pregunta implica dos cosas: una, jurídica-material, y otra jurídica-procesal. La primera aborda la cuestión de si y bajo qué circunstancias una norma constitucional puede ser inconstitucional o si puede ser invalidada por la contradicción con un llamado *derecho metapositivo o supralegal*¹¹⁸, cuya posibilidad –la inconstitucionalidad–, el autor reconoce expresamente¹¹⁹. La segunda, en cambio, concierne a la correspondiente competencia jurisdiccional para el control.

El anterior párrafo contiene dos afirmaciones problemáticas: la existencia de normas constitucionales inconstitucionales y la referencia a un derecho metapo-

¹¹⁷ BACHOF (2008).

¹¹⁸ BACHOF (2008), p. 21. Bachof parece considerar que el derecho *metapositivo o supralegal* puede tener distinto origen. Así puede ser de carácter preestatal, metaestatal o supraestatal y natural.

¹¹⁹ BACHOF (2008), p. 71.

sitivo. No podré seguramente agotar la discusión sobre la primera, pero sí espero demostrar que no se trata de asertos que calzan únicamente con una concepción *iusnaturalista*.

Otto Bachof, luego de exponer varias formas en que se puede producir la inconstitucionalidad de normas constitucionales, sostiene que la tesis sobre la “imposibilidad conceptual” de normas constitucionales inconstitucionales no resiste análisis¹²⁰. Por su parte, desde una perspectiva positivista Hans Kelsen afirma que, si se opera desde el supuesto de preeminencia del Derecho Internacional, una ley constitucional que contradice un tratado es irregular, esto es, contraria al Derecho Internacional y, concretamente, en forma mediata, contraria al principio *pacta sunt servanda*¹²¹. No olvidemos que, en la concepción kelseniana, la inconstitucionalidad es una forma de irregularidad normativa. Luis Díez-Picazo, en igual sentido, sostiene que la aprobación de una norma constitucional contraria a un tratado supone un incumplimiento de lo acordado que puede dar lugar a responsabilidad internacional. Díez-Picazo reconoce que el Derecho Internacional no exige la anulación de la norma constitucional ni menos determina directamente su invalidez, por lo que el problema en realidad es uno de ilicitud internacional del comportamiento estatal, antes que de invalidez de normas. En todo caso admite el autor ibérico que la declaración de inconstitucionalidad de normas constitucionales, siendo infrecuente en el panorama comparado, no es una imposibilidad lógica¹²².

Es necesario recordar que los tribunales chilenos con jurisdicción constitucional¹²³ han tenido la oportunidad de expedirse sobre la posibilidad de controlar la existencia de eventuales normas constitucionales inconstitucionales.¹²⁴ En los

¹²⁰ BACHOF (2008), p. 71.

¹²¹ KELSEN (2008), p. 16.

¹²² KELSEN (2008), p. 27.

¹²³ Me refiero a tribunales con jurisdicción constitucional para incluir a la Corte Suprema hasta el año 2005, cuando tenía competencia para conocer del denominado recurso de inaplicabilidad.

¹²⁴ CORTE SUPREMA DE CHILE (1984). Roles N° 23.675-1984 y 23.584-84. *Recursos de inaplicabilidad. Recurrentes Jorge Sagredo Pizarro y Alberto Topp Collins*, respectivamente. En estos fallos se sostiene que: “...fundamentando el recurso se expresa que el N° 1 del artículo 19 es contradictorio entre sí, contradicción que también advierte entre las disposiciones 1° y 5° transitorias; pero como el recurso de que se trata no se ha establecido para resolver la contradicción que pueda existir en una misma disposición constitucional, o entre dos o más de ellas, sino que para decidir si en un caso determinado una disposición legal y no constitucional es inaplicable por ser opuesta a la Constitución, aquellas alegaciones no serán consideradas en este fallo”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (1987). Rol N° 46-1987. *Requerimiento contra Clodomiro Almeyda Medina por infracción al artículo 8° de la CPR*. En este último fallo afirma el tribunal, refiriéndose a la contradicción invocada por el requerido entre el art. 5° de la CPR y

casos que conozco la respuesta ha sido negativa. La Corte Suprema tuvo, en 1984, con ocasión del caso caratulado “Sagredo Pizarro y Topp Collins”, oportunidad para pronunciarse sobre la existencia de normas constitucionales inconstitucionales descartando tener competencia a través del recurso de inaplicabilidad para conocer de una alegación de tal naturaleza. Por su parte, el Tribunal Constitucional en 1987 conociendo el requerimiento contra don Clodomiro Almeida Medina también se expidió expresamente contra la existencia de normas constitucionales inconstitucionales.

Creo también que la inconstitucionalidad de normas inconstitucionales no es una imposibilidad lógica o conceptual. Propongo para explicar este aserto que imaginemos un Estado que después de cumplidos todos los trámites internos ratifica un tratado internacional de derechos humanos que se incorpora al orden normativo interno, según una buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia, con rango constitucional. ¿Qué ocurre si ese Estado que ha aceptado voluntariamente el ingreso de una norma externa a su ordenamiento, en virtud de una remisión normativa expresa o a través de una cláusula genérica de apertura, produce tiempo después normas constitucionales que privan de efectividad a las normas incorporadas? ¿Puede un Estado valiéndose de una norma constitucional excusarse de cumplir un tratado? ¿Cómo llamamos a ese incumplimiento normativo? Por supuesto que frente a la comunidad internacional el Estado incurre en una ilicitud de la que deriva responsabilidad internacional, pero también en el ámbito interno esa ilicitud generará consecuencias. Un Estado no puede excusar el incumplimiento de un tratado en una norma interna cualquiera sea su rango. Así lo ha sostenido, fundándose en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, la Corte Suprema en varias sentencias. Para responder la tercera pregunta es necesario, además, hacer algunas observaciones previas. Una norma constitucional puede ser modificada por otra del mismo rango. Sin embargo, esta regla tiene una excepción cuando estamos en presencia de normas que reconocen y garantizan derechos humanos. La excepción está basada en el principio de irreversibilidad o no regresividad de los derechos humanos

el art. 8º de la misma que “...no existe, pues el artículo 8º, sanciona, precisamente, los actos destinados a propagar doctrinas que, por su contenido, atentan contra los derechos fundamentales de la persona humana. 40) Que, por lo demás, como lo ha sostenido este Tribunal en sentencia de 24 de septiembre de 1985, en principio, debe excluirse de la interpretación constitucional las posiciones que lleven a dejar sin aplicación, razonable, determinados preceptos de la Carta Fundamental. La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella”.

consultado en el art. 29.a de la Convención Americana¹²⁵. Según este principio un Estado no puede regular un derecho fundamental retrotrayendo el estándar de protección a uno anterior a la incorporación del tratado en el orden interno. El caso de no regresividad expreso más evidente es el de la pena de muerte. En Chile, y en otros países en la misma situación, no se puede restablecer la pena de muerte para delitos respecto de los cuales en algún momento se contemplaba como alternativa de punición. Pero es más, tampoco se puede modificar la Constitución agregando una norma en el art. 19 N° 1 que señale que no será aplicable el art. 4° numeral 2, párrafo final y el numeral 3 de la Convención o una que la transforme en inaplicable. La no regresividad, en definitiva, transformaría los contenidos esenciales de los derechos en intangibles. Si es así, el incumplimiento de una norma internacional que reconoce o consagra un derecho además de un ilícito internacional es una actuación irregular en el ámbito interno. Si a esa irregularidad se le quiere o no llamar inconstitucionalidad de una norma constitucional es una cuestión distinta. Lo evidente es que si la norma internacional, ya sea por expresa indicación textual o por una intensa y reiterada jurisprudencia, tiene o se le atribuye rango constitucional la norma que resulta materialmente incompatible con ella tiene un serio problema, según algunos autores, de validez, mientras que para otros de aplicabilidad.

La afirmación precedente no es en absoluto reñida con el positivismo, pues el propio Kelsen, padre del control concentrado de constitucionalidad, al alero de su concepto de constitución en sentido amplio, admite como inobjetable la anulación de leyes y otros actos por violación a una norma de Derecho Internacional general, bajo el supuesto que la Constitución reconozca expresamente esas normas generales, es decir, que las integre en el orden estatal. El mismo Kelsen acepta que el Derecho Internacional pueda constituirse en una medida de regularidad de todas las normas estatales incluyendo la Constitución y que, si se parte de la primacía del Derecho Internacional sobre los órdenes estatales, una ley constitucional que contradice un tratado sea considerada irregular¹²⁶.

No obstante, el profesor austriaco no lleva su argumentación hasta el final. Se detiene, no por la imposibilidad de la existencia de normas constitucionales

¹²⁵ Sobre la irreversibilidad de los derechos humanos, consultar: NOGUEIRA ALCALÁ (2003), p. 70. A mi juicio, más allá de consideraciones sobre la dignidad de la persona humana, el principio de irreversibilidad de los derechos humanos se puede desprender positivamente del art. 29.a de la CADH, en la medida que este precepto expresa que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en sentido de permitir a los Estados partes suprimir el goce y ejercicio de derechos y libertades. Admito, con todo, que la discusión sobre la irreversibilidad puede quedar abierta una vez que se produzca la denuncia del tratado.

¹²⁶ KELSEN (2008), pp. 16 y 33.

irregulares, o dicho de otro modo, inconstitucionales, sino por la complicada cuestión competencial. En efecto, estima que un Tribunal Constitucional que anulara una ley constitucional por violación de reglas de Derecho Internacional no podría seguir siendo considerado órgano del Estado, sino como el órgano de una comunidad jurídica superior, sin que además existan normas internacionales que faculden a unos órganos estatales a aplicar las normas de Derecho Internacional general. La primera afirmación no tiene fundamento convincente, pues se trata de un impedimento competencial, cuya solución es meramente normativa, y no de una imposibilidad conceptual, menos en un mundo con un grado de interdependencia mayor al que existía en la época de Kelsen. Por su parte, el segundo aserto retrocede frente a la formulación actual del control de convencionalidad que, aunque todavía en construcción y discusión, impone a los tribunales internos la verificación de incompatibilidades o vulneraciones en que incurran normas nacionales respecto de disposiciones internacionales.

Asimismo, advierto que Bachof entiende que lo que denomina *derecho metapositivo* está integrado, entre otros, por el derecho supraestatal, en cuanto derecho externo y superior al Estado¹²⁷. Por ello, considera que un caso de inconstitucionalidad de normas constitucionales se da por la infracción del *derecho metapositivo* que el constituyente ha positivado a través del reconocimiento de derechos fundamentales inviolables e intangibles, de tal manera que integran el “orden constitucional”. Esto puede estimarse que ha ocurrido con las diversas normas constitucionales que han venido a establecer cláusulas de apertura al derecho internacional, a través de las cuales las normas internacionales pasan a formar parte del derecho positivo interno. Hemos dicho más arriba que Favoreu opone a la crítica sobre el carácter iusnaturalista de la idea de supraconstitucionalidad la positivación de normas procedentes del derecho internacional.

Con lo expresado hasta aquí podemos sostener desde una perspectiva jurídico-material, como tesis fuerte de este trabajo, que existe una abierta contradicción entre el art. 16.2 de la CPR y el art. 19.3 inciso 5º del mismo texto y los arts. 8º y 23.2 de la CADH.

No obstante que no sea una afirmación pacífica, es posible plantear que hay determinadas normas constitucionales que al ser inconsistentes con algún derecho esencial para la comunidad política pueden estimarse inconstitucionales o inválidas. Ahora bien la fuerza con la se puede afirmar la tesis anterior no resuelve la cuestión jurídico-procesal o competencial, que es la que origina

¹²⁷ En este sentido debe leerse la referencia hecha en este trabajo al *derecho metapositivo*, alejándolo de la concepción *iusnaturalista* que está presente en las otras variables tales como el *derecho preestatal* y *natural*.

probablemente la mayor cantidad de problemas y objeciones. ¿Quién controla o cómo se puede superar esta inconstitucionalidad? ¿Sólo cabe la anulación o existen otras vías para poner término a la incompatibilidad entre una norma interna y otra internacional? ¿Quién resuelve esta contradicción?

Obviamente, el primer y más directo camino a la cuestión jurídica-procesal es la eliminación del precepto que se considera inconstitucional, respondiendo con ello de paso a la segunda pregunta. Los Estados una vez constatada la incompatibilidad de una norma, incluso constitucional, con un precepto internacional, deberían, cumpliendo el mandato de los artículos 1º y 2º de la CADH, disponer distintas vías para la anulación de la norma para alcanzar el objetivo de respetar el tratado internacional, tales como la abrogación o suspensión de aquélla¹²⁸, que es lo que ocurrió después de la sentencia en el caso “La Última Tentación de Cristo”. Lamentablemente el intento de supresión del numeral 2 del art. 16 de la CPR ha caído en el olvido. Si se considera que el Constituyente derivado, en cuanto legislador constitucional, es tan *defensor de la Constitución* como el Tribunal Constitucional, no es tan desandado pedir que repare el entuerto y mejore la consistencia material del texto fundamental. Este camino no sólo es exigido por el consenso interno sobre la inconveniencia de mantener un precepto como el cuestionado, sino que es determinado por las obligaciones que tiene el Estado chileno como signatario de la CADH. Sin perjuicio de las vías procesales que se plantearán, espero que los argumentos expuestos y que se expondrán a continuación sirvan para estimular la discusión sobre la necesaria abrogación del art. 16.2 de la CPR, de forma tal de eliminar la inconsistencia normativa entre el derecho al sufragio y la presunción de inocencia, y de paso, su “inconveniencia”. De aquí en adelante los caminos exigen mayores reflexiones y precauciones.

Creo que entre las reflexiones y precauciones que son exigidas por la entidad y naturaleza del problema, no sólo hay que considerar la (a) existencia de normas, principios o valores que dentro de la misma constitución tienen un mayor peso que el resto, (b) la primacía que se asigna al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y (c) la mayor realización de los derechos que se logra con la aplicación de una norma, sino que también si existe algún órgano que pueda controlar el ingreso o permanencia de normas constitucionales que, en el estado actual de nuestra evolución jurídica, son contradictorias con principios o normas básicas, fundamentales o esenciales de nuestro ordenamiento constitucional.

A la cuestión jurídica-procesal que concurre difícilmente podré dar una respuesta definitiva, salvedad hecha del primer y elemental camino que se propone

¹²⁸ En este sentido, DIEZ-PICAZO (2006), p. 26.

recorrer. Aspiro solamente a proponer algunos caminos que permitan prospectar una solución a este verdadero nudo de nuestro sistema electoral-constitucional. Para abordar esta cuestión, me ocuparé oportunamente de las consideraciones b) y c) precedentes, pues pienso que de ellas depende en gran medida qué se puede hacer. Habiendo ya manifestado mi posición en cuanto la existencia de normas, principios o valores con rango superior dentro de una constitución, no me parece necesario incidir nuevamente sobre ello.

Una de esas reflexiones, como lo decía más arriba, tiene que ver con la primacía que se atribuye al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su relación con el ejercicio de la soberanía, sobre lo que hay ya mucho escrito¹²⁹. Sólo podemos decir que si la afirmación del constituyente en el art. 5º inciso 2º de la CPR es algo más que lirismo constitucional esa afirmación debe conducir a la conclusión que el Estado (todo el Estado) en el ejercicio de su poder soberano no puede atropellar derechos fundamentales del ser humano que encuentran su consagración positiva tanto en la propia Constitución como en los tratados internacionales. Claro, esto debería pasar por atribuir, al menos, carácter constitucional a este tipo de normas internacionales, lo que por el momento, como sabemos, ha ocurrido en algunos casos¹³⁰.

No obstante estar la preeminencia del Derecho Internacional aún sometida a debate, es posible encontrar una mayor cantidad de constitucionalistas que reconocen un cambio en la jurisprudencia de los tribunales superiores. En tal sentido Miriam Henríquez Viñas quien, además de atribuir a los tribunales de justicia la tarea de resolver por la vía interpretativa la falta de solución normativa sobre la jerarquía de los tratados, concluye que en la cuarta etapa de evolución jurisprudencial sobre esta materia, que se inicia el 2005, los tribunales superiores han reconocido la preeminencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre la legislación interna, aceptando su rango constitucional¹³¹. Gonzalo Aguilar Cavallo, en un interesante trabajo sobre la aplicación del derecho internacional por la Corte Suprema, afirma que puede ser destacado, como avance

¹²⁹ Al respecto se puede consultar, por muchos: CUMPLIDO CERECEDA (1996), pp. 255-258; BERTELSEN REPETTO (1996), pp. 211-222; RIBERA NEUMANN (2007), pp. 89-118; NOGUEIRA ALCALÁ (2007b), pp. 457-466.

¹³⁰ NÚÑEZ POBLETE (2009), pp. 490-494. En HENRÍQUEZ VIÑAS (2008), pp. 73-119; AGUILAR CAVALLO (2009), pp. 91-136; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2010), pp. 425-442, se pueden encontrar sentencias de diversos tribunales nacionales que hacen aplicación preferente de las normas internacionales o declaran, con mayor o menor claridad, el rango constitucional de las normas internacionales. Ver también: NASH e IRARRÁZABAL (2010), pp. 55-67. En este último texto los autores marcan las diferencias entre el tratamiento que recibe el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.

¹³¹ HENRÍQUEZ VIÑAS (2008), pp. 73-119.

hermenéutico, dentro de la más alta tradición jurídica chilena, el principio de supremacía del Derecho Internacional por sobre el derecho interno, en toda su extensión.¹³² Esto no es muy diferente a lo que ocurre en otros países que, con igual imprecisión que la nuestra, hacen referencias a normas internacionales de derechos humanos sin explicitar el rango o jerarquía de dichas normas¹³³. Por supuesto, que el panorama es mucho más claro en países cuya cláusula de apertura contempla, además, expresamente el rango constitucional de la norma internacional¹³⁴.

La tesis de la mayor realización de los derechos o de la primacía de la norma más favorable, ha sido elaborada parcialmente por la Corte Interamericana y han puesto su atención en ella, entre otros, Humberto Nogueira Alcalá¹³⁵, Miriam Henríquez Viñas¹³⁶, Ernesto Rey Cantor¹³⁷ y Manuel Núñez Poblete. Según Núñez Poblete la invocación y empleo de los tratados debe abandonar la polémica acerca de su jerarquía y recurrir, en cambio, a una tesis —que me atrevo a denominar— finalista, cuyo componente principal es el principio *pro homine*. Esta tesis puede servir para encaminarnos a una solución alternativa, sin tener que discutir sobre la primacía o preeminencia del Derecho Internacional. M. Núñez sostiene que antes de decidir *a priori* a favor de uno u otro ordenamiento los jueces deben preferir la aplicación de aquel precepto que mejor proteja el ejercicio de un derecho.¹³⁸ Esto implica reemplazar la superioridad jerárquica o normativa-estructural por una superioridad finalista que se aviene mejor con la actual búsqueda de coordinación e interacción normativa entre derecho interno e internacional.

A continuación quiero plantear, fundado en lo que he expuesto precedentemente, cuatro tesis para abordar en sede jurisdiccional la incompatibilidad o con-

¹³² AGUILAR CAVALLO (2009), pp. 91-136.

¹³³ DE CARRERAS (2000), pp. 321-341. Este artículo, que comenta el libro *La Apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, de Alejandro Saiz Arnaiz, se plantea el problemático rango y función de los tratados internacionales en el ordenamiento español al no existir una norma que, con precisión, defina este aspecto.

¹³⁴ Para un análisis de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en Argentina, ver: BAZÁN (2007), pp. 137-183. Del mismo autor (2010), pp. 359-388. También, ver: GOZÁINI (2006), pp. 335-362. Para el caso de Bolivia, ver: ANDALUZ (2009), pp. 455-496. Para el estado de la cuestión en Costa Rica, consultar: ARMÍJO (2003), pp. 39-62. Para los casos de Colombia y Venezuela, ver: REY CANTOR (2006), pp. 299-334.

¹³⁵ NOGUEIRA ALCALÁ (2000), p. 276.

¹³⁶ HENRÍQUEZ VIÑAS (2007), pp. 121-135.

¹³⁷ REY CANTOR (2006), pp. 299-33.

¹³⁸ NÚÑEZ POBLETE (2009), p. 524.

flicto entre el art. 16.2 constitucional y el art. 23.2 de la CADH. Estas cuatro tesis tienen como finalidad estratégica común que sean los tribunales especiales electorales u ordinarios los que resuelvan el conflicto normativo aplicando el art. 23.2. La primera tesis se basa en el planteamiento del profesor Juan Luis Requejo Pagés que sostiene la aplicabilidad preferente de la norma internacional, distinguiendo entre condiciones de validez y de aplicabilidad. La segunda se sustenta en la existencia de un bloque de constitucionalidad de derechos. La tercera surge de la construcción jurisprudencial del control de convencionalidad que la Corte Interamericana impone a los jueces nacionales. Por último, la cuarta tesis para resolver la incompatibilidad se funda en la primacía de la norma más favorable. De las cuatro tesis enunciadas las tres primeras o suponen necesariamente la primacía, preeminencia o jerarquía superior de los tratados internacionales o, al menos, su rango constitucional. La cuarta, en cambio, no supone ni necesita esa primacía.

Estas tesis tienen en común que la solución se radica en los tribunales especiales (tribunales con competencia electoral) u ordinarios, evitando con ello, en lo posible, llegar a sede jurisdiccional constitucional. Por cierto, en cada caso se considerarán muy sucintamente algunos problemas que pueden afectar la solución a la que se pretende arribar.

9.1 Tesis basada en la aplicabilidad preferente del art. 23.2 de la CADH

Esta tesis se funda en (a) la consideración de la Constitución como una norma sobre la aplicabilidad de otras normas y no como una norma que determina la validez de todas ellas¹³⁹, y (b) en la aceptación de la posibilidad que la Constitución haga remisiones a normas internacionales cuya aplicabilidad, no su validez, depende de las normas nacionales –en concreto, la Constitución–.

Así, una vez que el derecho nacional ha convertido una norma internacional en aplicable, la supremacía de la Constitución sólo es tal, según Requejo Pagés, en el orden lógico, no en el positivo, toda vez que por aplicación del principio *pacta sunt servanda*, el ordenamiento internacional antepone a cualquier consideración –incluso al respeto de normas constitucionales– el cumplimiento de los convenios internacionales. Agrega, que la Constitución no es causa de validez de la norma internacional, pero sí condición de su aplicabilidad, y si ésta se verifica incluso en el supuesto de contradicción entre una norma cons-

¹³⁹ REQUEJO PAGÉS (2006), p. 445.

titucional y un tratado, sólo cabe concluir que las normas internacionales son, desde el punto de vista positivo, normas que se integran en la Constitución a través de los preceptos de esta última que la dotan de aplicabilidad. El tratado internacional constituye una verdadera norma de reforma de la Constitución que o bien altera los contenidos normativos de los preceptos constitucionales o bien amplía el ámbito constitucional instalando junto a la Constitución otras normas que, con distinta forma, ocupan su mismo rango. Es así como concluye que los tratados son normas constitucionales.¹⁴⁰ Este análisis es especialmente pertinente si se recuerda que la Reforma Constitucional del 2005 al modificar el art. 54 N° 1 de CPR incorporó una norma similar a la existente en la Constitución española.

La tesis del profesor Requejo Pagés es, a partir de la distinción entre validez y aplicabilidad, que así como “el Derecho interno no condiciona la validez de las normas del Derecho internacional, [...] tampoco éstas inciden en la validez de aquéllas”, siendo la idea de aplicabilidad el único remedio para integrar ambos órdenes normativos. En seguida, afirma que el “Derecho nacional sólo es competente para conferir al tratado la condición de aplicable, siendo el Derecho internacional el que determina la forma en que, una vez dotado de tal condición, deben ser aplicadas las normas por él creadas”. Estando la aplicabilidad de las normas internacionales determinada por el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aquéllas gozan de preferencia sobre las normas internas, preferencia, en todo caso, que se manifiesta sólo en la aplicabilidad. En consecuencia, sostiene Requejo, “incorporado un tratado al ordenamiento español, ninguna norma interna puede decidir su inaplicación ni –mucho menos– su pérdida de validez” sin que, a su vez, las normas internacionales condicionen la validez de las normas internas. Por ello, la contradicción entre una ley y un tratado se plantea siempre en el terreno de la aplicabilidad, lo que es de competencia de la justicia ordinaria, que es, como se verá, la misma solución que se busca con las restantes estrategias¹⁴¹.

¹⁴⁰ REQUEJO PAGÉS (1992), pp. 61-65.

¹⁴¹ De paso digamos que el argumento anterior le permite descartar que los tratados integren el bloque de constitucionalidad. Su rechazo a la integración al bloque de constitucionalidad se debe a que “de éste sólo pueden formar parte aquellas normas que, de algún modo, condicionen la validez de otras normas”, lo que no ocurre con las normas internacionales, pues éstas no condicionan la validez de las normas internas, que son siempre válidas si respetan las condiciones constitucionalmente impuestas a su existencia. Otra cuestión es la aplicabilidad preferente de la norma internacional cuando entra en contradicción con una norma interna, por aplicación de los principios de buena y *pacta sunt servanda*. REQUEJO PAGÉS (1992), pp. 61-65.

Debo admitir que la respuesta de Requejo Pagés cuando la contradicción se produce entre un tratado y la Constitución, a los que atribuye “igualdad de rango”, es ambigua. Por un lado, sostiene que una vez que el Derecho interno ha hecho aplicable un tratado éste se antepone, por aplicación del principio *pacta sunt servanda*, incluso a las normas constitucionales, lo que nos mantiene en el terreno de la aplicabilidad. Sin embargo, a continuación señala que el tratado en conflicto con la norma constitucional constituye una norma de reforma de la constitución que si bien *no la modifica formalmente*, sí *altera* los preceptos constitucionales por la vía de hacer operar una interpretación conforme al tratado, o amplía el ámbito normativo constitucional. Ocurre que si el tratado incorporado e incompatible con una norma constitucional, es considerado, en realidad, una norma de reforma constitucional, “en igualdad de rango”, esto nos sitúa en el campo de la validez. Estas ambigüedades podrían disiparse si entendemos que Requejo Pagés no parte de la idea de reforma cuya consecuencia sería la modificación formal o la derogación, sino de aquella en que el tratado actúa como regla hermenéutica obligatoria que conduce a una interpretación de la norma constitucional conforme al tratado. Si esto es así podría entenderse que el análisis permanezca en el terreno de la aplicabilidad. Por último, a pesar que se esfuerza en dotar al menos de rango constitucional a las normas internacionales incorporadas, termina afirmando que la inaccesibilidad (probablemente quiso decir intangibilidad) del tratado ante todo el derecho interno, no dice relación con la posición jerárquica superior de aquél sino debido a que sus condiciones de validez vienen impuestas desde fuera del ordenamiento nacional. En todo caso, sin perjuicio de estas eventuales ambigüedades, el mensaje es que la incorporación del tratado no es inocua.

En consecuencia, la estrategia debería ser la siguiente: Si estimamos que el art. 23.2 de la CADH ha sido incorporado a nuestro ordenamiento por una remisión normativa, según la tesis de Requejo Pagés, debe concluirse que al alterar sustancial, más no formalmente, la Constitución, la norma de la Convención es aplicable con preferencia porque atendido el principio *pacta sunt servanda* los tratados vinculan a los estados en tanto no se decreta internacionalmente su inaplicabilidad, por lo que ninguna norma interna puede decidir su inaplicación ni muchos menos su pérdida de validez.¹⁴² En este caso, se debe sostener ante el tribunal competente (primero, el especial y luego, el ordinario) la aplicabilidad

¹⁴² Admito que esta afirmación puede ir contra la tesis de quienes sostienen la posibilidad de un control concreto de constitucionalidad sobre los tratados internacionales. Ver, por muchos: NÚÑEZ POBLETE (2010), pp. 431-464.

preferente de la norma convencional. Los tribunales deberían resolver que esta es aplicable por sobre la norma interna, pues ha venido a alterar el contenido del derecho de sufragio admitiendo una menor restricción que la que autoriza la norma constitucional. Se lograría así una interpretación de la norma constitucional conforme al tratado vigente. Lo discutido, a partir de las acciones procesales o constitucionales ejercidas, recaerá sobre las condiciones de aplicabilidad de la norma internacional, más no sobre su validez.

9.2. Tesis fundada en la existencia de un bloque de constitucionalidad de derechos

Según esta tesis el art. 23.2 de la CADH, en cuanto norma internacional de derechos humanos, integraría este plexo normativo denominado “bloque de constitucionalidad”, sobre cuya existencia y contenido, como hemos dicho, no existe consenso en la doctrina nacional.

El art. 23.2, con su claro mensaje preceptivo, constituye una norma que se integra, por mandato del art. 5º inciso 2º de la CPR, al ordenamiento constitucional chileno. De esta afirmación se puede pasar, al menos, a una conclusión básica: Los órganos del Estado están obligados a respetar, garantizar y promover la libre participación política ciñéndose únicamente a las restricciones y limitaciones explicitadas en el Convenio.

Si como se sostiene, por parte de la doctrina, las normas de ese bloque constitucional adoptan la naturaleza y rango de la norma a la que se incorporan cabe entender, por un lado, que el art. 23.2 puede ser aplicado directamente por los jueces que conozcan de contiendas electorales sin esperar regulación interna y, por otro, que puede servir como parámetro de constitucionalidad de otras normas.

El bloque de constitucionalidad como parámetro del control de constitucionalidad puede conducir a una solución radical, pues al abandonarse la pretensión de coordinación inter-sistémica, la atribución de rango constitucional o de mayor jerarquía a la norma convencional determinaría la derogación de la norma interna incompatible.¹⁴³ Con todo, creo, que el empleo del bloque de

¹⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA (1990). Caso 282-90. “*Recurso de Habeas Corpus a favor de Vicente Chavarría Alanías y otros*”. Si bien en nuestro caso no se trata, en estricto rigor, de una falta de reglamentación, sino que de una incompatibilidad normativa entre una norma constitucional y otra internacional (a mi juicio de carácter constitucional), es aplicable, con los matices que se indicarán, la doctrina de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica que en sentencia N° 282 de 1990, declaró que “sin perjuicio de la facultad de ejercer una acción de inconstitucionalidad contra disposiciones

constitucionalidad en esta dimensión es, en la actualidad, un camino con pocas probabilidades de éxito.

Más allá de la elaboración doctrinal que existe en nuestro país sobre la jerarquía o primacía de los tratados internacionales, hay consenso acerca de la reticencia del Tribunal Constitucional chileno respecto del uso de las normas internacionales sobre derechos humanos como parámetro de constitucionalidad¹⁴⁴. No está de más recordar que el tribunal sostuvo en 2002 que “*las normas fundamentales [priman] sobre las de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile*”¹⁴⁵. A partir de ese año no ha habido una gran evolución.

Esa reticencia (o resistencia) explica probablemente, en parte, la resolución de 23 de diciembre de 2008, antes analizada, que no califica como inconsistente el art. 16.2 de la CPR ni menos procura la solución de esta tensión evidente, a través de la aplicación de la normativa internacional vigente. Omisión/evasión criticable que, por cierto, también se aprecia en la doctrina nacional existente sobre el particular¹⁴⁶. El fallo de diciembre de 2008 al recurrir al argumento de la soberanía del constituyente es un claro ejemplo de la posición que el máximo guardián de la Constitución tiene sobre la materia. Por ello, seguir insistiendo en sede constitucional, por ahora, en la primacía o paridad de los tratados internacionales respecto de la Constitución es, para quien se ocupa de lo práctico, una pérdida de tiempo.

legales internas que se opongan a un tratado internacional, cuando las normas de un tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en derecho interno, las legales que las contradigan deben tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado”. Es cierto que la doctrina del tribunal supremo costarricense se refiere a la antinomia entre normas internacionales y legales, y con ello se vuelve a caer en la polémica de la jerarquía, pero como razonamiento puede aplicarse si se da a las normas convencionales al menos rango constitucional.

¹⁴⁴ NÚÑEZ POBLETE (2009), p. 491. PEÑA TORRES (2008), pp. 205-222, en que reconoce lo incipiente, y yo agregaría, insatisfactorio, que resulta el empleo, o al menos la referencia, de normas internacionales como parámetro de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

¹⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2002). *Requerimiento de inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Rol N° 46-1987. Considerando 72.

¹⁴⁶ En los ensayos de doctrina constitucional publicados después de la reforma constitucional de 2005 que han incidido sobre la ciudadanía o hay solamente una referencia general al art. 23.2 de la CADH, sin mayor análisis, o simplemente no existe. Ejemplo de la primera situación es: NOGUEIRA ALCALÁ (2005), pp. 53-92. En la segunda situación se encuentran: RIBERA NEUMANN (2005) y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2005), pp. 93-120. En: BECA (1998) existe sólo una alusión a las obligaciones internacionales del Estado chileno.

En mi opinión, por el momento difícilmente la formulación de un requerimiento de inaplicabilidad de la Ley de Reforma Constitucional de 2005, como me fue sugerido¹⁴⁷, en cuanto modificó el art. 16.2, fijando su texto actual, podría hoy superar ese escollo jurisprudencial. Es cierto que las leyes de reforma constitucional están sujetas al control del Tribunal Constitucional, pero el empleo del art. 23.2 de la CADH para decidir la inconstitucionalidad del art. 16.2 de la CPR parece ser, por ahora, sólo un interesante ejercicio de ficción jurídica. En consecuencia, me parece que el camino al Tribunal Constitucional es el menos conveniente¹⁴⁸.

La primera vía, esto es, la aplicación directa del art. 23.2, puede tener éxito si, bajo los mismos supuestos sobre los que se construye la noción de bloque de constitucionalidad, se plantea la cuestión ante tribunales ordinarios a través de un recurso de protección. Esto sería parecido, con las salvedades necesarias derivadas de las diferencias normativas y competenciales, a lo que propone Rey Cantor al señalar que el bloque de constitucionalidad puede servir como parámetro del amparo constitucional.¹⁴⁹ Ello supone haber exigido ante la judicatura especial (Tribunal Electoral Regional y Tribunal Calificador de Elecciones) la aplicación directa del art. 23.2 convencional y la desaplicación del art. 16.2 de la CPR. Al igual que en el caso anterior, no se está pidiendo la anulación del precepto constitucional, sino que, por el contrario, la aplicación preferente o “primacía concreta” de la norma internacional invocando los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*.

Ante el tribunal competente (primero, el especial y luego, el ordinario) habría que afirmar el rango constitucional de la Convención, cuando no derechamente su preeminencia, e invocar las reiteradas opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana, que tienen carácter vinculante.

Digo *puede tener éxito*, ya que esta vía choca frontalmente con la también clara literalidad del art. 16.2 constitucional y, por ello, puede suscitar la inhibición del

¹⁴⁷ En la primera jornada del 2º Encuentro Nacional de Profesores Jóvenes de Derecho Constitucional, realizado en la Sede Coquimbo de la UCN los días 6 y 7 agosto de 2009, el profesor de la Universidad Andrés Bello, Hugo Tórtora Aravena, me hizo la interesante sugerencia de cuestionar la Ley Nº 20.050 de Reforma Constitucional en lo concerniente a la suspensión del derecho de sufragio a través de un requerimiento de inaplicabilidad. Por supuesto, agradezco ese comentario, pero me sigue pareciendo una vía que no augura buenos resultados.

¹⁴⁸ Para quien quiera explorar la posibilidad de control de constitucionalidad de la reforma constitucional encontrará algunas respuestas a sus inquietudes en: RODRÍGUEZ GAONA (2001), pp. 169-196, y VANOSSI (2002), pp. 279-296.

¹⁴⁹ REY CANTOR (2006), p. 299.

tribunal superior, especial u ordinario, que atendido el rango de la norma nacional se considere inhabilitado para inaplicarla, por estimar que excede el ámbito de sus competencias. Incluso puede darse el caso curioso que el mismo tribunal plantee una cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que se producirá sólo si estima que el art. 16.2 puede ser calificado de precepto legal. En esta instancia conspirará contra el éxito del esfuerzo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La verdad sea dicha. Por las mismas razones recién expuestas, es posible que respecto de la tesis anterior ocurra exactamente lo mismo.

9.3. Tesis basada en la necesidad de un control de convencionalidad del art. 16.2 de la CPR

La Corte Interamericana en varios fallos, entre ellos el emitido en el caso “Almonacid contra Chile”, ha sostenido que los tribunales nacionales están llamados a efectuar un control de convencionalidad entre las normas internas y las de la CADH¹⁵⁰. Este control supone que una vez ratificada la Convención los jueces nacionales deben velar porque su efecto útil no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. Así los jueces están obligados a revisar y fiscalizar la sumisión de las normas nacionales a la Convención y a la exégesis que a este instrumento da la Corte. Aunque resulte obvio, este control tiene por objetivo determinar si la norma nacional enjuiciada es o no convencional. Se trata, como sostiene Sagüés, de un análisis de confrontación normativa¹⁵¹.

Es necesario tener presente varios supuestos sobre los que opera el control de convencionalidad. En primer lugar, por normas nacionales deben entenderse todas las que integran el ordenamiento interno, sin excepción, esto es, incluidas las normas constitucionales. Derivado de lo anterior, en segundo término, se parte del valor supraconstitucional de la convención, es decir, las normas convencionales están jurídicamente por encima de las constitucionales. Tercero, este control debe respetar el marco de las respectivas competencias y regulaciones procesales que afectan a los tribunales nacionales. Cuarto, esta noción, en la medida que obliga a todos los jueces, instala un control difuso de convencionalidad que puede originar problemas en países donde el control de constitucionalidad es concen-

¹⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

¹⁵¹ SAGÜÉS (2010), pp. 117-136, especialmente pp. 120-124. Sobre el control de convencionalidad consultar también: Hitters (2009), pp. 109-128.

trado. Quinto, en la medida que la inconventionalidad importa una causal de invalidez de la norma sometida a revisión, sujeta a los jueces a un deber concreto de inaplicación del precepto objetado. Sexto, se distinguen dos tipos de control de convencionalidad. Uno se debe practicar en sede nacional, mientras que el otro se efectúa en sede internacional. El primero lo realizan los tribunales internos; el segundo es el que viene haciendo desde siempre la Corte Interamericana.

El fundamento positivo del control de convencionalidad se hace residir en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En mi opinión, además de esos preceptos, los artículos 5º inciso 2º y 6º de la CPR, junto al art. 2º de la CADH, permitirían postular, en nuestro caso, que los tribunales de justicia, en cuanto órganos del Estado, no pueden excusarse, una vez requeridos formalmente, sin incumplir su función y mandato constitucional, de emitir un pronunciamiento cuando lo discutido sea la aplicación de una norma convencional en desmedro de una norma nacional.

Siguiendo la idea del control de convencionalidad el art. 16.2 de la CPR debiera ser sometido a confrontación con el art. 23.2. Aquí, como ya se ha dicho, el punto de incompatibilidad se produciría porque mientras el artículo convencional autoriza la reglamentación (en realidad, la restricción o limitación) de derechos políticos, entre otras razones, cuando exista condena penal, respetando plenamente la presunción de inocencia, el art. 16.2 suspende el derecho de sufragio bastando la mera presentación ante un tribunal de una acusación penal. La operación es, a primera vista, simple. Contrastadas las normas y establecida la incompatibilidad, el tribunal nacional debería inaplicar la norma interna “inconventional”, es decir, el art. 16.2, como ocurre en el control concreto de inconstitucionalidad, y, en seguida, aplicar el art. 23.2 atendida su naturaleza autoejecutable.

Sin embargo, el control de convencionalidad presenta varios problemas. No resulta fácil partir de la base de la supraconstitucionalidad de las normas de la Convención. Como hemos dicho este es uno de los temas más debatidos en la dogmática constitucional¹⁵². Incluso ello puede estar más allá de lo que puede aceptar la propia Corte Suprema chilena que ha demostrado mayor apertura al Derecho Internacional y está, por cierto, muy lejos de la doctrina del Tribunal Constitucional. Además, la atribución de un control difuso de convencionalidad por todos los tribunales internos en un país como el nuestro en que existe, según la mayoría, un control concentrado de constitucionalidad, origina más de un

¹⁵² En relación con el debate que existe sobre la idea de supraconstitucionalidad, existe un interesante texto en: ZAGREBELSKY (2008), pp. 398-410.

problema competencial. Sagüés sostiene que al parecer, para superar esta objeción, la Corte en un fallo de 2006, ha indicado que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad debe asimismo practicar el control de convencionalidad¹⁵³. En Chile, el mensaje de la Corte de que el control de convencionalidad debe hacerse “evidentemente en el marco de las respectivas competencias y regulaciones procesales pertinentes”, con lo que se pretendía resolver este problema, conduciría a la conclusión que el juez nacional incompetente para realizar un control de constitucionalidad, que estime que puede existir un problema de convencionalidad, deberá remitir los autos al Tribunal Constitucional mediante un requerimiento conforme al art. 93 inciso 11 de la CPR.

Si se sigue la afirmación de Sagüés, el final de camino terminaría siendo el mismo que en las soluciones anteriores, quedando la decisión entregada a un órgano que de manera persistente se ha negado a reconocer, al menos, rango constitucional a los tratados internacionales de los derechos humanos, sin perjuicio de la objeción no menor que puede merecer que se intente aplicar un dispositivo constitucional, como es el control concreto, no a un precepto legal sino a una norma constitucional¹⁵⁴.

¹⁵³ Se refiere a: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

¹⁵⁴ Todavía quedaría por oponer a la solución que pergeña Sagüés, tratando de interpretar lo que la Corte quiso decir en el caso “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*” algunas consideraciones más bien filosóficas. ¿Frente a una norma que regula un derecho tan esencial dentro del sistema político, qué tribunal podría negarse *a priori* a revisar su obligatoriedad o aplicabilidad sin negar su propia naturaleza de defensor de las facultades, posiciones o relaciones jurídicas de las personas? No bastaría para negarse a esa revisión la existencia de un tribunal especial competente para efectuar ese control, menos aún si ese tribunal se resiste a pronunciarse sobre el fondo de las peticiones. (BACHOF, p. 79). Como dice Bachof “la vinculación del tribunal solicitante a la decisión del Tribunal Constitucional sólo se afirma en la medida en que el Tribunal Constitucional haya efectuado el control y no, por el contrario, en tanto éste haya negado la posibilidad de control” (BACHOF, p. 87). como lo hizo el Tribunal Constitucional chileno en el caso analizado más arriba. Incluso, Bachof va más allá cuando afirma que si el Tribunal Constitucional decide que una norma es compatible con lo que él entiende por Constitución, no significa que el tribunal ordinario se vea vinculado a esa sentencia si no engloba en la misma el derecho metapositivo (diríamos nosotros supraestatal) (BACHOF, p. 86). Sostiene, para finalizar, que la “eventual sentencia que confirme su validez sólo significaría que sería válida de acuerdo con el parámetro de constitucionalidad basado en el texto constitucional, no necesariamente con *otras* normas”. (Bachof, p. 86). Como se ve, a final de cuentas, mucho de la posición que se tenga sobre la viabilidad de este curso procesal se resuelve en la mayor o menor extensión que se le atribuya al concepto de Constitución. Bachof desarrolla en el Capítulo III de su obra un concepto amplio de Constitución que considera un sentido formal y otro material. Este concepto amplio de constitución incluye al derecho supraestatal (BACHOF, pp. 43-52). En AGUILAR CAVALLO (2009) p. 127, se analizan diferentes principios generales de derecho internacional y la costumbre internacional que pueden en la lógica de Bachof ser considerados parte del derecho metapositivo que no requiere un acto de recepción por parte de los órganos del Estado.

Finalmente, queda la posibilidad de recurrir al sistema interamericano para que sea éste el que, una vez agotada la vía interna, realice el “control de convencionalidad en sede internacional”¹⁵⁵. Siendo evidente la contradicción denunciada, la existencia de una norma constitucional no exime al Estado de responsabilidad internacional, pues como lo ha sostenido la Comisión Interamericana en el caso “Andrés Aylwin Azócar y otros”, los Estados al ratificar la CADH han asumido la obligación de cambiar o adecuar sus disposiciones legislativas o de otro carácter (lo cual incluye las normas constitucionales), si el ejercicio de los derechos y garantías consagradas en la Convención no están aseguradas. En otro párrafo del caso citado, la Comisión señala que tiene la facultad de examinar si los efectos de una cierta medida adoptada por un Estado viola los derechos humanos reconocidos en la CADH y que esto incluye todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluso las disposiciones constitucionales¹⁵⁶. Lo mismo ha sido dicho en “Statehood Solidarity Committee *vs.* Estados Unidos”¹⁵⁷.

9.4. Tesis fundada en la aplicación de la norma más favorable a los derechos de las personas

En mi opinión, siguiendo el planteamiento de H. Nogueira, M. Nuñez, E. Rey y M. Henriquez, esta vía es más promisoría, en primer término, porque existen varios fallos de la Corte Suprema que han aplicado en forma preferente tratados internacionales de derechos humanos¹⁵⁸. En efecto, la Corte Suprema chilena ha

¹⁵⁵ SAGÜES (2010), pp. 117-136, especialmente pp. 120-124.

¹⁵⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999). Caso 11.863 “Andrés Aylwin Azócar y otros *vs.* Chile”, párrafos 73 y 136.

¹⁵⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003) Caso 11.204 “Statehood Solidarity Committee *vs.* Estados Unidos”, párrafos 89 y 106. En el párrafo 89 señala la Comisión que: “Sin embargo, esto no quiere decir que el comportamiento de los Estados para dar efecto al derecho al gobierno representativo, sea por vía constitucional o por otra vía, es inmune al examen de la Comisión”. En el párrafo 106 ha expresado que: “También corresponde señalar a este respecto que los tribunales internos de Estados Unidos han llegado a la conclusión de que la exclusión de los residentes del Distrito del derecho parlamentario no viola el derecho a la igual protección consagrado en la Constitución, no porque la restricción de su derecho a elegir representantes parlamentarios se haya considerado justificada, sino porque la limitación está establecida por la propia Constitución y, en consecuencia, no puede ser derogada por el principio de una persona, un voto. La Declaración Americana no prescribe límites o calificaciones similares a la garantía de los derechos consagrados en los artículos II y XX y, como se señaló, establece normas que se aplican a toda legislación o norma de los Estados, incluidas sus disposiciones constitucionales”.

¹⁵⁸ Aunque la Corte Suprema se ha valido de la idea que la norma internacional debe ser considerada como norma constitucional material con plena vigencia, validez y eficacia jurídica o como integrante del bloque de constitucionalidad, la tesis de la primacía de la norma más favorable no requiere de esa afirmación para sustentarse. Ver: HENRÍQUEZ VIÑAS (2007), pp. 129-130.

reconocido que los derechos que emanan de la naturaleza humana, son valores superiores a toda norma que puedan establecer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide que sean desconocidos¹⁵⁹. En segundo lugar, porque la tesis finalista tiene mayores posibilidades de desarrollo en esta sede, pues puede ser más comprendida por tribunales acostumbrados a la cotidiana búsqueda de la mejor solución para cada caso¹⁶⁰.

Nogueira Alcalá señala que el *principio de la progresividad* de los derechos humanos lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas y que el operador jurídico debe aplicar esta solución con independencia de la jerarquía de la norma que la contiene¹⁶¹.

En todo caso, esta tesis exige cambiar el discurso forense. A este respecto debo comenzar afirmando que no hay rastro de la invocación del art. 23.2 de la Convención, en ninguno de los requerimientos de inaplicabilidad presentados para impugnar el art. 16.2.¹⁶² Más allá si la norma convencional es o no de rango superior o equivalente a una constitucional, ¿quién podría discutir fundadamente que la norma convencional protege mejor el estado de inocencia y el derecho de sufragio y los demás derechos de participación que lo establecido en el art. 16.2 de la CPR? Mi propuesta es simple: El precepto de la Convención debe ser invocado ante los tribunales electorales regionales y el Tribunal Calificador de Elecciones para que, con todos los elementos normativos, puedan tomar una

¹⁵⁹ CORTE SUPREMA DE CHILE (1998). Rol N° 469-1998. *Recurso de Casación en el fondo, Caso homicidio de Pedro Poblete Córdova*, y (2006) Rol N° 559-04. *Recurso de Casación en el fondo, Caso homicidio de Paulino Flores y otro (Caso Molco)*. En el considerando décimo del fallo de 1998 se puede leer lo siguiente: “Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y, en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido “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 sean desconocidos”. En igual sentido, el fallo en el Rol N° 559-04.

¹⁶⁰ Esta visión más optimista se afianza con la lectura de: AGUILAR CAVALLO (2009), pp. 91-136.

¹⁶¹ NOGUEIRA ALCALÁ (2008), pp. 234-236.

¹⁶² Mis agradecimientos al profesor Rodrigo Pica quien, a través del profesor Manuel Núñez, me proporcionó los textos de los dos requerimientos de inaplicabilidad, referidos a la suspensión del derecho de sufragio, presentados durante el año 2008.

decisión fundada y, en caso de rechazo definitivo de su aplicación, intentar contra la denegatoria una acción de protección por vulneración del derecho a igual trato.¹⁶³ Me parece que al no permitirse el ejercicio de derechos políticos de las personas acusadas se está infringiendo, no sólo la presunción de inocencia, sino que el derecho a que todas las personas sean tratadas con igual respeto y consideración mientras no exista sentencia condenatoria, sin que pueda argumentarse, frente a la mejor protección que provee el art. 23.2, que la discriminación no sea arbitraria.¹⁶⁴

Sostengo que lo importante es insistir en el origen y calidad de la solución y no tanto en la jerarquía de la norma. La solución que provee la norma externa, en este caso, debe primar no sólo porque emana de un tratado que el Estado debe honrar, sin desvirtuar su finalidad y objeto, o porque el Estado (y todos sus órganos, cualquiera sea su carácter) tiene la obligación internacional de adoptar medidas efectivas para asegurar y proteger los derechos, sino porque el precepto permite arribar a la mejor solución posible considerados todos los niveles y aspectos de la cuestión debatida. En ningún caso debe olvidarse que los Estados tienen la obligación de velar por la plena protección de los derechos, y por *plena protección* entiendo también la mejor protección disponible¹⁶⁵.

Por ello se debe demostrar a los jueces encargados de resolver por qué la norma que funda la acción y cuya elección se propone, asegura el mejor resultado, es decir, la mayor protección. Para lograr este objetivo, más allá de las conocidas

¹⁶³ Sobre la posibilidad de interponer acciones de protección contra resoluciones judiciales, ver: CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA (2004), Rol N° 14.899-03. *Recurso de protección "Agapito Núñez Ibaceta contra Juez del Cuarto Juzgado de Letras de Osorno*. Y CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT (2003), Rol N° 3727-2003. *Recurso de protección "Javier Patricio Henríquez Japke contra don Jorge Martínez Barrientos y otros"*.

¹⁶⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (1996), pp. 47-52. En este trabajo el profesor Fernández concluye que "El *recurso de protección*; es, por regla general, *plenamente procedente* salvo en contra de las sentencias del *Tribunal Constitucional*; respecto de los *derechos no previstos* en el artículo 20 de la Carta Fundamental; cuando la Ley Suprema haya previsto *otro recurso* que consiga restablecer el imperio del derecho y dar la debida protección al afectado: respecto de las decisiones adoptadas por la ciudadanía en las *elecciones y plebiscitos*, y en contra de los *actos políticos-constitucionales*". En todo caso, no hay que generar expectativas desmedidas sobre el éxito de un planteamiento, en sede de protección, que considere la aplicabilidad del art. 23.2. de la CADH. El escenario es esperanzador, pero todavía no existe certeza que en casos de distinta naturaleza a los que han suscitado los fallos comentados de la Corte Suprema sea acogida con claridad la tesis de la aplicación de la normativa internacional por sobre la constitucional.

¹⁶⁵ Sobre la necesidad de mirar la normativa interna e internacional de derechos humanos, como un *sistema integrado de protección de los derechos humanos*, ver: HENRÍQUEZ VIÑAS (2007), pp. 121-135. REY CANTOR (2006), pp. 299-334, sostiene, a su vez, la tesis de lo que denomina *integración internormativa*, que difiere muy poco de la idea del sistema integrado.

querellas sobre la jerarquía entre derecho interno e internacional, no se debe dudar en interpretar o complementar la Constitución conforme al Tratado, intentando el mayor grado de compatibilización entre ambos órdenes normativos. Es de esperar que, por la forma coordinada o integrada de abordar el problema, ésta tesis no derive, como puede ocurrir en los casos anteriores, en una cuestión de inaplicabilidad por constitucionalidad.

Ahora bien, no puedo desconocer que en el ámbito forense atribuir mayor jerarquía a los tratados internacionales o, al menos, rango constitucional, es un elemento de fuerza argumentativa que siempre los abogados estaremos dispuestos a esgrimir, principalmente porque los juzgadores están habituados al manejo de los clásicos axiomas jurídicos: *la ley posterior prima sobre la ley anterior*, *la ley superior prima sobre la ley inferior*. No obstante conviene recordar que la Convención Americana tiene como propósito consolidar un régimen de respeto por los derechos esenciales del hombre, estableciendo garantías para las personas y no para beneficio de los estados contratantes¹⁶⁶. Va siendo hora, entonces, que abandonemos esos viejos adagios jurídicos y aseveremos que la norma que provee una solución más favorable a los derechos de la personas debe prevalecer¹⁶⁷.

Si bien Requejo Pagés formula su tesis de la aplicabilidad preferente en 1992, en un trabajo de 2006 expresa una idea que puede ser útil a la tesis de la aplicación de la norma más favorable cuando plantea que “la verdadera unidad del ordenamiento, lo que hace que la concurrencia de normas de diferente procedencia dé lugar a un verdadero sistema y no una simple acumulación invertebrada de normas de Derecho, se alcanza en el nivel de la jurisdicción”. Agrega, más adelante que “es función del juez que esa proliferación de enunciados normativos referidos formalmente a un mismo derecho se reduzca a una unidad en un solo contenido”¹⁶⁸.

En consecuencia, a partir de la existencia de un sistema integrado de protección de los derechos humanos, el juez no debe dudar en construir la solución del caso concreto integrando o interrelacionando el orden interno con el externo. Es probable que sólo así pueda hallar la solución más favorable a las personas.

¹⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1982). *Opinión Consultiva 2/82*, párrafo 29. La CIDH afirmó que “los Estados... asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

¹⁶⁷ No se me escapa que este criterio puede ser considerado subjetivo, opinable y altamente discutible. Sin embargo, en la medida que se reconduzca al caso concreto que se pretende resolver, esa subjetividad puede ser dominada.

¹⁶⁸ REQUEJO PAGÉS (2006), pp. 448-449.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros y artículos

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2009): “La Corte Suprema y la Aplicación del Derecho Internacional: Un Proceso Esperanzador”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 7 N° 1): pp. 91-136.
- ALEX, Robert (2004): *El concepto y la validez del derecho* (Traducción Jorge M. Seña, 2ª edición. Barcelona, Editorial Gedisa): 211 pp.
- ALEX, Robert (2007): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Traducción de Carlos Bernal Pulido, 2ª edición en castellano, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC)): 601 pp.
- ANDALUZ, Horacio (2009): “La Estructura del Sistema Jurídico Boliviano y las Relaciones entre las Fuentes de su Derecho según la ‘Constitución’ Vigente”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXXIII 2º Semestre): pp. 455-496.
- ARAGÓN, Manuel (2007): “Derecho de sufragio: Principio y Función”, en NOHLEN, Dieter *et al.* (comps.). *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. (2ª ed., México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral): pp. 162-177.
- ARAYA GUERRERO, Pedro *et al.* (2007): *Proyecto de Reforma Constitucional que deroga el numeral 2 del artículo 16 de la Constitución Política de la República*, 13 de septiembre de 2007, (Boletín N° 5338-07). Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> [fecha de consulta: 1 de julio de 2009].
- ARMIJO, Gilbert (2003): “La Tutela Supraconstitucional de los Derechos Humanos en Costa Rica”, en *Ius et Praxis* (Año 9 N° 1): pp. 39-62.
- BACHOF, Otto (2008): *¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?* (Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, 1ª edición peruana, Lima, Editorial Palestra): 92 pp.
- BASTRESS, Robert (1998): “El principio de ‘la alternativa menos restrictiva’ en Derecho constitucional norteamericano”, en Instituto Nacional de Administración Pública, INAP (1997): *Cuadernos de Derecho Público* (N° 5, septiembre-diciembre 1997). *El Principio de Proporcionalidad* (Madrid): pp. 239-254.
- BAZÁN, Víctor (2007): “La Interacción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno en Argentina”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 5 N° 2): pp. 137-183.

- BAZÁN, Víctor (2010): “Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde la Óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 8 N° 2): pp. 359-388.
- BECA F., Juan Pablo (1998): “Presunción de Inocencia y Suspensión del Derecho a Sufragio”, en *Revista Chilena de Derecho* (Número Especial): pp. 127-130.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert (2009): “El Derecho Constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 7 N° 1): pp. 59-86.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica (2009): “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, en *Revista Ius et Praxis* (año 15 N° 1): pp. 295-310.
- BEHAN, Cormac y O'DONNELL, Ian (2008): “Prisoners, Politics and the Polls. Enfranchisement and the Burden of Responsibility”, en *The British Journal of Criminology* (48.3): pp. 319-336. Disponible en: <http://bjc.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/48/3/319> [fecha de consulta: 16 de julio de 2009].
- BERTELSEN REPETTO, Raúl (1996): “Rango Jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I): pp. 211-222.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime (2006): “Consideraciones Jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel López Obrador”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Nueva serie, año XXXIX, N° 116, mayo-agosto): pp. 371-403.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *Diario de los Debates (LX Legislatura)*, 20 de septiembre de 2007, sesión N° 11. Disponible en: <http://cronica.diputados.gob.mx/> [fecha de consulta: 12 de enero de 2010]
- CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno Tomo II Derechos, Deberes y Garantías* (Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile): 733 pp.
- CEA EGAÑA, José Luis (2005): “Futuro del Consejo de Defensa del Estado en relación con el respeto y promoción de los derechos y garantías constitucionales”, en *Revista de Derecho del Consejo del Defensa del Estado* (N° 13, agosto): pp. 107-114.
- CHAHUÁN SARRÁS, Sabas (2001): *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, (Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile): 383 pp.
- COMISIÓN REDACTORA DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1974): *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Tomo II.*

- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco (1996): "Alcances de la Modificación del artículo 5º de la Constitución Política Chilena en relación a los Tratados Internacionales", en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 23 N°s. 2 y 3, Tomo I): pp. 255-258.
- DE CARRERAS, Francesc (2000): "Función y Alcance del artículo 10.2 de la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional* (año 20, N° 60 septiembre-diciembre): pp. 321-341.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, (2006): "Límites Internacionales al Poder Constituyente", en *Revista Española de Derecho Constitucional* (N° 76, enero-abril) pp. 12-16 y 25-28.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION) (2002): "Principles of Europe's Electoral Heritage", en *Code of Good Practice in Electoral Matters. Guidelines and Explanatory Report* (adoptada en sesiones 51 y 52. 5 y 6 de julio y 18 y 19 octubre de 2002). Disponible en: <http://www.venice.coe.int> [fecha de consulta 15 de julio de 2009], 33 pp.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (2004): *Los Derechos Constitucionales Tomo II* (3º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile), 391 pp.
- FAVOREU, Louis (1994): "El Problema de la Supraconstitucionalidad en Francia y Europa", en *Problemas Actuales del Derecho Constitucional*. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México): pp. 107-116.
- FAVOREU, Louis (1999): "La Constitucionalización del Derecho Penal y del Procedimiento Penal. Hacia un Derecho Constitucional Penal", en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 26 N° 2): pp. 279-322.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (1996). "Procedencia del recurso de protección a propósito de una contienda de competencia", en *Revista de Derecho (Valdivia)* [online], (Vol.71996 diciembre): pp. 47-52. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2009].
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2005): "Reformas Constitucionales en materia de nacionalidad y ciudadanía", en Nogueira Alcalá, Humberto (Coord): *La Constitución Reformada de 2005*, (Librotecnia, Santiago de Chile): 668 pp.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2010): "La Aplicación por los Tribunales Chilenos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 8 N° 1): pp. 425-442.

- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (2006) “Incidencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 4 N° 2): pp. 335-362.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2007): “Sistema Integrado de Protección de los Derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 5 N° 2): pp. 121-135.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2008): “Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el Método de Casos”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 6 N° 2): pp. 73-119.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (1993): “El Poder Constituyente Derivado y los Límites Jurídicos del Poder de Reforma Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Año 13 N° 37 enero-abril): pp. 143-155.
- HITTERS, Juan Carlos (2009): “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), en *Revista de Estudios Constitucionales* (año 7 N° 2): pp. 109-128.
- HOBBS, Thomas (2003): *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil* (Traducción de Manuel Sánchez Sarto, 3ª reimpresión. Argentina, FCE): 618 pp.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2002): *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I* (1ª ed. 2ª reimpresión, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile): 638 pp.
- INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO (2007): *Comentario moción que deroga el numeral 2º del artículo 16 de la Constitución Política de la República* (Boletín 5338-07. 16 de noviembre de 2007), 16 pp. Disponible en: http://www.lyd.com/lyd/centro_doc/documents/rl [fecha de consulta: 20 de octubre de 2009].
- INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, INAP (1997): *Cuadernos de Derecho Público* (N° 5 septiembre-diciembre 1997 *El Principio de Proporcionalidad*, Madrid): 374 pp.
- KELSEN, Hans (2008): “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (N° 10 julio-diciembre): pp. 3-46.
- MAIER, Julio B. (2002): *Derecho Procesal Penal. Fundamentos* (2º ed. 2º reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto): 918 pp.
- MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl (2010): *Derecho Procesal Penal Tomo I* (Ed. Abeledo Perrot LegalPublishing, Santiago de Chile): 513 pp.

- MILL, John Stuart (1977): "Thoughts On Parliamentary Reform 1859", en Robson, John M. (ed.). *The Collected Works of John Stuart Mill*, Vol. XIX, *Essays on Politics and Society Part II* (Toronto: University of Toronto Press, London: Routledge and Kegan Paul), 34 pp. Disponible en: <http://oll.libertyfund.org> [fecha de consulta: 26 de noviembre de 2009].
- MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel (1999): *La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial* (Pamplona, España, Aranzadi Editorial): 388 pp.
- MORGAN-FOSTER, Jason, (2006): "Transnational Judicial Discourse and Felon Disenfranchisement: Re-Examining Richardson v. Ramírez", en *Tulsa Journal of Comparative and International Law* (Vol. 13 N° 2 primavera): pp. 279-319.
- NASH, Claudio e IRARRÁZABAL, Paz (2010): "Justicia Constitucional en Chile y Protección de Derechos Fundamentales", pp. 55-67: en BAZÁN, Víctor y NASH Claudio (Editores) (2010): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela* (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile): 108 pp.
- NINO, Carlos Santiago (1991): "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", en Ackerman, Bruce *et.al.* *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales): pp. 97-137.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2000): "Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile", en *Revista Ius et Praxis* (Año 6 N° 2): pp. 227-279.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003): *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México): 397 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004): "Elementos del Bloque Constitucional del Acceso a la Jurisdicción y Debido Proceso proveniente de la Convención Americana de Derechos Humanos", en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 2 N° 1): pp. 123-158.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005): "Consideraciones sobre la reforma 2005 respecto del Capítulo II de la Constitución", en Humberto (Coord). *La Constitución Reformada de 2005* (Librotecnia, Santiago de Chile): 668 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006): "Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile", en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 4 N° 2): pp. 435-455.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007a): *El Debido Proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano. Doctrina y Jurisprudencia* (Librotecnia, Santiago de Chile): 530 pp.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007b): “Los Derechos Contenidos en Tratados de Derechos Humanos como parte del Parámetro de Control de Constitucionalidad: La Sentencia Rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (año 5 N°2): pp. 457-466.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo 1 (2ª edición, Librotecnia, Santiago de Chile): 746 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009): “Consideraciones sobre Poder Constituyente y Reforma de la Constitución en la Teoría y la Práctica Constitucional”, en *Revista Ius et Praxis* (Año 15 N° 1): pp. 229-262.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2009): “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Prácticas y principios metodológicos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXXII, Valparaíso, Chile, 1º semestre): pp. 487-529.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2010): “Sobre la Declaración de Inaplicabilidad de los Tratados Internacionales. Un Estudio en Defensa de su Fundamento y Legitimidad”. *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 8 N° 2): pp. 431-464.
- OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge (2008): “La Aplicación y uso de las normas internacionales por el Poder Judicial”, en *Revista Ius et Praxis. Revista de Ciencias Penales* (N° 2 4º Época marzo-abril): pp. 83-101.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro (2005): “El Bloque de Constitucionalidad en Colombia”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 3 N° 1): pp. 231-242.
- OYARTE MARTÍNEZ, Rafael (1998): “Límites y Limitaciones al Poder Constituyente”, en *Revista Chilena de Derecho* (N° Especial): pp. 65-84.
- PEÑA TORRES, Marisol (2008): “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional Chileno”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 6 N° 1): pp. 205-222.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2003). “Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el Orden Normativo Interno”, en *Ius et Praxis* [online]. (Vol.9 N° 1) [[fecha de consulta: 10 de septiembre de 2010]: pp. 467-484. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100021&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122003000100021
- PRECHT PIZARRO, Jorge (2003): “Vigencia de la ley de Amnistia”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 1 N° 1): pp. 255-262.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2005): *Oficio N° 174-353, 16 de agosto de 2005, Observaciones al proyecto de reforma constitucional correspondientes a los*

- Boletines N°s. 2526-07 y 2534-2007*. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> [fecha de consulta: 1 de julio de 2009]
- QUIROGA LEÓN, Aníbal (2005): “Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno: Nuevas Perspectivas Doctrinales y Jurisprudenciales en el Ámbito Americano”. *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 3 N° 1), pp. 243-262.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (1992): “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Año 12 N° 54 enero-abril): pp. 41-66.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (2006): “Defensa de la Constitución Nacional y Constitucionalización de Europa. Inflación de Derechos y Deslegalización del Ordenamiento”, en *Fundamentos* (N° 4 Junta General del Principado de Asturias): pp 443-453.
- REY CANTOR, Ernesto (2006): “El Bloque de Constitucionalidad. Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos”. *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 4 N° 2): pp. 299-334.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro (2005): “Reformas constitucionales relativas a la nacionalidad y la ciudadanía”, en Zúñiga Urbina, Francisco (Coord.). *Reforma Constitucional* (Editorial LexisNexis, Santiago de Chile): pp. 283-304.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro (2007): “Los Tratados Internacionales y su Control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 5 N° 1): pp. 89-118.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2000): *La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo* (Editorial Marcial Pons, Madrid): 177 pp.
- RODRÍGUEZ GAONA, Roberto (2001): “¿Puede Existir Inconstitucionalidad en las Normas Reformatorias de la Constitución? La Justicia Constitucional y la Validez de las Normas Jurídicas Superiores”, en *Revista Derechos y Libertades* (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año N° 6 N° 10): pp. 169-196.
- ROTTINGHAUS, Brandon (2003): “Incarceration and Enfranchisement: International Practices, Impact and Recommendations for Reform”, en *International Foundation for Election Systems* [fecha de consulta: 20 de julio de 2009]. Disponible en: http://www.ifes.org/publication/4bbcc7feabf9b17c41be87346f57c1c4/08_18_03_Manatt_Brandon_Rottinghaus.pdf.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (1999): *El Contrato Social* (Traducción de Enrique López Castellón, Edimat Libros, Madrid): 188 pp.
- RUEDA CASTAÑÓN, Carmen Rosa *et al.* (1997): “Práctica Americana de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos (1996-II). Primera parte. Observación General 25 del Comité de Derechos Humanos”, en *Revista Instituto*

- Interamericano de Derechos Humanos* (Nº 25, enero-junio). Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm> [fecha de consulta: 1 de julio de 2009]
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2009): “Notas sobre el poder constituyente irregular”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Año XV Montevideo): pp. 151-161.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010): “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 8 Nº 1): pp. 117-136
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2003): *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo X* (2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile): 292 pp.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2006): *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, De los Derechos y Deberes Constitucionales* (Editorial Jurídica de Chile Santiago de Chile): 314 pp.
- TAPIA VALDÉS, Jorge (2008): “Poder Constituyente Irregular: Los Límites Metajurídicos del Poder Constituyente Originario”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 6 Nº 2): pp. 121-142.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2007): *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos*, (Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1ª reimpresión, Santiago de Chile): 440 pp.
- VANOSI, Jorge Reinaldo (2002): *Estudios de Teoría Constitucional* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México): 330 pp. .
- WALDROM, Jeremy (2005): *Derechos y Desacuerdos* (Trad. José Luis Martí y Agueda Quiroga, Ed. Marcial Pons, Madrid): 395 pp.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2008): *La Legge e la sua Giustizia* (Società Editrice Il Mulino, Bologna), 410 pp.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2006): “Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 4 Nº 2): pp. 415-434.

II. Jurisprudencia nacional

- CORTE SUPREMA: *Caso caratulado Sagredo Pizarro, Jorge. Recurso de Inaplicabilidad*. Rol Nº 23.675-1984. Sentencia de 14 de agosto de 1984. En: *Gaceta Jurídica* Nº 50, agosto, 1984, pp. 89 y ss.
- CORTE SUPREMA: *Caso caratulado Alberto Topp Collins. Recurso de Inaplicabilidad*. Rol Nº 23.584-84. Sentencia de 14 de agosto de 1984. En: *Gaceta Jurídica* Nº 50, agosto, 1984, pp. 89 y ss.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *Requerimiento contra Clodomiro Almeyda Medina por infracción al artículo 8º de la CPR*. Rol Nº 46-1987. Sentencia de 21 de diciembre de 1987. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl> [fecha de consulta: 1 de julio de 2009]
- CORTE SUPREMA: *Caso caratulado Pedro Poblete Córdova. Recurso de casación en el fondo*. Rol Nº 469-1998. Sentencia de 9 de septiembre de 1998. Disponible en: <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2009).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *Requerimiento de inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Rol Nº 346-2002. Sentencia de 8 de abril de 2002. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2009]
- CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT: *Recurso de protección caratulado Javier Patricio Henríquez Japke contra don Jorge Martínez Barrientos y otros*. Rol 3727-2003 (confirmada por la Corte Suprema por sentencia de 16 de abril de 2003, Rol Nº 1074-03). Sentencia de 10 de marzo de 2003. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2009].
- CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA: *Recurso de protección caratulado Agapito Núñez Ibaceta contra Juez del Cuarto Juzgado de Letras de Osorno*. Rol Nº 14.899-03. Sentencia de 29 de enero de 2004. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2009].
- CORTE SUPREMA: *Caso caratulado Homicidio de Paulino Flores y otro (Caso Molco). Recurso de casación en el fondo*. Rol Nº 559-04. Sentencia de 13 de diciembre de 2006. Disponible en: http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados_causas.php. [fecha de consulta: 10 de octubre de 2009).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *Requerimiento de inaplicabilidad artículo 61 de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Requirente Walterio Vargas Gómez*. Rol Nº 1.152-2008. Sentencia de 23 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl> [fecha de consulta: 1 de julio de 2009]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *Requerimiento de inaplicabilidad artículo 239 del Código Penal. Requirente Daniel Adaro Silva*. Rol Nº 1.328-2009. Sentencia de 6 de agosto de 2009. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2009].

III. Jurisprudencia internacional

- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS: Caso “*Reynolds v. Sims*” (1964). 377 US. 533. Disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=377&invol=533> [fecha de consulta: 1 de julio de 2009].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA: *Recurso de inconstitucionalidad (derecho de huelga)*. STC 11-1981. Sentencia de 8 de abril de 1981. Disponible en: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/jurisprudencia_constitucional.php [fecha de consulta: 12 de marzo de 2010]
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Opinión Consultiva 2/82, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 24 de septiembre de 1982; Opinión Consultiva 4/84, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, 19 de enero de 1984; Opinión Consultiva 9/87, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencias*, 6 de octubre de 1987; Opinión Consultiva 13/93, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 16 de julio de 1993; Opinión Consultiva 14/94, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención*, 9 de diciembre de 1994. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/opiniones.cfm> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2009].
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Caso “*Mathieu-Mohin y Clerfayt*”. Series A Nº 113. Sentencia de 28 de enero de 1987. Disponible en: http://www.ius.info/EUII/EUCHR/dokumenti/1987/03/CASE_OF_MATHIEU-MOHIN_AND_CLERFAYT_v._BELGIUM_02_03_1987.html [fecha de consulta: 30 de julio de 2009]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA: Caso “*López, Osvaldo Antonio (ex Cabo Primero al asociación ilícita-revelación de secretos concernientes a la defensa nacional y desertión simple)*”. Fallos 310.1797. Sentencia de 14 de septiembre de 1987. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=59455> [fecha de consulta: 20 de octubre de 2009]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA: Caso 282-90. “*Recurso de Habeas Corpus a favor de Vicente Chavarría Alanías y otros*”. Sentencia de 13 de marzo de 1990. Disponible en: <http://www.poder-judicial.go.cr/> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2009]
- CORTE SUPREMA DE CANADÁ: Caso “*Sauvé v. Canada (Attorney General)*”, (1993) 2 S.C.R. 438. Disponible en: <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1993/1993scr2-438/1993scr2-438.pdf> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2009].

- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Caso “*Matthews, Denisse contra Reino Unido*”. N° 24833/94. Sentencia de 18 de febrero de 1999. Disponible en: <http://www.echr.coe.int> [fecha de consulta: 15 de julio de 2009].
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso 11.863 “*Andrés Aylwin Azócar y otros vs. Chile*”. Informe N° 137/99, 27 de diciembre de 1999. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/99span/indice.htm> [fecha de consulta: 1 de julio de 2009].
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “*La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile*”. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/casos.cfm>. [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2010].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA: Caso “*Alianza Frente para la Unidad*”. A. 671. XXXVII. Sentencia de 27 de septiembre de 2001. Disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc_fallos.jsp [fecha de consulta: 15 de julio de 2009].
- CORTE SUPREMA DE CANADÁ. Caso “*Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*”, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68. Disponible en: <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.pdf> [fecha de consulta: 19 de julio de 2009].
- PROCURADuría GENERAL DE LA NACIÓN ARGENTINA. Dictamen caso “*Mignone, Emilio F.*”, (2002). Disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp [fecha de consulta: 15 de julio de 2009].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA: Recurso de hecho, Autos “*Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de Amparo*”. M. 1486. XXXVI y M. 1491. XXXVI. Sentencia de 9 de abril de 2002. Disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/toc_fallos.jsp [fecha de consulta: 15 de julio de 2009].
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso 11.204 “*Statehood Solidarity Committee vs. Estados Unidos*”. Informe N° 98/03, 29 de diciembre de 2003. Disponible en: <http://www.cidh.org/casos/03.sp.htm> [fecha de consulta: 1 de julio de 2009].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA: Caso “*Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO) and Others*”. Caso CCT 03/04. Sentencia de 3 de marzo de 2004. Disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/10.pdf> [fecha de consulta: 19 de julio de 2009].

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”. Sentencia de 2 de julio de 2004. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/casos.cfm>. [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2010].
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Caso “*Hirst v. United Kingdom (Nº 2)*”. Queja Nº 74025/01. Sentencia de 6 de octubre de 2005. Disponible en: <http://www.echr.coe.int> [fecha de consulta: 15 de julio de 2009].
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/casos.cfm>. [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2010].
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/casos.cfm>. [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2010].
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *Procedimiento de contradicción de tesis Nº 29/2007-PS*. Sentencia de 31 de octubre de 2007. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/buscar.asp?nexp=200700029PS&asunto=4> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2009].
- CORTE SUPREMA DE AUSTRALIA: Caso “*Roach v. Electoral Commissioner and Commonwealth of Australia*”. HCA 43. Sentencia de 26 de septiembre de 2007. Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2007/43.html> [fecha de consulta: 16 de julio de 2009].
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “*Kimel vs. Argentina*”. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/casos.cfm>. [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2010]. [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2009].

IV. Normas nacionales y comparadas

Normas nacionales

- CHILE. Constitución Política del Estado. Disponible en: <http://www.bcn.cl>
- CHILE. Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (Actual DFL 1-2006). Diario Oficial, edición de 26 de julio de 2006. Disponible en: <http://www.bcn.cl>.

Normas comparadas

- ARGENTINA. Ley Nº 19.945 de 1972, Texto ordenado conforme Decreto Nº 2135/1983. Boletín Oficial, edición de 6 septiembre de 1983, Código

- Electoral Nacional de Argentina. (Última modificación: Ley N° 26.215. Boletín Oficial, edición de 7 de enero de 2007). Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19442/texact.htm>.
- ARGENTINA. Decreto N° 1291/2006 de 25 de septiembre de 2006. Reglamentación del artículo 3° bis del Código Electoral Nacional, aprobado por la Ley N° 19.945 y sus modificatorias. Disponible en: http://www.mininterior.gov.ar/asuntos_politicos_y_aletorales/dine/infogral/archivos_legislacion/Privados_de_la_Libertad._Decreto_1291-06.pdf.
- CANADÁ. Election Act de 31 mayo de 2000. *Texto consolidado del Ministerio de Justicia* (Official Status of Consolidations), 30 de abril de 2010. Disponible en: <http://laws.justice.gc.ca/en/E-2.01/>.
- COLOMBIA. Ley N° 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario. Diario Oficial N° 40.999, edición de 20 de agosto de 1993. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0065_1993.html (Última modificación: Decreto 2636 de 2004. Diario Oficial N° 45.645, de 19 de agosto de 2004).
- COSTA RICA. Ley N° 8765, Código Electoral de 2009. Diario Oficial, edición de 2 de septiembre de 2009. Disponible en: http://www.gaceta.go.cr/pub/2009/09/02/ALCA37_02_09_2009.pdf.
- ESPAÑA. Ley Orgánica 5/1985, Régimen Electoral General. Boletín Oficial de España N° 147, edición de 20 de junio de 1985. Disponible en: <http://www.mir.es/SGACAVT/derecho/lo/lo05-1985.html#t1c1>. (Última modificación: Ley Orgánica 9/2007. Boletín Oficial de España N° 242, edición de 9 de octubre de 2007).
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, edición de 5 de febrero de 1917. Texto vigente 2010 (Última modificación. Decreto 190/2010. Diario Oficial de la Federación, edición de 27 de abril de 2010) Disponible en: <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>.
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Código Penal Federal. Diario Oficial de la Federación, edición de 14 de agosto de 1931. Texto vigente 2010. (Última modificación. Decreto 101/2009. Diario Oficial de la Federación, edición de 20 de agosto de 2009).

V. Sitios de internet

<http://www.cddhcu.gob.mx/> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2009].
<http://www.senado.gob.mx/> [fecha de consulta: 12 de enero de 2010].