

SUFRAGIO Y PROPORCIONALIDAD: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA PRIVACIÓN DEL DERECHO A SUFRAGIO*

SUFFRAGE AND PROPORTIONALITY: CRITICAL ANALYSIS OF THE JUDICIAL
TREND ON PRISONERS DISENFRANCHISEMENT

PABLO MARSHALL**
Universidad Austral de Chile
pmarshall@uach.cl

RESUMEN: Este trabajo da una nueva mirada a una serie de sentencias que en la esfera del derecho anglosajón han considerado que la privación del derecho a sufragio es contraria a la constitución o a los derechos humanos establecidos en tratados internacionales, abordando críticamente sus implicancias para el objetivo de la inclusión electoral de los privados de libertad. Esta conclusión se debe a la observación de que incluso reconociendo que los fallos redujeron el campo de aplicación de aquellos sujetos afectados por la privación del derecho a sufragio, estos pudieron haber contribuido de igual manera a la normalización de la exclusión política de aquellos sujetos que han cometido delitos considerados como graves. A consecuencia de ese diagnóstico crítico, formula un cuestionamiento al uso del test de proporcionalidad en los casos de privación del derecho a sufragio, debido al impacto en su uso de la deferencia hacia el legislador, el gobierno y la administración, y debido a que lo que está en juego es la titularidad del derecho a sufragio, que es una cuestión respecto a la cual existen buenas razones para apelar a un método jurídico que brinde una protección más robusta a tal derecho, que permita hacer la distinción entre la cuestión de la elegibilidad para votar y las demás regulaciones del sufragio.

ABSTRACT: This work look at a series of judgments of Anglo-Saxon jurisdictions that have considered that prisoners disenfranchisement is contrary to the constitution or the human rights entrenched by international treaties. It critically addresses its implications for the aim of electoral inclusion of prisoners due to the observation that even recognizing that the judgments reduced the field of application of disenfranchisement, they could have contributed in the same way to the normalization of the political exclusion of those subjects who have committed serious crimes. As a result of this critical diagnosis, the paper questions the use of the proportionality test in cases of disenfranchisement, because of the impact that it has in practice the deference towards parliaments, government and administration, and because what is at stake is voting eligibility, which is a matter for which there are good reasons to appeal to

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2018 y aprobado el 24 de abril de 2019.

** Abogado. Profesor de Derecho y Teoría Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral. Doctor en Derecho por la Universidad de Glasgow y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile.

a legal method that provides a more robust protection to such a right; one that allows to distinguish between the issue of eligibility and other regulations affecting the right to vote.

PALABRAS CLAVE: Sufragio, privación del derecho a sufragio, proporcionalidad, deferencia.

KEY WORDS: Suffrage, disenfranchisement, proportionality, deference.

INTRODUCCIÓN

En años recientes, el debate acerca de la privación del derecho a sufragio (en adelante, PDS) de los sujetos privados de libertad, ha logrado un nuevo impulso en el ámbito del derecho anglosajón¹. El renovado interés por el tema en cuestión se debe a la tensión que media en numerosos países entre los tribunales y los parlamentos en el contexto de la revisión judicial de la legislación que busca defender el derecho a sufragio contra la intervención restrictiva del legislador. En diversas jurisdicciones del *common law*, desde los años 90 en adelante, se ha consolidado lo que podría llamarse una verdadera “tendencia jurisprudencial” en que los tribunales han declarado la inconstitucionalidad o incompatibilidad de la legislación concerniente a la PDS, por considerar que esta constituye una forma de violación del derecho a sufragio.

En un relevante grupo de sentencias, los tribunales han *prohibido* o *limitado explícitamente* el alcance de la PDS. Probablemente el caso más conocido sea *Hirst v The United Kingdom N° 2* (2005). De entre este grupo de sentencias se puede distinguir, por un lado, entre las que han permitido explícitamente algún margen de apreciación a los gobiernos y los parlamentos, y, por otro, algunas en las que los tribunales han prohibido la práctica de la PDS por completo. En la primera hipótesis, las sentencias se limitan a defender el derecho a sufragio de ciertos sujetos privados de libertad bajo determinadas condiciones. Este es el caso de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), al igual que de las sentencias de las cortes de Australia y Hong-Kong. En la segunda hipótesis, la prohibición completa de la PDS ha sido determinada por tribunales de Canadá, Sudáfrica, Israel y Ghana. En algunos de estos últimos casos, sin embargo, no queda claro si es que una nueva legislación, con un alcance diferente, sería compatible con la protección constitucional del derecho a sufragio.

Este grupo de sentencias, o sea, el de aquellas que prohíben o limitan la aplicación de la PDS, tienen en común el hecho de que llevaron a cabo una revisión constitucional sustantiva estricta de la legislación. Este trabajo se enfocará

¹ Los principales libros sobre el tema son MANZA y UGGER (2006); EWALD y ROTTINGHAUS (2009); PETTUS (2013); BEHAN (2014).

en dicho grupo y, en particular, en los fallos que han aplicado una metodología jurídica similar para analizar la constitucionalidad de la PDS. Se trata fundamentalmente de la doctrina de la *proporcionalidad*. En este escenario, cuando los tribunales prohibieron la utilización de la PDS, lo hicieron como consecuencia de un análisis racional de la legislación como mecanismo de limitación de un derecho fundamental; en este caso, del derecho a sufragio².

Ahora bien, estas sentencias comprometidas con la proporcionalidad no han prohibido la PDS por ser una práctica esencialmente no democrática y, en esos términos, completamente inadmisibles. En contraste, han aceptado, aunque con algunas reservas, que las instituciones representativas puedan perseguir fines legítimos a través de este tipo de medidas. En la opinión de la mayoría de los tribunales, por lo tanto, los problemas con la PDS no han sido necesariamente asociados con sus objetivos, fines o razones inherentes. Se relacionan, por el contrario, con la falta de relación proporcional entre la finalidad que se persigue y la medida empleada.

Lo que este trabajo se propone hacer es, por un lado, dar una nueva mirada a esta serie de fallos y mirar más críticamente sus implicancias para la búsqueda de la inclusión electoral de los privados de libertad. Por otro lado, busca formular una crítica al uso del método de la proporcionalidad en casos de PDS donde está en juego la titularidad del derecho a sufragio.

La estructura de este trabajo será la siguiente. La *Sección I* expone y contextualiza los casos principales que han prohibido o limitado la PDS usando el método jurídico de la proporcionalidad. Asimismo, formula y crítica la tesis, abrazada por la doctrina, de que estas sentencias configuran una tendencia jurisprudencial progresista en materia de sufragio de los privados de libertad. La *Sección II* desarrolla una crítica al uso que los tribunales hicieron de la relación entre proporcionalidad y deferencia en las sentencias analizadas. Basada en esta crítica, finalmente, la *Sección III* propone una forma alternativa de lidiar con los casos de control constitucional de la práctica de privación del sufragio que, se sostiene, tiene la potencialidad de servir realmente al objetivo democrático de incluir a los

² Otro grupo de sentencias ha permitido una *privación general* del derecho a sufragio para los privados de libertad. Esto no significa que, en las jurisdicciones en cuestión, efectivamente se prive a todos los sujetos condenados de su derecho a sufragio, sino que los tribunales no han aceptado argumentos que pudieran impedir dicha práctica, en el presente o en el futuro. Si bien *Richardson v Ramirez* (418 U.S. 24, 1974) es el caso el más célebre en este sentido, Estados Unidos no es, sin embargo, la única jurisdicción que ha decidido permitir la práctica de la PDS. Casos recientes han involucrado a tribunales de Botsuana, Chile, India, Irlanda, México y Nueva Zelanda. Y, en general, los casos mencionados también han recurrido a disposiciones constitucionales para bloquear los cuestionamientos dirigidos en contra de la PDS.

privados de libertad como titulares del sufragio, examinando de forma crítica el resultado de los fallos e indicando algunas de sus deficiencias.

I. LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PRIVACIÓN DEL DERECHO A SUFRAGIO

1. IDENTIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Como ya se ha mencionado, la PDS comenzó a ser entendida como un problema considerable en algunas jurisdicciones, y en diversos lugares del mundo las leyes respectivas comenzaron a ser examinadas bajo estándares democráticos y de derechos humanos. En particular, es de relevancia mencionar que ciertos activistas que han buscado cuestionar la PDS por considerarla una violación a los derechos humanos, han comenzado a tener un considerable éxito. Se ha ido perfilando, de esta manera, una fórmula para cuestionar la legislación que consagra la PDS, que podría eventualmente ser exportada a otras jurisdicciones para perseguir una agenda progresista a nivel global. Al respecto, sobresalen cinco sentencias en las que los tribunales han seguido un camino similar³.

La primera sentencia es de la Corte Suprema de Canadá en el caso *Sauvé v Canada (Nº 2)* (emitida en el año 2002 y en adelante simplemente *Sauvé*)⁴ y es probablemente la más influyente de todas las sentencias que se analizarán, habiendo sido expresa y autoritativamente citada por todos los demás tribunales de este grupo de sentencias. La corte consideró inconstitucional la disposición que privaba del sufragio a todos los reclusos que cumplieran sentencias de dos años o más. Al hacer esto, autorizó el sufragio de todos los internos dentro del sistema penitenciario canadiense. En ausencia de un problema específico que se buscara solucionar mediante la privación del sufragio, el gobierno declaró que esta medida perseguía dos grandes objetivos: en primer lugar, buscaría mejorar la responsabilidad cívica y el respeto al Estado de derecho, y, en segundo lugar, proporcionaría un castigo adicional intensificando los fines generales (resociali-

³ Es importante notar desde ya que todas aquellas decisiones se ocuparon de la hipótesis en que la PDS afectaba a personas que cumplían condenas privativas de libertad. La literatura en el análisis comparado de estas sentencias incluye EWALD y ROTTINGHAUS (2009); PLAXTON y LARDY (2010); ZIEGLER (2011); BECKMAN (2013); BEHAN (2014), cap. 2.

⁴ *Sauvé v Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519 (Sauvé Nº 2) (en adelante, *Sauvé*). Con anterioridad, en 1993, la Corte Suprema de Canadá había declarado inconstitucional una prohibición general de sufragar para los privados de libertad en la sentencia *Sauvé v Attorney-General of Canada (1992)*, 7 O.R. (3d) 481. Sobre el debate jurídico canadiense sobre la PDS, véase e. g. BROWN (2003); PARKES (2003); MANFREDI (2009), pp. 260-8.

zadores y disuasivos) de la sanción penal⁵. El tribunal, en un fallo de extraordinaria profundidad teórica, determinó que la disposición legal era inconstitucional porque la limitación del derecho de voto no estaba claramente justificada en una sociedad libre y democrática, como lo demanda la Carta de Derechos. Para concluir aquello, la corte argumentó densamente y desestimó que existiera una *conexión racional* entre los propósitos enunciados y la medida propuesta, y señaló que, lejos de lograr sus objetivos, esta medida consistía en una mala pedagogía que perjudicaría el respeto de la ley. Entre otras cosas, señaló que la medida es antidemocrática y contradictoria, y que va en contra del compromiso de Canadá con el inherente valor y dignidad de cada individuo, y sostuvo que todas las funciones punitivas estarían ya cubiertas por el encarcelamiento y que no podían ser racionalmente cumplidas por la exclusión electoral⁶.

Poco después de *Sauvé*, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica dictó en el año 2004 la sentencia *Minister of Home Affairs v Nicro* (en adelante, simplemente *Nicro*)⁷, en la que se hacen referencias expresas al fallo canadiense emitido con solo dos años de anticipación. En *Nicro*, la normativa que inhabilitaba a todos los reclusos para sufragar, con excepción de aquellos que tenían derecho a fianza, fue considerada inconstitucional. La argumentación del gobierno se basó en el inconveniente logístico y financiero que el voto de los internos supondría y en la necesidad de dar prioridad a otros ciudadanos que tampoco pueden ejercer el sufragio. El gobierno también mencionó que permitir votar a los privados de libertad sugeriría que se estaba siendo blando con el crimen⁸. El tribunal se negó a aceptar el argumento logístico debido a la falta de evidencia en la prestación del gobierno⁹. Sin embargo, argumentó que los métodos alternativos de votación existentes podrían utilizarse para dar a los reclusos la oportunidad de ejercer sus derechos sin inconvenientes. Al argumento de política criminal, el tribunal respondió con ironía: difícilmente podría sugerirse que

⁵ *Sauvé*, c. 21°.

⁶ *Sauvé*, cc. 30°-50°.

⁷ *Minister of Home Affairs v National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (Nicro) and Others* (CCT 03/04) [2004] ZACC 10 (en adelante, *Nicro*). Anteriormente, había considerado el mismo problema en el caso *August and Another v Electoral Commission and Others* (CCT8/99) [1999] ZACC 3 (en adelante, *August*), en el que la ausencia de un sistema que permitiera votar a los reclusos desde la cárcel fue imputada como una omisión inconstitucional. Sobre las sentencias *August* y *Nicro*, y el debate jurídico sudafricano sobre la PDS, véase MUNTINIGH y SLOTH NIELSEN (2009); PLAXTON y LARDY (2010); ABEBE (2013).

⁸ *Nicro*, cc. 45°, 139°.

⁹ *Nicro*, cc. 49°, 65-67°.

el gobierno tiene derecho a privar de derechos a quienes están en prisión con el fin de mejorar su imagen; tampoco con el fin de corregir un posible error del público en cuanto a la verdadera actitud del gobierno frente al crimen y los criminales¹⁰.

Un año después de esa sentencia, en 2015, el TEDH analizó si es que la exclusión electoral de reclusos efectuada por el Reino Unido se encontraba en conformidad con la *Convención Europea de Derechos Humanos* (en adelante, CEDH) en la sentencia del caso *Hirst v The United Kingdom (Nº 2)* (en adelante, simplemente *Hirst*)¹¹. En esta sentencia, el tribunal consideró que la privación general de los presos para votar era incompatible con la convención. Compuso su fallo, como es de suponer, con referencias explícitas a la sentencia *Sauvé*. La discusión jurídica en *Hirst* se centró en si la citada ley violaba los derechos humanos, específicamente los derechos que siguen a la obligación del Estado de realizar elecciones libres. Antes de ser llevado al nivel europeo, el caso *Hirst* fue resuelto en el nivel interno, donde la *Divisional Court* desestimó el recurso que pretendía la declaración de incompatibilidad de la citada ley, argumentando que las legislaciones nacionales tienen un amplio margen de apreciación para excluir reclusos del derecho a voto¹². En su presentación, el gobierno británico sostuvo que la pérdida del derecho a sufragio contribuía a prevenir el crimen y castigar a los delincuentes. También que con ella podía mejorarse la responsabilidad cívica y el respeto por el *rule of law*¹³. Si bien la corte consideró que estas finalidades podían ser lícitas, concluyó que su concreción en la regulación británica afectaba desproporcionadamente el derecho a sufragio de los internos, dado su carácter de *general, automática e indiscriminada*, transformándose en una regulación incompatible con la Convención. La corte afirmó que esta medida es general porque excluía a un gran grupo de personas de la elección, automática porque se aplicaba independientemente del tiempo de duración de la condena y de la gravedad del delito, y arbitraria ya que su impacto depende del momento en que se realicen las elecciones¹⁴. En otras palabras, la corte sugirió que la suspensión del

¹⁰ *Nicro*, c. 56º.

¹¹ *Hirst v The United Kingdom (Nº 2)* [2005] ECHR 681 (en adelante, *Hirst*). La literatura jurídica acerca de *Hirst* y las sentencias del TEDH es vasta. Véase EASTON (2006); PLAXTON y LARDY (2010); FOSTER (2009); MURRAY (2011).

¹² *R v Secretary of State for Home Department, Ex parte Pearson and Martinez, Hirst v Attorney General* (2001) EWHC Admin 239.

¹³ *Hirst*, c. 50º.

¹⁴ *Hirst*, cc. 41º, 82º.

derecho a sufragio no depende de nada más que el mero hecho del encarcelamiento¹⁵. Afirmando esto, sin embargo, la corte dejó abierta la posibilidad de una aplicación proporcionada de la medida, en tanto la legislación considere esos factores.

Otros dos casos dignos de mención siguieron a *Hirst* en el TEDH. Ambos confirmaron el razonamiento central de *Hirst*. En *Frodl v Austria*¹⁶, el tribunal analizó un cuestionamiento de la legislación austriaca que privaba de derechos a las personas encarceladas por más de un año, afirmando que era incompatible con la Convención. Según la corte, la privación del sufragio solo puede preverse para un grupo limitado de sujetos que sirven largas condenas. Además, señaló que la decisión sobre la privación de derechos debe ser tomada siempre por un juez, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, y debe existir un vínculo entre la falta cometida y cuestiones relativas a elecciones e instituciones democráticas¹⁷. Con *Scoppola v Italia (Nº 3)*¹⁸, la cuestión regresó a la Gran Sala del tribunal seis años después de *Hirst*. Se esperaba que la solución a este caso proporcionaría una aclaración definitiva de cómo el tribunal entiende las restricciones a la PDS. El tribunal argumentó que el caso italiano no está comprendido en la categoría de “general, automático e indiscriminado”. Consideró tres aspectos de la legislación. En primer lugar, en el marco del sistema italiano, la privación del sufragio se aplica solo a algunos de los privados de libertad, por lo que no es general, como la prohibición del Reino Unido. En segundo lugar, considera elementos materiales, es decir, la duración de la pena privativa de libertad (delitos que resultan en una condena de tres o más años de prisión) y la naturaleza del delito cometido (términos de prisión aún menores cuando el acto implica un delito contra el Estado), lo que impacta en que no es una medida indiscriminada, como en la legislación del Reino Unido. En tercer lugar, dado que la aplicación de la medida depende a su vez de la duración de la pena de prisión, esta no es automática, ya que muestra la preocupación del legislador por ajustarla a las circunstancias particulares del caso en cuestión, teniendo en cuenta factores tales como la gravedad de la falta cometida y la conducta del sujeto¹⁹. En definitiva, el TEDH ha concedido gran relevancia a la participación política de los sujetos que cumplen penas de prisión de

¹⁵ *Hirst*, c. 77º.

¹⁶ *Frodl v Austria* [2010] ECHR 508 (en adelante, *Frodl*).

¹⁷ *Frodl*, cc. 28º-34º.

¹⁸ *Scoppola v Italia (Nº 3)* [2012] ECHR 868 (en adelante, *Scoppola*).

¹⁹ *Scoppola*, cc. 97º-108º.

menos de tres años, afirmando explícitamente que no se puede privar a la población penal de sus derechos electorales por la comisión de delitos menores²⁰.

Dos años después, analizando en su mayor parte los casos *Hirst* y *Sauvé*, la Corte Suprema australiana confirmó en *Roach v Electoral Commissioner* (2007)²¹ (en adelante, simplemente *Roach*), la disposición legal que prohíbe el sufragio de presos que estén cumpliendo condenas de tres años o más. Al mismo tiempo, sin embargo, dictaminó que la enmienda que introducía una prohibición general que afectaba la posibilidad de sufragar de todos los reclusos era inconstitucional. *Roach* fue una decisión revolucionaria para los estándares australianos de control constitucional. La corte sostuvo que la Constitución australiana consagra implícitamente el derecho de voto y el sufragio universal²². El argumento de inconstitucionalidad se construyó sobre la base de la falta de una *razón sustancial* para una exclusión de todos los reclusos de las elecciones²³. No obstante ello, la corte atribuyó gran importancia a la competencia del poder legislativo para limitar la composición del padrón electoral y, por lo tanto, confirmó la legislación anterior, que solo privaba a aquellos que cumplen condenas por delitos graves. La razón que la corte aceptó para ello fue que la delincuencia representa una forma tal de irresponsabilidad cívica que es apropiado que el Parlamento, con motivo de tal comportamiento, sume a la exclusión física implicada en el encarcelamiento una exclusión simbólica²⁴. Sin embargo, la corte señaló que el Parlamento, al implementar tal objetivo, debía prestar atención a la naturaleza de la infracción cometida, la duración de la pena de prisión impuesta y las circunstancias personales del delincuente²⁵. La prohibición general no satisfacía tal demanda, a diferencia de la legislación anterior, que excluía del padrón electoral únicamente a los sujetos condenados a tres años de prisión o más.

Finalmente, solo un año después, en 2008, la Corte Suprema de Hong Kong dictó el fallo *Chan Kin Sum v Secretary for Justice* (en adelante, simplemente *Chan Kin*

²⁰ Otros casos resueltos por el TEDH sobre este asunto incluyen *Anchugov and Gladkov v Russia* (2013), *Soyler v Turkey* (2013) y *McLeand and Cole v The United Kingdom* (2013).

²¹ *Roach v Commonwealth* [2007] HCA 43 (en adelante, *Roach*). Sobre *Roach* y el debate jurídico australiano, véase GUTTMAN (2007); BROWN (2007); REDMAN *et al.* (2009); ORR y WILLIAMS (2009); EDGELY (2010); PLAXTON y LARDY (2010); HILL y KOCH (2011).

²² *Roach*, cc. 5º-7º.

²³ *Roach*, c. 8º.

²⁴ *Roach*, c. 12º.

²⁵ *Roach*, c. 84º.

Sum)²⁶. La sentencia afirmó que la prohibición general de los presos para votar era desproporcionada y discriminatoria. Lo hizo basándose en argumentos previamente discutidos en los fallos mencionados y en un razonamiento que reproduce la sentencia del TEDH en *Hirst* casi a la perfección, tanto en sus principios subyacentes y resultados, como también en sus defectos.

2. ANÁLISIS COMPARATIVO

Comentando este grupo de sentencias, parte de la literatura especializada ha sugerido que ellas forman parte de una “tendencia transnacional” acerca de la PDS, que consiste en empujar a las legislaciones nacionales hacia una posición que sea más democrática y respetuosa de los derechos fundamentales²⁷. En palabras de Ruvy Ziegler, por ejemplo, existe una “tendencia jurisprudencial emergente que observa de forma creciente a la pérdida del derecho a sufragio como una práctica sospechosa y la somete a una minuciosa revisión judicial”²⁸. A pesar de las particularidades de las sentencias, este punto de vista identifica “una clara trayectoria [que] emerge hacia expandir el derecho a sufragio” de los privados de libertad²⁹. Enfrentan el mismo tipo de problema y están motivadas por premisas similares, llevando a la racionalización de las legislaciones nacionales en esta materia³⁰. Ludvig Beckman añade que “es tentador inferir [de estos fallos] que un nuevo consenso acerca de la importancia del derecho a sufragio está emergiendo de entre los tribunales”³¹. Por otro lado, no hay lugar a duda de que esta tendencia ha sido reconocida por ellos mismos. En *Chan Kin Sum*, por ejemplo, el tribunal se refiere de forma consciente a este discurso, sosteniendo explícitamente que “la tendencia moderna está en contra de la pérdida del derecho a sufragio”³².

²⁶ *Chan Kin Sum v Secretary for Justice* [2009] 2 HKLRD 166 and [2008] 6 HKC 486 (en adelante, *Chan Kin Sum*).

²⁷ Véase MORGAN-FOSTER (2006); ISPAHANI (2009); PLAXTON y LARDY (2010); ZIEGLER (2011). Véase también NUNN (2005), pp. 776-81; ACLU (2006); MACDONALD (2009), p. 1390; MAUER (2011); MUNN (2011), p. 224.

²⁸ ZIEGLER (2011), p. 202.

²⁹ ZIEGLER (2011), p. 212.

³⁰ *Chan Kin Sum*, c. 110°. Véase ZIEGLER (2011), pp. 222-223. Véase también BECKMAN (2013), p. 64.

³¹ BECKMAN (2013), p. 64.

³² Véase también *Scoppola*, c. 95°.

Distintos autores han elaborado las particularidades de esta tendencia jurisprudencial. Entre estas particularidades pueden distinguirse elementos sustantivos, formales y consecuenciales³³. Plaxton y Lardy han señalado algunas de las similitudes entre sentencias que podrían apoyar la afirmación de que estamos en presencia de una verdadera tendencia³⁴. Primero, todas las sentencias han declarado la inconstitucionalidad o incompatibilidad de legislación privativa del derecho a sufragio. Cada sentencia examinó la legislación y concluyó que dicha práctica estaba siendo ejecutada en términos incompatibles con los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Al hacer esto, los tribunales abrieron el camino hacia la configuración de una regulación de la PDS más indulgente y respetuosa de este derecho fundamental³⁵. De esta forma, al menos *prima facie*, el respeto a los derechos fundamentales y principios democráticos no constituyó solamente el trasfondo político de las sentencias, sino también el objetivo perseguido y, hasta cierto punto, alcanzado por la acción de los tribunales³⁶.

En segundo lugar, elementos formales como la argumentación y opiniones de los tribunales tratan materias similares, y los gobiernos apelaban al mismo grupo de objetivos cuando intentan de justificar el *statu quo* en contra del ataque a la constitucionalidad o incompatibilidad de la legislación³⁷. Con relación a esto, se observa

³³ Véase PLAXTON y LARDY (2010), pp. 104-30. Véase también ZIEGLER (2011), pp. 227-33. Un análisis exhaustivo de todos los argumentos ofrecidos por los gobiernos en términos de proporcionalidad es llevado a cabo por ROBINS (2006), pp. 179-94.

³⁴ Véase PLAXTON y LARDY (2010). Limitan sus aspiraciones, pero todavía hay un discurso subyacente común cuando “muestran que, a pesar que las decisiones tratadas arriba, reflejan distintos modos de razonamiento cuando se confrontan con la legislación que hace que reclusos pierdan su derecho a sufragio, varias temáticas comunes los atraviesan” (p. 102).

³⁵ Véase también ZIEGLER (2011). Para un análisis de la implementación de las decisiones del tribunal, véase ISPAHANI (2009), pp. 46-50. Todos los gobiernos y parlamentos, con excepción del Reino Unido, habían ejecutado las sentencias. Recién a fines de 2017, el gobierno del Reino Unido ha decidido implementar la sentencia de *Hirst*, anunciando que concederá el derecho a sufragio a aquellos reclusos con salida diaria para atender a programas de rehabilitación o a trabajo comunitario.

³⁶ Además del efecto directo que tiene declarar la inconstitucionalidad de la legislación sobre la jurisdicción en cuestión, un discurso transnacional puede también operar por la vía de producir influencia en otras jurisdicciones. Este es el principal argumento de MORGAN-FOSTER (2006) y el argumento implícito en ZIEGLER (2011). Véase también ISPAHANI (2009), pp. 34-35.

³⁷ Véase también ISPAHANI (2009), p. 35. Esta idea podría estar relacionada con el trasfondo cultural y jurídico común de aquellos países en los que los argumentos han sido usados y estas materias analizadas.

que los tribunales frecuentemente hacen referencias a documentos internacionales³⁸ y fuentes comparadas, especialmente a otros tribunales que han tratado el mismo problema³⁹. Al respecto, y yendo más allá, Ziegler identifica ciertas cualidades sustantivas que permiten hablar de una cierta unidad en el tratamiento de los casos por parte de los tribunales. Lo que él llama un discurso transnacional sobre la legalidad de la PDS apela a dos elementos de trasfondo que motivaron las decisiones judiciales: “El paradigma democrático juega un papel significativamente mayor en estas sentencias que en la jurisprudencia paralela de los EE.UU., como también lo hace la noción de los privados de libertad como sujetos de derecho”⁴⁰.

El primer elemento se relaciona con una forma de pensamiento democrático en la que el derecho a sufragio se inserta como componente central. La tendencia jurisprudencial tiene como premisa la idea de que el sufragio universal garantiza a todos los ciudadanos una voz en el proceso democrático y que el derecho a sufragio es la piedra angular de la participación en una democracia representativa que aspira al ideal de autogobierno del pueblo. El voto, por ende, no debería ser tratado como un privilegio que puede otorgarse y quitarse a voluntad por el gobierno o el parlamento, sino como un verdadero derecho fundamental⁴¹. El segundo elemento se refiere específicamente al caso de la PDS de privados de libertad, y defiende la idea de que los reclusos están y

³⁸ Este trabajo no desarrolla ningún argumento basado en instrumentos generales de derecho internacional. Véase ZIEGLER (2011). Véase también NUNN (2005); MACDONALD (2009); REDMAN *et al.* (2009), pp. 186-195; WILSON (2009); ABEBE (2013). Asimismo, véase la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), artículo 21 *vis-à-vis* artículo 2º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (1966), artículo 25 *vis-à-vis* artículo 2º; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), artículo 13; Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969), artículo 23; Convención Europea de Derechos Humanos (1950), y el Protocolo N° 1 de la Convención para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1954), artículo 3º. Especialmente interesante al respecto son los reportes del Comité de Derechos Humanos sobre la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Para una revisión detallada de los reportes acerca de las características de estos instrumentos internacionales, véase ZIEGLER (2011), pp. 245-247.

³⁹ Véase ZIEGLER (2011), pp. 233-235. Véase también ISPAHANI (2009), p. 35. Las referencias cruzadas entre las sentencias de los tribunales son interesantes de señalar. En *Sauvé*, hay referencias a *August* [cc. 35º, 44º, 58º]; en *Nicro*, hay referencias a *Sauvé* (cc. 61º-63º, 66º, 115º, 149º); en *Hirst*, hay referencias a *Sauvé* (cc. 24º-27º, 43º); en *Roach*, hay referencias a *Hirst* (cc. 15º-17º, 100º, 163º), *Sauvé* (cc. 13º-19º, 100º), y *Nicro* (c. 163º); en *Chan Kin Sum*, hay referencias a *Hirst* (cc. 75º, 88º, 90º, 96º, 99-108º, 150º-151º, 165º), *Sauvé* (cc. 35º, 91º, 96º, 141º-142º, 158º-162º), *NICRO* (cc. 146º, 180º), y *Roach* (cc. 88º, 118º, 135º).

⁴⁰ ZIEGLER (2011), p. 222. Véase también ISPAHANI (2009), p. 35.

⁴¹ Véase ZIEGLER (2011), pp. 223-226. Véase también ORR (1998), pp. 55-57; EASTON (2006), p. 449; GUTTMAN (2007), p. 310. Véase, asimismo, *Sauvé*, cc. 31º-33º; *Nicro*, c. 28º, *Hirst*, cc. 59º, 63º.

deben seguir estando incluidos en la esfera de los sujetos de derecho. Según este punto de vista, los reclusos están, en principio, solo privados de su derecho a la libertad. La privación de cualquier otro derecho, cuando resulta necesario para la seguridad del recinto carcelario u alguna otra consideración, debe estar igualmente justificada en términos de estándares de derechos fundamentales⁴². La consecuencia de esta doctrina es que la PDS es vista *prima facie* como una vulneración del derecho a sufragio y debe, por lo tanto, ser sometida a revisión constitucional. Es el gobierno, por tanto, el que debe demostrar que esta vulneración está justificada⁴³.

En tercer lugar, todos los tribunales resolvieron el caso aplicando un examen de constitucionalidad o convencionalidad relacionado a la noción de proporcionalidad, cuando juzgaron si es que el estatuto de la PDS era compatible con la constitución o un instrumento de derechos humanos. Esta metodología jurídica supone dos aspectos que es relevante mencionar. Por una parte, el punto de partida de todos estos casos ha sido que la PDS es un caso de *limitación* de un derecho constitucional o humano y, por lo tanto, debe ser sometido a revisión judicial aplicando un examen de constitucionalidad o convencionalidad⁴⁴. Por otro lado, realizan su tarea aplicando la proporcionalidad, o un examen de relación entre medios y fines similar a esta, para evaluar la constitucionalidad o compatibilidad de intervenciones legislativas en el derecho a sufragio.

Teniendo elementos en común, las sentencias también exhiben importantes diferencias que pueden contribuir a una mejor comprensión de sus resultados y sus perspectivas futuras. Por una parte, difieren en su apreciación acerca de la consolidación y extensión del derecho a sufragio, los estándares de escrutinio concretamente aplicados y el grado de compromiso asumido con razonamientos basados en valores democráticos. Por la otra, presentan similitudes al nivel de los

⁴² Véase ZIEGLER (2011), pp. 204, 226-227. También CHOLBI (2002), pp. 548-549; FOSTER (2004), pp. 14-15; EASTON (2006), p. 449; GUTTMAN (2007), p. 310. La jurisdicción británica reconoce este principio en *Raymond v Honey* (1980), mientras se sostuvo que los “reclusos retienen todos sus derechos civiles que no son arrebatados ya sea expresamente o por implicación”. Ver FOSTER (2004), pp. 14-15.

⁴³ Véase ZIEGLER (2011), p. 202. Un ejemplo de esta doctrina puede observarse cuando el tribunal en *Roach* afirma que los “[r]eclusos que son ciudadanos y miembros de la comunidad australiana continúan siéndolo. Su interés en y deber sobre, su sociedad y su gobierno sobrevive al encarcelamiento” (c. 84º), o en *Hirst*, cuando el tribunal afirmó que los “reclusos en general continúan disfrutando de todos los derechos fundamentales y libertades garantizadas por la Convención salvo por el derecho a la libertad” (c. 69º). Véase también *Sauvé*, c. 47º.

⁴⁴ Sobre la existencia de un discurso transnacional general sobre los derechos humanos y constitucionales, véase *e. g.* MCCRUDDEN (2000).

objetivos que aceptan como legítimos y los estándares concretos fijados como resultado de su examen que determinan de qué manera la PDS puede ser considerada una figura jurídica aceptable.

Sobre las diferencias, cabe señalar, primero, que a pesar del hecho de que cada decisión defendió en términos generales el *derecho a sufragio*, existen considerables diferencias respecto a las circunstancias en las que este derecho fue defendido. *Roach* es la única sentencia que no apela a un derecho a sufragio expresamente establecido en un texto autoritativo, sino a un derecho *implícito y emergente*. Esto puede ayudar a explicar el carácter político “progresista” de esta sentencia, pese a ser la menos condenatoria de la PDS de todas las sentencias analizadas. En un punto intermedio, *Hirst* se basa en la afirmación de que el derecho a sufragio sería un derecho adscrito al artículo 3º del Protocolo 1 de la CEDH, que exige que los Estados se comprometen a celebrar periódicamente elecciones libres, adscripción que ha sido enfáticamente puesta en duda por el gobierno del Reino Unido⁴⁵. Finalmente, las constituciones de Canadá, Sudáfrica y Hong Kong tienen el derecho a sufragio expresamente establecido, lo que impacta en el razonamiento de sus tribunales⁴⁶. Pese a que todas las sentencias consideraron el derecho a sufragio como un derecho que es limitado por la PDS⁴⁷, el grado de concreción de este derecho puede ser un factor determinante para entender algunas de las diferencias en los resultados de estas sentencias. El menor valor específico de un derecho implícito *versus* un derecho explícito podría explicar la falta de radicalidad en *Hirst* y *Roach*, considerando que los “sistemas legales que operan bajo una carta de derechos” permiten menos intromisión legislativa en sus derechos fundamentales⁴⁸.

En segundo lugar, el *estándar de escrutinio* también varía de tribunal en tribunal, a pesar de que estos diversos estándares reflejan un intento similar de racionalizar la legislación bajo ideas implícitas en la doctrina de la proporcionalidad. Todas las jurisdicciones requieren que el gobierno demuestre una finalidad adecuada para la legislación: una “razón sustantiva” (*Roach*), un “objetivo legítimo” (*Hirst* y *Chan Kin Sum*), un “objetivo legítimo, razonable y justificable en una sociedad democrática abierta, basada en la dignidad, igualdad y libertad humana”

⁴⁵ Véase COMISIÓN MIXTA (2013), pp. 13-14.

⁴⁶ Véase Sección 3 de la Carta de Derechos (Canadá); Sección 19(3) (a) de la Constitución Sudafricana, y artículo 21 de la Declaración de Derechos (Hong Kong).

⁴⁷ Incluso cuando se defendió que la PDS también vulneraba el derecho a la igual protección, estos alegatos fueron desentendidos por los fallos de la corte.

⁴⁸ Véase HILL y KOCH (2011), p. 214. Véase también MANFREDI (2009), p. 269.

(NICRO), o un “objetivo apremiante y sustantivo” (*Sauvé*). Las calificaciones de estos estándares de urgencia de la finalidad, aunque siendo importantes en teoría, son dejadas de lado en todas las sentencias⁴⁹. La diferencia entre los estándares de escrutinio podría solamente vincularse a la exigencia de la relación entre medios y fines. El estándar más bajo se encuentra en *Roach*, en el que el tribunal requirió solo una “conexión racional” entre la medida y su fundamento. De nuevo, en un punto intermedio, la proporcionalidad de los estándares del TEDH se modera por la doctrina del margen de apreciación. La Corte Suprema de Hong Kong sigue de cerca el test propuesto por el TEDH. Finalmente, los exámenes más detallados y exigentes son los de los tribunales canadiense y sudafricano, los que aparentemente no dan deferencia alguna a la legislación y fijan expresamente los criterios para hacer operativa la evaluación de la proporcionalidad. Entre estos se encuentran mencionados criterios como la “conexión racional”, “impedimentos mínimos” (necesidad) y proporcionalidad en sentido estricto. Por otro lado, la etapa del examen de proporcionalidad en que la legislación falló o reprobó el examen también varió. En *Nicro*, el gobierno falla en demostrar un “objetivo legítimo”. En *Roach* y *Sauvé*, los gobiernos no demostraron una “conexión racional”, y en *Hirst* y *Chan Kin Sum*, debido a demandas de sobreinclusión manifestadas por los tribunales, puede presumirse que la legislación reprobó el examen de conexión racional.

Respecto a las similitudes: primero, las *razones* (*fines* u *objetivos*) utilizadas por los gobiernos en los cinco casos muestran un alto grado de coincidencia. La idea de que la PDS es una forma de castigo y de que fomenta la responsabilidad cívica y el respeto al Estado de derecho fue mostrada en las presentaciones de los cuatro gobiernos, aunque el grado de sofisticación ofrecido y la consideración que tuvieron los tribunales variaron considerablemente. Otros argumentos, relacionados a preocupaciones prácticas, económicas o administrativas fueron presentados solo en *Nicro*. Es crucial señalar que el propósito del gobierno fue aceptado como legítimo en *Hirst*, *Sauvé*, *Roach* y *Chan Kin Sum*, con diferentes grados de compromiso en su análisis⁵⁰, siendo *Sauvé* el único que objetó sustantivamente esa legitimidad. Sin embargo, pese a sus reparos, incluso la Corte Suprema canadiense estuvo preparada para aceptar el argumento a favor de la PDS que ofreció el gobierno

⁴⁹ La excepción es la discusión entre los votos de mayoría y minoría en *Sauvé*. Por otro lado, el alegato de *Roach* de estar aplicando un estándar de escrutinio diferente del aplicado en el extranjero no se refiere a la evaluación de las razones ofrecidas por el gobierno.

⁵⁰ Véase PLAXTON y LARDY (2010), p. 133.

en señal de deferencia⁵¹. Finalmente, la legislación reprobó el examen del “objetivo legítimo” en *Nicro*, no por ser el objetivo ofrecido considerado ilegítimo, sino solo por la falta de argumentación y prueba del gobierno⁵².

En segundo lugar, en relación con los *estándares* que las sentencias han fijado para la aceptabilidad de la PDS como resultado del examen de constitucionalidad o convencionalidad, puede afirmarse que ellas coinciden en que esta medida puede ser aceptable solo bajo ciertas circunstancias calificadas. Por un lado, se estableció que no puede afectar a los infractores que ya hayan cumplido sentencias privativas de libertad (como sucede en algunas jurisdicciones, como la de Estados Unidos). Por otro lado, y más importante, la PDS no puede operar desde una base general que produzca la pérdida del derecho a sufragio de todos los reclusos, sin referencia a la naturaleza o gravedad del delito. Es decir, no puede basarse en el solo hecho del encarcelamiento. Esto implica que podría apuntar a delitos especialmente graves o a delitos que se relacionen con los procedimientos democráticos, pero no a cualquier delito que acarrea la pena privativa de libertad. En resumen, y conforme a la conclusión común de estas sentencias, la PDS debería restringirse de tal forma que solo afecte a autores de delitos graves y únicamente por la duración de sus condenas privativas de libertad⁵³.

3. EVALUACIÓN CRÍTICA DE LOS RESULTADOS: ¿VICTORIAS PÍRRICAS?

Con relación a los resultados de las sentencias, Plaxton y Lardy ofrecen un interesante punto de partida para un análisis crítico⁵⁴. Todas las sentencias resolvieron igualmente que la legislación de la PDS limita el derecho a sufragio y que dicha restricción no está justificada bajo los estándares constitucionales o convencionales de escrutinio aplicados. Cuatro de las sentencias dictaminaron que las modalidades de la PDS utilizadas por la legislación eran inconstitucionales y el TEDH resolvió que la legislación británica (y luego también la austríaca, turca y rusa) era incompatible con la CEDH, instando por una modificación legislativa. Sin embargo, ninguna de las sentencias sostuvo expresamente que la institución de la PDS, en general, fuera

⁵¹ *Sauvé*, c. 27º.

⁵² *Nicro*, c. 49º.

⁵³ Véase MORGAN-FOSTER (2006), pp. 310-314. Véase también NUNN (2005), p. 781; BANFIELD (2008), p. 5; ISPAHANI (2009), p. 33; MACDONALD (2009), p. 1389; ORR y WILLIAMS (2009), p. 133; ABEBE (2013), p. 425.

⁵⁴ No incluyen *Chan Kin Sum* en su análisis.

irrevisiblemente constitucional o convencionalmente problemática. Aunque los tribunales adoptaron las ideas de los reclusos como sujetos de derechos y del derecho a sufragio como un derecho fundamental en un sistema democrático, ninguno de ellos afirmó explícitamente que hacer perder el derecho a sufragio a un sujeto condenado era inherentemente incompatible con la democracia⁵⁵. Ahora bien, en la medida en que esto constituirá objeto importante para el análisis de la siguiente sección, un examen detallado sobre este asunto parece necesario.

La Corte Suprema de Australia en *Roach*, al mismo tiempo en que derribó la prohibición general de sufragar de los privados de libertad, confirmó la legislación anterior que privaba del derecho a sufragio a reclusos condenados a una pena privativa de libertad de dos años o más y, según la opinión del presidente del tribunal, “la legislación podría haber ido más allá sin ofender a la Constitución”⁵⁶. Es sintomático de esta tendencia que la opinión de la mayoría del tribunal descansaba específicamente en partes del voto de *minoría*, defensor de la PDS, en vez del de mayoría, de *Sauvé*, crítico de la PDS, para afirmar el derecho del parlamento australiano de excluir a autores de delitos graves de las elecciones.

En la sentencia de *Hirst*, el TEDH declaró la incompatibilidad de la legislación británica con la CEDH. El tribunal no afirmó esta incompatibilidad en términos categóricos, sino como una cuestión de sobreinclusión, mostrándose reticente a otorgar directivas precisas, sugiriendo que una *prohibición acotada*, en vez de una *prohibición general*, pasaría el examen de proporcionalidad. Las expectativas del tribunal se vuelven claras y precisas posteriormente, en la sentencia de *Scoppola*, donde las demandas de *Hirst* fueron reducidas a que la legislación no privara de su derecho a sufragio a autores de delitos menores (quienes estuvieran condenados a menos de tres años de encarcelamiento)⁵⁷. El caso de la Corte Suprema de Hong Kong es similar, ya que sigue de cerca el examen de *Hirst*. Estos casos, por lo tanto, expresan claramente las limitaciones sobre el derecho a sufragio que serían constitucional o convencionalmente permisibles.

Es más difícil extrapolar este punto desde *Nicro* y *Sauvé*, porque ambos declaran la disposición legal en cuestión inconstitucional, dando de esta forma acceso a las urnas a todos los reclusos de las cárceles de Sudáfrica y Canadá, respectivamente. Sin

⁵⁵ Véase PLAXTON y LARDY (2010), p. 130. Véase también DUFF (2005), p. 211; HILL y KOCH (2011), p. 226; BECKMAN (2013), p. 77.

⁵⁶ PLAXTON y LARDY (2010), p. 131.

⁵⁷ *Scoppola*, c. 108º

embargo, a través de un análisis minucioso, puede detectarse que estas sentencias también presentan un argumento limitado contra la PDS, el que podría permitir a los gobiernos de estos países ser exitosos en volver a promulgar legislación similar en una versión menos restrictiva. Por ello, estos juicios no pueden interpretarse como sentencias que extirpen sin más la PDS de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Esto es especialmente claro si se colocan dichas sentencias en la luz de fallos anteriores de esas mismas jurisdicciones.

En el caso *Nicro*, esto es más fácil de argumentar que en *Sauvé*. El tribunal se refirió a la pobre argumentación de la presentación del gobierno y vinculó categóricamente este factor al fracaso en la defensa de la legislación que abrazaba la PDS. Reconoció el valor de la finalidad de comunicar una actitud agresiva hacia el delito como un objetivo legítimo e importante⁵⁸, pero señaló que no se dieron argumentos sólidos para este y tampoco se aportó información ni análisis de todos los factores involucrados⁵⁹. Sin embargo, al reconocer su importancia, el tribunal permaneció cercano al *dictum* de *August*, al reconocer que “[e]sta sentencia no debería ser leída [...] como sugiriendo que el Parlamento está impedido de hacer perder el derecho a sufragio a ciertas categorías de reclusos”⁶⁰.

Hasta cierto punto, todos estos casos contienen un reconocimiento de que los variados intentos de los gobiernos para hacer perder el derecho a sufragio a los reclusos tienen algún grado de valor y legitimidad, y que una forma más limitada de PDS podría estar justificada. Sin embargo, esto es difícil de distinguir en *Sauvé*, una sentencia en la que la mayoría del tribunal presentó una evaluación abiertamente negativa de la PDS en todos los componentes del test de proporcionalidad. Es especialmente importante a este respecto, que la corte mostró considerable reticencia a admitir como legítimo el objetivo perseguido por el gobierno, aunque finalmente concediera en ese aspecto⁶¹. No obstante, desde otro ángulo, cuando se observa que el caso fue decidido por una estrecha mayoría de cinco sobre cuatro, comparándolo con la unanimidad con que la misma corte había resuelto *Sauvé v Canada (Nº 1)* en 1993, declarando la inconstitucionalidad de una prohibición general para sufragar, parece ser que la oposición de la Corte Suprema de Canadá frente a la PDS depende del alcance que adopta la medida, esto es, del universo de privados de

⁵⁸ *Sauvé*, cc. 57º-58º.

⁵⁹ *Nicro*, c. 65º.

⁶⁰ *August*, c. 31º.

⁶¹ *Sauvé*, cc. 21º-27º.

libertad afectados por ella. En *Sauvé v Canada (Nº 1)*, los argumentos de la Corte de Apelaciones fueron considerados tan convincentes que la corte confirmó su razonamiento en un breve párrafo. Observando esta evolución, Morgan-Foster comenta lo siguiente:

*“tomando ambos casos, pareciera que los jueces canadienses están interesados en la duración de la sentencia cuando consideran el problema de la privación del derecho a sufragio. Bien podría existir un mejor lugar donde establecer el límite, algo más largo que dos años de condena, donde la mayoría de los jueces estarían de acuerdo en que la privación del derecho a sufragio es apropiada”*⁶².

El voto disidente en *Sauvé* era favorable a mantener el límite de dos años para hacer perder el derecho a sufragio a los privados de libertad, un límite que el voto de mayoría en *Roach* y que, presumiblemente, el TEDH, podrían considerar aceptable. Si se añade a esto el hecho de que la Comisión Real de Reforma Electoral y Financiamiento de Partidos de Canadá, cuando fue consultada, propuso un límite de 10 años de privación de libertad para la aplicación de la PDS⁶³, podría colegirse que Canadá no está exenta de una negociación acerca de la duración de la condena requerida para una aplicación legítima y constitucional de la PDS.

Las observaciones anteriores apuntan al hecho de que, a fin de cuentas y con todos los matices mencionados, cada una de las sentencias presenta un reconocimiento implícito o explícito de que la PDS podría ser aceptable cuando se aplica solo a autores de delitos graves o que acarreen un periodo de privación de libertad considerable⁶⁴. En este sentido, al analizar las sentencias, se ha sugerido que su característica más significativa, además del unánime rechazo a una prohibición general, es el desacuerdo “entre los jueces sobre si un menor alcance de la pérdida del derecho a sufragio, se vuelve constitucionalmente aceptable”⁶⁵.

⁶² MORGAN-FOSTER (2006), p. 311.

⁶³ Véase ROYAL COMMISSION (1991).

⁶⁴ Véase MORGAN-FOSTER (2006), pp. 310-314. Véase también EASTON (2006), p. 452; PLAXTON y LARDY (2010), p. 130.

⁶⁵ BANFIELD argumenta que el desacuerdo político que afecta el debate sobre la PDS podría también explicar el compromiso político que estos fallos implementan (2008, p. 2). Las variaciones entre la decisión más progresista (*Sauvé*) y la más conservadora (*Roach*) pueden explicarse, por una parte, por la distancia entre la legislación del *statu quo* (el sufragio de todos los prisioneros en Canadá contra los tres años o más de Australia) y la política intentada por el gobierno (dos años o más de inhabilidad en Canadá contra una prohibición general en Australia) y, por otra, el mayor poder negociador de la corte canadiense por el alcance de la Carta de Derechos en relación con su par

Haciendo eco de estas observaciones, es posible leer las sentencias, quizás con la excepción de *Sauvé*, consagrando un derecho del legislador a *privar* del derecho a sufragio (de manera proporcional) a los autores de delitos graves, en vez de *proteger* su derecho a sufragio y avanzar en la causa de la democracia y los derechos humanos, inicialmente sindicada por los comentaristas de estos fallos como el trasfondo ideológico de esta tendencia jurisprudencial. En ese sentido, las sentencias pueden ser consideradas como *victorias pírricas*. Esto es, como triunfos que deben ser considerados derrotas, si el objetivo a largo plazo en la protección de los derechos humanos y la promoción de la democracia se integra en la evaluación de los resultados de estas sentencias.

Siguiendo a Beckman, puede decirse que, con la excepción de *Sauvé* y quizás algunos puntos de *Nicro*, las sentencias que conforman la tendencia mencionada no pueden considerarse como parte de una suerte de ola de “jurisprudencia de democratización” o como parte de “un nuevo énfasis en los intereses de participación democrática”⁶⁶. En contraste, deben leerse exclusivamente como incorporando a los privados de libertad dentro de una regulación electoral sujeta a “estándares rigurosamente aplicados del Estado de derecho”⁶⁷. En otras palabras, se puede entender a esta tendencia jurisprudencial como simplemente afirmando que “el legislativo no puede tener autoridad *ilimitada* para jugar con los padrones electorales”⁶⁸. Esta última afirmación puede vincularse a la obsesión que muestran los tribunales mencionados con la “naturaleza arbitraria” que expresaría la prohibición general para sufragar, u otros argumentos de ese estilo, reflejando estándares de revisión judicial propios de un Estado de derecho. En contraste con este énfasis, la única sentencia que se involucra de forma activa con los valores de la democracia y de los intereses protegidos por los derechos democráticos es *Sauvé*⁶⁹. Los argumentos en contra de la arbitrariedad no serían suficientes para concebir una tendencia jurisprudencial protectora del derecho fundamental a sufragio y promotora de los principios democráticos. Los estándares del Estado de derecho son perfectamente compatibles, por ejemplo, con regímenes no

australiana. Aunque *Sauvé* es la sentencia más disputada de todas las analizadas. La mayoría en *Hirst* fue 12-5 (en Scoppola, 17-1); en *Nicro* fue 9-2 (*August* fue 9-0); en *Roach* fue 4-2.

⁶⁶ BECKMAN (2013), p. 64.

⁶⁷ BECKMAN (2013), p. 64. Véase también ISPAHANI (2009), p. 33; PLAXTON y LARDY (2010), pp. 131-133.

⁶⁸ PLAXTON y LARDY (2010), p. 131.

⁶⁹ Véase BECKMAN (2013), pp. 68-69. BECKMAN parece sugerir que estos estándares (“Estado de derecho” *vis-à-vis* “democrático”) aparecen dentro de la estructura de la proporcionalidad misma.

democráticos y en este caso con la exclusión de reclusos que han cometido de delitos graves.

El voto de mayoría en *Sauvé* ofrece elementos sustantivos que son importantes de considerar con más profundidad. Los argumentos democráticos ofrecidos en *Sauvé* coinciden con las razones para considerar toda forma de PDS como completamente inadmisibles⁷⁰, como ha sido, por regla general, afirmado por la literatura académica de las más diversas disciplinas. En ese caso, pese a que se ofrecieron este tipo de argumentos abolicionistas, fue la combinación del uso del test de proporcionalidad con una deferencia al legislador democrático, la verdadera razón por la cual la sentencia no dictó una completa proscripción de la PDS. Lo mismo parece haber sucedido en las sentencias restantes, en las que los argumentos democráticos no juegan papeles relevantes en sus razonamientos jurídicos o son simplemente considerados como *obiter dicta*.

En este escenario, la evaluación de la *proporcionalidad* como el método jurídico utilizado para resolver un conflicto entre el legislador y el derecho a sufragio es de importancia crítica. Por una parte, la proporcionalidad puede ser vista como un factor positivo –un factor habilitante– en relación con el objetivo progresista de expandir el padrón electoral. En contraste con las decisiones judiciales arriba analizadas, los intentos de revisar judicialmente la PDS en otras jurisdicciones han fallado principalmente por el bloqueo constitucional que impide aplicar un examen equivalente a la proporcionalidad, que fuera mencionado en la introducción⁷¹. Sin embargo, por otro lado, el resultado limitado que alcanzaron esas sentencias no es casual y la proporcionalidad puede ser sindicada como responsable este. Legalizar el problema democrático de la PDS y convertirlo en un problema acerca de su proporcionalidad (y de esa forma, en una medida que debería evaluarse conforme a sus beneficios sociales) ha introducido a la PDS en una esfera de cálculo racional con una tendencia a estructurarse como una interdicción de la arbitrariedad, más que como un apoyo a valores sustantivos, en este caso, a valores democráticos.

Lo que se puede concluir provisionalmente, sin ser sorprendente, es importante para el argumento que sigue. Los tribunales se involucraron en un examen de constitucionalidad o convencionalidad de la PDS comprometidos con la aplicación de la proporcionalidad. Lo hicieron de esa manera, en vez de adentrarse en los argumentos sustantivos que existen para defender o criticar esta práctica en su supuesta inconstitucionalidad. Al hacer esto, los tribunales también se preocuparon más del principio del

⁷⁰ Véase PLAXTON y LARDY (2010), p. 129.

⁷¹ Véase MORGAN-FOSTER (2006), pp. 314-318.

Estado de derecho que del principio democrático. Hay que subrayar que el derecho a excluir electoralmente a los autores de delitos graves, avalado implícita o explícitamente por esta tendencia jurisprudencial, es difícil de justificar sin recurrir a argumentos que no están presentes en los fallos de los respectivos tribunales.

En este contexto, la siguiente sección busca presentar algunas ideas que podrían, por un lado, impedir que el análisis jurídico de la PDS sea capturado por las limitaciones observadas de la proporcionalidad y, por lo tanto, permitir un examen más detenido de los principios sustantivos detrás de cada una de las posiciones. Además, estas ideas entregan herramientas para un examen de constitucionalidad de la PDS efectivamente comprometido con principios democráticos. Más aún, buscan proponer una interpretación del derecho a sufragio que, en ciertos aspectos, sea inmune a determinadas formas de limitación y, de esta manera, se oponga al derecho del legislador a privar del derecho a sufragio, abrazado por las sentencias comentadas.

II. EL PROBLEMA DE LA PROPORCIONALIDAD

Existen buenas razones para pensar que la protección del derecho a sufragio de los privados de libertad no debe quedar entregada a los parlamentos. Ello se debe a que las razones que normalmente se invocan por el llamado constitucionalismo político⁷², para demandar dicha prioridad –véase legitimidad democrática y ventajas institucionales– son precisamente cuestionadas en circunstancias en que lo que está en juego es justamente una parte esencial que hace que las decisiones políticas del parlamento o el gobierno sean democráticamente legitimadas, verbigracia, los derechos políticos de participación de una minoría profundamente impopular⁷³. Existen asimismo buenas razones para demandar la intervención de los tribunales y para dudar de que estos entablarán una relación deliberativa con el legislador. En otro lugar se ha defendido la idea de que existen razones democráticas para recurrir a los tribunales como foros adecuados para la resolución de este tipo de asuntos, inclusive para aquellos que consideran que el examen judicial de constitucionalidad es vulnerable a la objeción democrática⁷⁴. Como se mostró en la sección anterior, las sentencias de la tendencia jurisprudencial sobre la PDS han mostrado, sin embargo, una actitud dubitativa hacia esta tarea protectora: por una parte, declarando la inconstitucionalidad

⁷² Véase, *e. g.*, BELLAMY (2007).

⁷³ Véase GOLDONI y MARSHALL (2017), pp. 119-122.

⁷⁴ Véase MARSHALL (2016).

o incompatibilidad de cierta legislación, pero, por la otra, consolidando una autorización al legislador para excluir a autores de delitos graves, en contra y por sobre los principios democráticos.

La razón existente tras esta actitud de parte de algunos tribunales puede que no esté relacionada con el hecho de que están situados en peor posición que los órganos legislativos como foros de disputa, sino que puede estar relacionada, y esa es la hipótesis que se expondrá aquí, con el método jurídico que han utilizado estos tribunales cuando han resuelto estos casos. Ellos no han sido abordados preguntándose por qué nosotros, como una comunidad política democrática, deberíamos excluir a ciertos sujetos de la participación electoral, sino que se han abordado preguntando si es que la legislación que priva del derecho a sufragio a los reclusos representa un límite constitucionalmente aceptable a este derecho. El uso del método jurídico de la proporcionalidad como sustituto de una evaluación de los principios sustantivos en juego, podría ser la razón tras el resultado de estos casos. Incluso en la sentencia de *Sauvé*, como señala correctamente David Dyzenhaus, la Corte Suprema canadiense, a pesar de su gran compromiso con una robusta concepción normativa de la democracia, parece “indecisa entre la proposición de que ningún límite al derecho a sufragio de los internos podría estar justificado y la proposición de que los abogados del Parlamento y/o el gobierno no han podido mostrar que este límite particular estaba justificado”⁷⁵. Si es correcto que existe un vínculo entre el uso de la proporcionalidad y la consolidación de una autorización para privar a los autores de delitos graves de su derecho a sufragio, el uso de este método parece presentarse como un obstáculo para la protección del derecho a sufragio y la promoción de un régimen más democrático e inclusivo.

Antes de continuar, quizás sea necesaria una breve nota sobre la proporcionalidad para entender la estructura del análisis que sigue. Por un *juicio de proporcionalidad* se entiende, generalmente, la aplicación de un “conjunto de reglas que determinan las condiciones necesarias y suficientes para que la limitación legal de un derecho constitucionalmente protegido sea constitucionalmente admisible”⁷⁶. Sin embargo, la proporcionalidad no es lo mismo que la mera razonabilidad. Ella tiene un contenido más preciso y determinado, ideado para exponer el razonamiento judicial como un ejercicio jurídico racional⁷⁷. Permite, una vez que se ha acordado la limitación de un derecho, una evaluación acerca de si dicha limitación está constitucionalmente justifi-

⁷⁵ DYZENHAUS (2013), p. 12. Véase también PLAXTON y LARDY (2010), pp. 129-130.

⁷⁶ BARAK (2012), p. 3.

⁷⁷ Véase BARAK (2012), pp. 371-378.

cada. El análisis de proporcionalidad supone, y esto varía dependiendo de sus distintas formulaciones, tres pasos principales. Primero, el método de la proporcionalidad depende de la identificación previa del derecho afectado, los estándares de restricción de ese derecho y la legislación limitativa del derecho que se examinará. En segundo lugar, se enfoca en un análisis de la legitimidad o constitucionalidad del fin o propósito perseguido por el legislador. Examina si el propósito de la legislación limitativa está permitido o prohibido constitucionalmente. En tercer lugar, el examen de proporcionalidad es aplicado, por un lado, evaluando si la legislación limitativa está conectada racionalmente con el propósito en cuestión y si es necesaria a través de una evaluación de medio-fin. Por otro lado, evaluando también si lo que se gana satisfaciendo la finalidad legislativa es proporcional a la limitación del derecho en cuestión⁷⁸.

A pesar del hecho de que el método de la proporcionalidad ha sido objeto de controversia y críticas, en cualquier caso podría reconocerse que disfruta de una creciente aceptación dentro de los discursos que miran a la implementación práctica del examen de constitucionalidad o convencionalidad de la legislación. Esta aceptación responde al hecho de que la proporcionalidad ha sido vista como un mecanismo que legitima la intervención judicial en decisiones legislativas, por la vía de presentarse como una forma racional de control de la actividad política pretendida por el poder legislativo y el poder ejecutivo⁷⁹. La proporcionalidad está, sin embargo, sometida a fuego cruzado. Por un lado, desde la perspectiva de la democracia, se la acusa de ser una fachada para la intervención política de los tribunales en la esfera de otros poderes del Estado, afectando la separación de poderes y la legitimidad democrática de la toma de decisiones públicas. Por otro lado, ha sido criticada desde el punto de vista de la protección de derechos. Esta vez, porque disminuye el carácter categórico de los derechos fundamentales, haciéndolos negociables y aceptando su restricción o limitación bajo condiciones de aparente racionalidad⁸⁰. Esta crítica es particularmente aguda en el caso de la PDS, especialmente por las reiteradas referencias a la idea de deferencia (o de margen de apreciación) que los tribunales han realizado, para identificar los términos concretos considerados admisibles para el uso de la PDS. Los tribunales, al abrazar la idea de deferencia, de alguna manera han respondido a la crítica democrática. Lo han hecho, sin embargo, dejando sus sentencias aún más expuestas a las críticas que consideran que

⁷⁸ La bibliografía sobre proporcionalidad está creciendo rápidamente. Véase, *e. g.*, ALEXY (2002); BARAK (2012); BOMHOFF (2013); COHEN-ELIYA y PORAT (2013); HUSCROFT *et al.* (2014).

⁷⁹ Véase, en general acerca de un discurso expansivo sobre la revisión judicial y la proporcionalidad, SWEET y MATHEWS (2008).

⁸⁰ Véase, *e. g.*, WEBBER (2009).

los tribunales han ahondado la vulnerabilidad de los derechos fundamentales frente al legislador, traicionando así su rol de protectores de dichos derechos.

Esta sección busca explicar, con algún grado de detalle, pero no de forma comprensiva, cómo la idea de deferencia, como una herramienta paralela y como un aspecto incorporado dentro del test de proporcionalidad mismo, ha llevado a los tribunales a producir una respuesta insatisfactoria en los casos de PDS.

1. LA IMPORTANCIA DE LA DEFERENCIA

El control de constitucionalidad encuentra su posición más fuerte frente a los críticos cuando da cuenta de su actuación como un balance entre un estándar de revisión que somete al poder político a un escrutinio, pero a su vez se muestra deferente con este. Este “equilibrio” se erige como una limitación a la intervención del control de los tribunales en esferas que pertenecen a los dominios político y administrativo, pero también, y fundamentalmente, configura la aplicación del test de proporcionalidad, transformándolo en un mecanismo aún más limitado de control constitucional.

Un esquema que pretende acomodar proporcionalidad y deferencia parte de la base de una distinción de funciones en lo que respecta al proceso de limitar legislativamente un derecho fundamental. Una primera pregunta, la pregunta primaria, es formulada y respondida por la autoridad a cargo de la toma de decisiones. El legislador o la administración debe lidiar con problemas sociales y ofrecer soluciones que integren consideraciones técnicas, económicas y políticas. Una segunda pregunta, la pregunta secundaria, relativa a la decisión ya tomada por la autoridad, está a cargo del órgano de control y es una pregunta de supervisión, que se ocupa de la legitimidad (pero no la oportunidad) de la primera respuesta⁸¹. Esta segunda pregunta se refiere a la compatibilidad de la decisión adoptada por la legislación o la administración con la Constitución y los derechos fundamentales, sin ocuparse de realizar un diagnóstico del problema social o de lidiar con la estrategia política seleccionada por quien esté a cargo de tomar las decisiones. La pregunta de la proporcionalidad, por ende, es simplemente: ¿fue esta decisión una intromisión desproporcionada en los derechos fundamentales?, dejando al encargado de la toma de decisiones la mucho más compleja pregunta: ¿cuál es la mejor solución disponible para lidiar con este problema⁸².

⁸¹ BRADY (2012), p. 11 (énfasis agregado).

⁸² BRADY (2012), p. 11. La distinción de PETTIT entre roles *de autor* y *de editor* también puede aplicarse aquí [PETTIT (2000), pp. 114-8].

La proporcionalidad es un método que ayuda a los tribunales a responder la segunda pregunta. La premisa restrictiva que asume la proporcionalidad puede ilustrarse a través de la distinción entre *razonabilidad* y *corrección*. Dependiendo del tema concreto que se esté abordando, un rango de medidas resultantes de la toma de decisión primaria podría ser considerado proporcionado. La proporcionalidad, se ha dicho, no provee la única respuesta correcta o una “respuesta óptima”, sino que constituye un estándar negativo a través del cual se excluyen aquellas políticas que constituyen invasiones no razonables a los derechos fundamentales, sin avanzar suficientemente el interés buscado por la legislación. En suma, la proporcionalidad se enfoca en qué cosa *no debe ser*, más que en qué cosa *sí debe ser*⁸³. La preocupación por la razonabilidad más que por la corrección, por lo tanto, implica necesariamente que los tribunales, al aplicar la proporcionalidad, deban mostrar deferencia a la decisión del encargado de la toma de decisiones primarias en ciertos aspectos. Todo esto se vuelve, ciertamente, mucho más complejo en la práctica.

La deferencia puede asumir distintas formas, categorías y usos. Dos de ellas son de particular interés, ya que han impactado en los casos de PDS. Puede llamársele deferencia sustantiva y deferencia estructural⁸⁴. La *deferencia sustantiva* es el espectro de acciones gubernamentales o legislativas de la que se encuentra excluida la intervención de los tribunales y, por ende, también el test de proporcionalidad. Esta forma de deferencia es limitativa y presenta una relación de exclusión con la aplicación del examen de proporcionalidad. Cuando los tribunales identifican ciertas áreas que caen sustantivamente dentro del espectro de la deferencia sustantiva, se limitan a adoptar una actitud pasiva: un *laissez faire* constitucional. El ejemplo perfecto de esta forma de deferencia es la doctrina de los asuntos políticos en los EE.UU⁸⁵. Esta es también la forma de deferencia ampliamente defendida por el TEDH en su doctrina sobre el margen de apreciación⁸⁶, a la cual se refirió enfáticamente el gobierno británico en su demanda de que el problema del sufragio de los privados de libertad era algo que le correspondía decidir exclusivamente al Parlamento británico. En el caso de la doctrina del margen de apreciación, la deferencia sustantiva está basada en el carácter internacional de la CEDH y de su sistema de protección, encabezado por el TEDH.

⁸³ BRADY (2012), pp. 10-11.

⁸⁴ Esta no es la famosa distinción ofrecida por LETSAS (2006), que también habla acerca de las dimensiones sustantivas y estructurales, en este caso, de la doctrina del margen de apreciación.

⁸⁵ Véase, *e. g.*, SULLIVAN y GUNTHER (2004), pp. 31-48.

⁸⁶ Véase, *e. g.*, Comisión Mixta (2013), p. 13.

En contraste, la *deferencia estructural*, en la que nos concentraremos en lo que sigue, asume la forma de una restricción que pesa sobre el tribunal en relación con los diversos aspectos de su evaluación de la acción legislativa, y se basa en el rol funcional de los tribunales y en el reconocimiento de los gobiernos, la administración y los parlamentos como instituciones primarias en la toma de decisiones. Esto enmarca a la proporcionalidad y la deferencia en una relación de complementariedad estructural basada en tres factores: (1) el reconocimiento de la libertad del órgano que toma las decisiones para elegir sus propios objetivos de acuerdo a su propio diagnóstico de los problemas sociales; (2) el reconocimiento de un rango importante de opciones disponibles para el órgano que toma dichas decisiones, y (3) el reconocimiento de una prioridad para determinar el alcance de la decisión⁸⁷. Existen aspectos que el tribunal necesariamente debe deferir al parlamento o la administración, lo que puede tener un efecto significativo sobre la efectividad general del control constitucional. Por ejemplo, los tribunales no podrían cuestionar el grado de satisfacción del objetivo perseguido que el legislador considera aceptable. Este tipo de deferencia estructural está inserta dentro del test de proporcionalidad, integrando instancias de deferencia dentro del examen de constitucionalidad mismo. Esta segunda forma de deferencia ha jugado un rol inadvertido, aunque fundamental, en las decisiones judiciales sobre PDS que se han analizado hasta ahora.

Es crucial notar que, normativamente, la deferencia estructural, a diferencia de la deferencia sustantiva, se encuentra fundada en argumentos parecidos a los que se presentaron para fundar la supremacía del parlamento y del gobierno frente a la intromisión de los tribunales; esto es, la legitimidad democrática y las ventajas institucionales que son particulares de los órganos políticos frente a los órganos judiciales y de control⁸⁸. Esto es relevante, porque algunos tribunales parecen ser conscientes solo parcialmente de esta circunstancia. Por ejemplo, en un aspecto sumamente controvertido de su fallo en *Hirst*, el TEDH retiró la deferencia sustantiva que tradicionalmente ha concedido a los Estados partes de la CEDH acerca de cuestiones electorales, basándose en el pobre desempeño argumentativo del Parlamento británico en la discusión de la legislación en cuestión⁸⁹. Algo similar le sucedió al tribunal australiano en *Roach*, al

⁸⁷ BRADY (2012), p. 85. Véase también RIVERS (2007).

⁸⁸ GOLDONI y MARSHALL (2017), pp. 112-22.

⁸⁹ El TEDH determinó que para conceder un margen de apreciación a una jurisdicción nacional era necesario, primero, que se haya dado una discusión de fondo antes de adherirse irreflexiva y pasivamente a una tradición histórica, por más arraigada que ella estuviere (c. 79º). Esta discusión de fondo puede demostrarse no solo a través del debate legislativo, sino también cuando el problema ha sido considerado por las instancias

considerar la naturaleza del derecho involucrado⁹⁰. Sin embargo, ninguno de estos tribunales parece haber intentado limitar o modificar su aplicación de la deferencia estructural. Así, pese a identificar problemas democráticos o de desempeño institucional que hacían que la deferencia no fuera claramente procedente, condujeron un análisis de proporcionalidad del modo en que acostumbraban hacerlo.

2. DEFERENCIA ESTRUCTURAL Y PROPORCIONALIDAD

La deferencia estructural que es incorporada en la proporcionalidad podría explicar por qué las sentencias de la tendencia jurisprudencial terminan reconociendo una prerrogativa al legislador para excluir a autores de delitos graves del padrón electoral. Este tipo de deferencia puede expresarse en varias de las etapas del test de proporcionalidad⁹¹. Sin embargo, el momento más crítico en el que el examen de proporcionalidad defiere a la legislatura en los casos de PDS, es en la evaluación de la finalidad u objetivo de la limitación, porque introduce un interés adicional en la escena, que compite con la protección del derecho a sufragio, asumiendo desde el principio que la solución óptima del conflicto sería la debida consideración de ambos intereses.

2.1. *Finalidad u objetivo constitucionalmente legítimo*

La etapa del examen de la finalidad u objetivo dentro del test de proporcionalidad busca determinar la constitucionalidad (o legitimidad) de la finalidad propuesta por la legislación. Se trata, por lo tanto, de una evaluación estrictamente normativa, y no una evaluación de la relación medio-fin, entre la medida propuesta y la finalidad perseguida, por lo que se examina la constitucionalidad de la finalidad en sí misma, sin tomar en consideración la intervención concreta de esta en el derecho fundamental en cuestión. Solo una vez que la finalidad ha sido admitida como legítima, el análisis se puede dirigir a los medios que la legislación utiliza para lograr ese fin⁹².

judiciales del país (c. 48º). El tribunal especificó además que esta discusión debe tener en cuenta intereses contrapuestos o evaluar la proporcionalidad de la PDS en relación con el derecho a sufragio. El tribunal consideró, por último, que dicha discusión estaba ausente en este caso (c. 22º) y condenó al Reino Unido por no satisfacer estos requisitos (cc. 78º-82º).

⁹⁰ *Roach*, cc. 5º-7º.

⁹¹ Véase, e. g., el análisis de *Hirst* en PLAXTON y LARDY (2010), pp. 121-123.

⁹² Pueden seguirse tres pasos analíticos para juzgar si es que la finalidad de la ley limitativa es constitucional: en primer lugar, determinar si es que la constitución requiere que la limitación del derecho constitucional esté restringida a una

Los principales problemas de deferencia que afectan a esta etapa son aquellos relacionados con la identificación de la finalidad⁹³. Al menos dos elementos de esta identificación pueden resultar polémicos y ambos son cruciales para los casos de PDS. El primer elemento es acerca de quién debe decidir cuál es la finalidad detrás de la medida. El segundo consiste en determinar qué tanta concreción y precisión requiere la finalidad en cuestión. La cuestión de quién determinará cuál es la finalidad que debe ser examinada es una cuestión problemática, porque es incierto si la que los tribunales han de considerar es una finalidad objetiva subyacente a la legislación o de la finalidad subjetiva de los legisladores o del gobierno⁹⁴. Esto es importante, porque si se opta por atender a la finalidad objetiva, la evaluación del tribunal debería prestar atención al impacto que la legislación limitativa tiene en el mundo real, en vez de la finalidad expresada por una de las partes involucradas en el litigio constitucional. Esto resulta fundamental para entender además si la finalidad debe ser judicialmente determinada (subjetiva u objetivamente) o si el gobierno puede articularla de acuerdo a algún grado de deferencia⁹⁵.

A este respecto, no solo todos los tribunales examinados han deferido al gobierno la decisión de identificar la finalidad, sino que también han prestado escasa atención a la relación entre los argumentos ofrecidos por los gobiernos y la discusión legislativa acerca de la PDS en el parlamento. Esto es problemático dado que si lo que se busca instanciar en el control de constitucionalidad es una preocupación por la justificación pública y racional de la limitación a un derecho fundamental, no tendría que asumirse

finalidad especial o si, por el contrario, permite discreción para determinarla [véase BARAK (2012), pp. 260-277]; en segundo lugar, evaluar si es que la finalidad de la legislación es compatible con una cláusula limitativa general (implícita o explícita), así como una “sociedad abierta, libre y democrática” [véase BARAK (2012), pp. 257-259]; en tercer lugar, la finalidad también debería cumplir con el grado adecuado de urgencia considerado por el estándar de revisión. Puede sostenerse que algunas finalidades son urgentes o muy importantes, mientras que otras son simplemente deseables o legítimas. Diferentes jurisdicciones pueden fijar estándares unificados o diferenciados de urgencia para evaluar cuándo una finalidad puede limitar constitucionalmente un derecho constitucional. El estándar de urgencia puede ser, por lo tanto, unificado y alto (“apremiante y sustancial”), como en Canadá; unificado y bajo (“legítimo”), como en Alemania, o diferenciado entre alto (“imperioso”), intermedio (“importante”) y bajo (“legítimo”), dependiendo de los derechos involucrados, como lo es en los Estados Unidos [véase BARAK (2012), pp. 277-285].

⁹³ BARAK (2012), pp. 285-302.

⁹⁴ La idea de la finalidad objetiva dirige la atención a la evaluación del tribunal del impacto que la legislación limitativa tiene en el mundo real, llevándola lejos de la finalidad expresa de las partes involucradas.

⁹⁵ Véase SADURSKI (2014), pp. 2-3.

que los motivos de la legislación son los adecuados y enfocar entonces la indagación solo en la forma en que esos motivos han sido implementados⁹⁶.

Por otro lado, la deferencia a cómo la finalidad se formula también plantea ciertos problemas. La finalidad puede presentarse en términos *abstractos* y *generales*, o bien en términos más *concretos* y *precisos*. La segunda alternativa permite un mejor examen de la constitucionalidad de la finalidad y condiciones más favorables para un análisis de la relación causal que debería existir entre esta y la legislación limitativa. En contraste, finalidades más abstractas y generales deberían generar sospecha, ya que la “trivialidad del fin es una razón para creer que no es más que un pretexto para una acción de facto, motivada por razones que no son citables públicamente”⁹⁷. En relación con este aspecto, todas las sentencias, con la excepción de *Nicro*, aceptaron como válida la idea *abstracta* y *difusa* de que la PDS es una forma de castigo y de que mejora la responsabilidad cívica y el respeto por el Estado de derecho. En *Hirst*, el TEDH incluso defendió la idea de que “finalidades abstractas o simbólicas podrían ser válidas por sí mismas y no debería restárseles importancia simplemente por ser simbólicas”⁹⁸. Únicamente en *Sauvé* el tribunal objetó esta finalidad como problemática, precisamente por su abstracción, a pesar de que finalmente la aceptó en señal de deferencia⁹⁹.

Cuando se da discreción al gobierno para definir la finalidad y, posteriormente, este lo hace en términos abstractos y difusos, tal como en los casos bajo análisis, existen razones para sospechar que la finalidad asume un rol *puramente retórico*, “susceptible [...] de distorsión y manipulación”¹⁰⁰, o que “el valor público de la justificación es una fachada”¹⁰¹. Esto es así dado que, a pesar de que estas finalidades podrían ser justas en términos abstractos, es difícil concebir en qué medida ellas podrían no serlo y, por tanto, fallar el análisis de su legitimidad¹⁰². Bajo estos parámetros, es solo cuando la finalidad es evidente o explícitamente discriminatoria

⁹⁶ Véase SADURSKI (2014), p. 5.

⁹⁷ SADURSKI (2014), p. 6. Véase también COHEN-ELIYA y PORAT (2013), cap. 4.

⁹⁸ *Hirst*, c. 37°.

⁹⁹ *Sauvé*, c. 22°.

¹⁰⁰ *Sauvé*, c. 22°.

¹⁰¹ SUNSTEIN, citado en SADURSKI (2014), p. 6.

¹⁰² *Sauvé*, c. 22°.

o abusiva que su análisis constitucional sería de utilidad¹⁰³. Este acercamiento limita la posibilidad de incluir dentro del test de proporcionalidad la noción de “finalidades excluidas” como parte de la protección de derechos fundamentales¹⁰⁴. El gobierno tiene todos los incentivos para actuar estratégicamente y evitar articular un propósito o finalidad que podría verse afectado por esos defectos.

2.2. *Conexión racional y necesidad*

La deferencia estructural no se limita al examen de la finalidad, sino que puede aparecer también en la evaluación de la relación medio-fin. La *conexión racional* (o idoneidad) requiere que los medios utilizados por la medida limitativa sean capaces de avanzar hacia esa finalidad; esto es, deben llevar a la realización del objetivo propuesto. El examen de la conexión racional es, por lo tanto, un requerimiento mínimo de racionalidad que solo excluye como desproporcionados a aquellos medios que estén racionalmente desconectados de la finalidad que la ley o el acto administrativo pretenden lograr. En estos términos, no se requiere el uso de los medios más eficientes (al nivel más elevado de realización del fin, o más económicos o con un costo menor para los derechos fundamentales implicados). La única forma de reprobar el examen de la conexión racional es el caso en el que los medios seleccionados no tienen *efecto alguno* sobre el avance de la finalidad que la legislación persigue¹⁰⁵.

El mayor problema que enfrenta la conexión racional es el de la incertidumbre fáctica. Con el fin de evaluar la conexión racional, es necesario cierto grado de certeza sobre las consecuencias de la legislación limitativa, porque este examen evalúa una relación fáctica. Por regla general, los tribunales no cuentan con mecanismos para obtener la información necesaria para juzgar esta relación de manera independiente; por lo tanto, lo que se espera es cierto grado de deferencia técnica basada en la habilidad del gobierno de procesar información y proveerla al tribunal. El tribunal se limita a un

¹⁰³ Ello podría argumentarse basándose, por ejemplo, en las categorías de la historia judicial de EE.UU., en (i) el uso de clasificaciones discriminatorias tradicionalmente prohibidas tales como raza, sexo o religión, o (ii) el intento positivo e históricamente demostrable de discriminar o incitar el prejuicio contra algún grupo o clase. Véase KUMM (2007), p. 147.

¹⁰⁴ Véase KUMM (2007), pp. 142-148.

¹⁰⁵ Véase BARAK (2012), pp. 303-307.

examinen probabilístico de la información aportada por las ramas del gobierno que han diseñado la política y que tienen la carga de la prueba de demostrar dicha conexión¹⁰⁶.

El *examen de necesidad* (o de impedimento mínimo) requiere del uso de los medios menos restrictivos para el derecho en cuestión, dentro del rango de aquellos disponibles para avanzar hacia la finalidad trazada. Este examen evalúa si la finalidad de la medida podría alcanzarse del mismo modo por otros medios que limiten en menor grado el derecho fundamental. El examen, por lo tanto, demanda la selección del medio más eficiente en términos de limitación de derechos. Esto requiere, primero, la existencia de medios alternativos hipotéticos, que avancen de igual forma hacia la finalidad de la legislación, y segundo, que tales medios hipotéticos limiten el derecho fundamental en menor medida¹⁰⁷. Esto no es un examen de balance; por lo tanto, no se trata de mejorar el respeto por los derechos fundamentales a costa de moderar otros objetivos de las políticas gubernamentales, tales como la oportunidad económica o el grado de conformidad con la finalidad. El caso en el que los medios alternativos limiten en menor medida el derecho, pero avancen a su vez en menor medida la finalidad, no podría considerarse como una infracción al examen de la necesidad¹⁰⁸.

Al nivel de la necesidad también está presente un grado de deferencia. Por una parte, corresponde al legislador fijar el nivel de intensidad de la satisfacción de la finalidad, lo que realiza por la vía de seleccionar un mecanismo que satisfaga la finalidad a un nivel alto, medio o bajo. Por otra parte, el proceso de evaluar el grado en el que pueden afectarse los derechos fundamentales implica analizar varios factores que requieren de capacidades técnicas que demandan por esta razón cierta deferencia: el alcance de la limitación, sus efectos, la duración y probabilidad de que ocurra, etc.¹⁰⁹.

En las sentencias revisadas, el análisis de la relación medio-fin produjo poca controversia. La corte en *Nicro* no llegó a esta etapa. En *Roach y Sawé* los tribunales no se involucraron explícitamente en una evaluación de la relación medio-fin, limitándose a concluir que el gobierno falló en demostrar una conexión racional. Mientras la corte canadiense afirmó que había un problema en esta relación que afectaba a todos los casos de PDS, la corte australiana argumentó, en contraste, que este problema afectaba solo a una prohibición de tipo general y que una pro-

¹⁰⁶ BARAK (2012), pp. 308-315.

¹⁰⁷ Véase BARAK (2012), pp. 317-333.

¹⁰⁸ Véase BARAK (2012), pp. 323-326.

¹⁰⁹ BARAK (2012), pp. 326-337.

hibición restringida, que afectara únicamente a autores de delitos graves, pasaría el examen de conexión racional. En este último caso, la afirmación de la corte se debe a que se otorgó gran discreción al gobierno para definir una finalidad especialmente diseñada en términos de censurar la conducta de los autores de delitos graves.

La decisión del TEDH es curiosa a este respecto (como lo fue la sentencia *Chan Kin Sum*), ya que no llevó a cabo explícitamente una evaluación de la relación medio-fin, al estilo académico del test de proporcionalidad. No existe referencia en el razonamiento del tribunal a la manera en que la PDS podría avanzar el objetivo aludido. Pareciera que el análisis del tribunal pasó directamente a la proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, como señalan incisivamente Plaxton y Lardy, descartar el análisis del objetivo legislativo de la PDS, tal como lo hizo el TEDH, hizo imposible evaluar su conexión racional y necesidad, e “hizo de su análisis de proporcionalidad uno inherentemente sospechoso”¹¹⁰. Quizás esta es la razón clave acerca de por qué el tribunal “no explicó por qué algunas personas podrían ser privadas del derecho a sufragio y no otras”¹¹¹.

3. CONTRA LA PROPORCIONALIDAD

La idea de deferencia estructural resalta, como fue mencionado, otro grupo de críticas contra la proporcionalidad; críticas que señalan que la proporcionalidad no permite proteger de forma robusta los derechos fundamentales. La deferencia que muestra la proporcionalidad a los encargados primarios de la toma de decisiones permite a la PDS, aunque en forma restringida, aprobar el examen de constitucionalidad o convencionalidad incluso cuando, sustantivamente, su compatibilidad con los principios democráticos y los derechos humanos podría ser cuestionada¹¹².

¹¹⁰ Véase PLAXTON y LARDY (2010), pp. 103, 121-123.

¹¹¹ Véase PLAXTON y LARDY (2010), p. 123. Esto genera grandes dudas acerca de si el tribunal estaba realmente aplicando un examen de proporcionalidad, ya que si la proporcionalidad de la medida es juzgada solo en relación con las características del delito cometido o la duración de la condena, no es irracional pensar que el tribunal estaba efectivamente llevando a cabo un juicio de proporcionalidad penal (art. 49, CEDH), sin mostrar, sin embargo, el otro elemento del examen de su balance, que en este caso ha de ser el merecimiento penal del sujeto condenado o la gravedad de su conducta. Así es como lo entiende, por ejemplo, la COMISIÓN MIXTA (2013), pp. 53-60.

¹¹² El resto de esta sección sigue de cerca los argumentos ofrecidos en GOLDONI y MARSHALL (2017), pp. 124-126.

En primer lugar, el uso de la proporcionalidad ha ayudado a *enmascarar* las razones políticas concretas y las particularidades del genuino problema político de la PDS, problema que se relaciona principalmente con los términos en los que los tribunales tratan con la finalidad de dicha práctica. Esto puede observarse en la transformación que sufrió la opinión del primer ministro del Reino Unido, cuando primero afirmó ante la prensa que la perspectiva de que los reclusos voten lo hacía sentir ganas de vomitar¹¹³, para luego suavizar sus opiniones y formularlas en términos mucho más suaves, generales y abstractos, y preocupado de resaltar la responsabilidad cívica y el Estado de derecho, cuando su gobierno efectuó sus descargos ante los tribunales. La pregunta jurídica acerca de la compatibilidad de la PDS con la constitución o los instrumentos de derechos humanos, enmarcada en términos de proporcionalidad, ha oscurecido la genuina pregunta política que está en juego en estos casos, acerca de *por qué* debemos excluir de la participación política a ciudadanos que han cometido un delito. Esta sigue sin ser abordada o está siendo abordada de manera insatisfactoria.

En segundo lugar, la proporcionalidad ha tendido a *soluciones de compromiso*. Esta tendencia deriva de la forma en que busca hacer compatibles dos factores antagónicos, utilizando el lenguaje económico de la optimización. Se trata de una consecuencia inmanente al uso de la idea de proporcionalidad. Bajo este esquema, que promete compensar la pérdida de protección de derechos con la formulación eficiente de políticas públicas, la limitación de derechos fundamentales no es vista como un evento excepcional, sino como uno normal. Incluso cuando lo anterior no es capaz de explicar la tolerancia de los tribunales hacia la PDS en su totalidad, nos permite entender el frecuente recurso al argumento de la sobreinclusión, que funciona como mecanismo discursivo para dar la razón a los defensores de los derechos humanos, diciendo que el gobierno no puede aplicar arbitrariamente la PDS, pero, por otra parte, también provee de razones a los gobiernos que quieren avanzar en políticas que los muestran como “duros contra la delincuencia”. Es importante tener en cuenta que las demandas de cada una de las partes reclamantes argumentaron que la PDS era inconstitucional *tout court*, independientemente de su alcance, y que una prohibición general era inconstitucional. El compromiso de hacer una diferencia entre autores de delitos graves y autores de delitos menores fue, en la mayoría de los casos, una idea propuesta por los tribunales, que podría explicarse como un esfuerzo para producir una decisión distributiva.

¹¹³ David Cameron, PM. Véase *Hansard*, HC Deb 517 col 921, 3 de noviembre de 2010.

Es importante insistir en el papel de la deferencia en la identificación de la finalidad legítima. Si se establece que la medida avanza correctamente una finalidad legítima, todo el resto del proceso se convierte en una instancia de negociación y acomodación de los intereses en juego. El derecho fundamental en cuestión puede ser afectado de forma masiva si la satisfacción del interés público tiene también gran magnitud. Con un buen diseño de la medida y un aparato argumentativo convincente, los derechos humanos pueden ser reducidos de forma considerable sobre la base de la actividad gubernamental eficiente. El problema aquí es que “la ciudadanía y humanidad de los reclusos, debe ser sopesada de alguna manera contra” otros intereses, y no existen “balanzas simbólicas sobre las cuales hacer dicha comparación”¹¹⁴. Esta crítica apunta a la falta de razonamiento deontológico, que es propio del lenguaje de los derechos fundamentales, pero también a la falta de esfuerzo deliberativo para acomodar intereses, en vez de dejarlos a medio camino¹¹⁵.

En tercer lugar, una visión diacrónica de estas sentencias podría indicar que ellas posiblemente neutralizarán la fuerza política de una futura demanda de inclusión electoral de los reclusos. Antes del surgimiento de estos casos y la disputa que produjeron, la PDS era una práctica incómoda, cuya naturaleza era difícil de explicar y era evaluada dentro de aquellas prácticas que constituían un legado premoderno. Ahora, después de las sentencias, puede sostenerse que la PDS, en su versión limitada, ha ganado una legitimidad considerable. Esta legitimidad es proporcionada por el tribunal, actuando como un mecanismo de solución de controversias considerado imparcial. La doctrina de la proporcionalidad “identifica la importancia de la acción estatal [...] contra la importancia de la infracción del derecho”¹¹⁶. Al hacerlo así, destaca la importancia de la democracia y los derechos fundamentales y crea una solución que busca el equilibrio entre los dos, recurriendo a ambas fuentes de legitimidad tradicional en la democracia moderna. Por consiguiente, se transmite la legitimidad procedimental a las normas que aprueban el examen de proporcionalidad o a aquellas normas que los tribunales consideran que lo aprobaría. Esta legitimidad afecta directamente a la causa por la inclusión, por la vía de silenciar las demandas políticas a favor de una inclusión más completa para todos los reclusos. Por otro lado, podría llevar a una reactivación del objetivo de excluir a los autores de delitos graves en países cuyos tribunales no han proscrito completamente la PDS, como son Canadá y Sudáfrica.

¹¹⁴ ORR (1998), p. 72.

¹¹⁵ Véase LEVY (2013), pp. 361-367.

¹¹⁶ GUNN (2005), p. 470.

En resumen, el importante grado de deferencia que la proporcionalidad otorga al legislador la hace vulnerable a las objeciones de quienes critican a la proporcionalidad por ser una pobre protección de los derechos frente a las demandas hechas por el legislador. Lo que se tiene, en virtud de poseer un derecho a sufragio, es una débil protección contra la intervención arbitraria del legislador, y una concepción de los derechos fundamentales que no captura la prioridad del derecho a sufragio en una sociedad democrática. Al menos en ciertos aspectos, la proporcionalidad debe ser considerada deficiente.

III. LA ALTERNATIVA A LA PROPORCIONALIDAD

Bajo la suposición de que existen buenas razones para un examen de constitucionalidad o convencionalidad de la legislación que consagra la PDS, y considerando los problemas que aquejan a la proporcionalidad como método jurídico capaz de proteger de manera efectiva el derecho a sufragio de los privados de libertad, principalmente porque el legislador todavía tiene una influencia determinante en dicho proceso de revisión, en esta sección se considera una propuesta alternativa. Primero, sin embargo, debe notarse que hay alternativas disponibles a la utilización de la proporcionalidad como método de solución de conflictos constitucionales en este tipo de casos cuando se mira el derecho comparado.

1. OBSERVANDO LA PERIFERIA

A diferencia de aquellos tribunales que han adoptado el método de la proporcionalidad para lidiar con los casos de PDS, otro grupo de tribunales ha decidido evitar utilizar el test de proporcionalidad en sus razonamientos, asumiendo un concepto más fuerte de derecho a sufragio. Han optado por esta vía pese a que la herramienta de la proporcionalidad es por ellos conocida y utilizada en otro tipo de casos. Es su situación periférica, tanto en lo que respecta a lo jurídico como a lo cultural, lo que podría explicar por qué no se ha otorgado suficiente atención a estos casos.

La primera y probablemente la más célebre de estas sentencias fue dictada por la Corte Suprema israelí, que enfrentó una situación complicada al decidir *Abrai v Minister of the Interior et al.* en 1996. El caso se originó cuando un tercero solicitó la revisión por tribunales de una decisión tomada por el ministro del Interior, negando el intento de este de privar a un recluso de su ciudadanía. El recluso era Yigal Amir, asesino del primer ministro de Israel Yitzak Rabin. Citando el

célebre caso *Trop v Dulles* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el tribunal se negó a privar del derecho a sufragio a Amir, basándose en el rol fundamental que este derecho asume como un “prerrequisito de la democracia”¹¹⁷. El tribunal consideró que “la revocación de la ciudadanía, porque incluía el derecho a sufragar y a ser elegido, era un paso drástico y extremo” y afirmó “que el reproche de este acto [de asesinato] debe separarse del respeto a su derecho [a sufragio]”¹¹⁸.

Un segundo fallo que sigue esta misma línea es *Ahumah Ocansey v The Electoral Commission*, de 2010, en el que la Corte Suprema de Ghana decidió que la ley electoral, que privaba del derecho a sufragio a todos los reclusos que se encontraran cumpliendo condenas mayores a seis meses, era inconstitucional. La corte argumentó que la limitación de derechos fundamentales debe estar construida de manera estricta y debe estar expresamente prevista en la Constitución. La sección 42 de la Constitución garantiza el derecho a sufragio a todos los ghaneses adultos con plena capacidad mental, y no cede “autoridad alguna ni a la [Comisión Electoral] ni a alguna otra autoridad para agregar más [sujetos] a la lista de quienes no deben tener derecho a sufragio”¹¹⁹. La corte concluyó, por tanto, que los reclusos estaban incluidos en el electorado. Comentando el fallo, Adem Abebe señala que

*“los redactores de la Constitución hubieran sido explícitos si es que hubieran tenido la intención de impedirles votar a quienes se encuentran privados de libertad. En el hecho de que la Constitución fue clara al privar a quienes hayan sido condenados por un crimen de la elegibilidad para presentarse como candidato a Presidente o a miembro del parlamento, queda implícito, según el tribunal, que los redactores de la Constitución no tuvieron la intención de excluir a los reclusos del ejercicio del sufragio”*¹²⁰.

Si bien la corte se mostró receptiva a la idea de que los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones, insistió que, en el caso sometido a análisis, era extremadamente difícil entender cuál era el interés constitucionalmente legítimo al cual serviría la exclusión de los reclusos del registro de electores¹²¹.

Finalmente, existe otra experiencia africana igualmente ilustrativa. En su sentencia *Priscilla Nyokabi Kanyua v Attorney General*, dictada antes del referéndum de

¹¹⁷ ISPAHANI (2009), p. 45.

¹¹⁸ ISPAHANI (2009), p. 45.

¹¹⁹ *Ahumah Ocansey v The Electoral Commission*, c. 18, citado en ABEBE (2013), p. 434.

¹²⁰ ABEBE (2013), p. 434.

¹²¹ *Kituo Cha Sheria v Independent Electoral and Boundaries Commission*, c. 31º, citado en ABEBE (2013), p. 435.

2010, establecido para aprobar la nueva Constitución, la Corte Suprema keniana defendió el derecho de los reclusos a votar en ese proceso. Hizo esto, a pesar de la prohibición general para sufragar a la que aquellos están expuestos conforme a la Constitución, la que les impedía participar tanto en elecciones parlamentarias como en las presidenciales. La corte afirmó que el referéndum era distinto de las elecciones y que la Sección 43 de la Constitución no impedía a los reclusos votar en él. Para arribar a dicha conclusión, la corte consideró:

“En el balance de la proporcionalidad sostenemos que no existe objetivo o finalidad gubernamental legítima que podría servir para negar a los privados de libertad el derecho a sufragio en un referéndum. El caso Njoya ha demostrado que el derecho de las personas de votar en un referéndum es un derecho humano básico. Un derecho que autoriza o impide el nacimiento de una nueva Constitución. Un poder electoral mayor que la Constitución, la Asamblea Nacional y la Ley de Elección Presidencial. ¿Puede la Constitución, la Asamblea Nacional o el Capítulo 7 de la Ley de Elección Presidencial evitar que los internos sean parte de un referéndum si es que los reclusos son considerados como parte del pueblo? En nuestra opinión, no pueden”¹²².

Tras el exitoso referéndum aprobatorio, la nueva Constitución de Kenia eliminó la prohibición general para sufragar que afectaba a los reclusos. Al mismo tiempo, la Sección 38 garantiza el derecho a sufragio a todo ciudadano adulto, estableciendo como excepción calificada la suspensión por cinco años de aquellos sujetos que han sido condenados por delitos electorales. En una sentencia posterior, la que resolvió el caso *Kituo Cha Sheria v Independent Electoral and Boundaries Commission* en 2013, la corte confirmó que “[l]a Constitución [...] no impide a los reclusos registrarse para votar y, en consecuencia, votar en una elección”¹²³. Parece improbable que la Corte Suprema autorice al Parlamento keniano para restringir el derecho a sufragio de los privados de libertad¹²⁴. En dicho caso, sin embargo, la corte se encontraría con el dilema de si aplicar un razonamiento categórico, como en los casos recién examinados, o comprometerse con el test de proporcionalidad.

Quizás estos tres casos no contienen la argumentación teórica más persuasiva disponible en contra de la PDS. A ese respecto, *Sauvé* debe considerarse como el mejor y más sofisticado compendio de argumentos sustantivos¹²⁵. Sin embargo,

¹²² *Priscilla Nyokabi Kanyua v Attorney General*, c. 22º. Cf. *McLean and Cole v United Kingdom* (2013).

¹²³ *Kituo Cha Sheria v Independent Electoral and Boundaries Commission*, c. 2º.

¹²⁴ Véase ABEBE (2013), pp. 435-438.

¹²⁵ Véase PLAXTON y LARDY (2010), p. 102.

estos casos muestran algo que está ausente en *Sauvé*: un camino que puede tomarse, presentando al derecho a sufragio como un derecho que no debería ser sujeto a negociaciones y cálculos; una concepción del derecho a sufragio que no necesita competir con otros intereses y cuya limitación no se sigue inmediatamente del hecho de que exista una intención del legislativo en ese sentido. En efecto, estas sentencias se toman en serio las ideas de que el derecho a sufragio es una piedra fundamental de la democracia representativa y que el sufragio universal es un principio básico de esta clase de régimen político.

Existe una pregunta importante que responder antes de explicar teóricamente la alternativa a la proporcionalidad que subyace a estos casos. Si la Corte Suprema de Canadá ofreció un potente razonamiento, comprometido con los principios democráticos, y declaró la completa inconstitucionalidad de la PDS en *Sauvé*, utilizando el test de proporcionalidad, por qué debería pensarse en abandonarlo y buscar un método alternativo. Esta pregunta exige comentarios en dos niveles diferenciados. En un primer nivel, la respuesta no lleva implícita una crítica a *Sauvé*, sino que, todo lo contrario. *Sauvé* es un fallo extraordinario. Una sentencia difícil de emular y que probablemente no se podrá repetir. De hecho, los cuatro casos restantes de la tendencia jurisprudencial citan *Sauvé* autoritativamente, y sin embargo, reconocen implícita o explícitamente un derecho del legislador de excluir a autores de delitos graves. En un segundo nivel, sin embargo, *Sauvé* presenta una tensión no resuelta entre la defensa de los principios democráticos y la utilización dogmática de un método jurídico que no cierra la puerta a la aparición de nuevas demandas antidemocráticas por exclusión de aquellos considerados como indeseables en una sociedad liberal.

2. UNA DEFENSA DEL DERECHO A SUFRAGIO

Lo resuelto por estos tribunales puede articularse en un argumento constitucional que se opone a la PDS en términos que permite proteger al derecho a sufragio de forma categórica.

2.1. *Hacia la proscripción de la privación del derecho a sufragio*

La tendencia jurisprudencial de racionalización de la PDS bajo estándares de Estado de derecho que, como consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad, restringe su aplicación solo a autores de delitos graves y únicamente por la duración de su condena privativa de libertad, se ve reflejada

en los estándares desarrollados por el derecho internacional. Los actuales estándares generales de derecho internacional referidos al sufragio de los privados de libertad no proscriben la PDS *tout court*, sino que, por razones similares a las de los tribunales nacionales y el TEDH, solo reprueban la implantación de una prohibición general y a la privación del derecho a sufragio de sujetos que ya han cumplido sus penas privativas de libertad¹²⁶. Para evitar este resultado insatisfactorio en la protección del sufragio y con el objetivo de implementar una prohibición total de la práctica de la PDS, Ziegler propone la adopción de un protocolo adicional a la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CIDCP), de manera similar a como fue adoptado en el caso de la pena de muerte, con importantes resultados¹²⁷. A pesar de las particularidades de esta estrategia, es importante destacar que las premisas sobre las que su argumento para proscribir la PDS se basa, pueden informar otras estrategias concretas para defender el derecho a sufragio. En particular, pueden orientar el razonamiento jurídico en el contexto de jurisdicciones nacionales y tribunales de derechos humanos regionales, tales como el TEDH o la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH)¹²⁸.

El argumento de Ziegler se desarrolla de la siguiente manera. Primero, y sirviendo de algún modo como base de los siguientes puntos, el derecho a sufragio se concibe como un elemento clave en una comunidad política democrática, mientras que su privación o suspensión se concibe como un indicador de la desigualdad y el peor estatus social en el que se encuentra un sujeto que resulta condenado. Esto lleva tanto a la alienación como al desempoderamiento de aquellos excluidos, tanto a nivel individual como a nivel colectivo¹²⁹. Segundo, la PDS, dada la particularidad de sus efectos, es un castigo degradante. Esto es así, incluso si pudiera cumplir un objetivo punitivo¹³⁰. En tercer lugar, la esencia del derecho a sufragio es su titularidad. Si la esencia de un derecho consiste en que su contenido no puede ser eliminado por una legislación limitativa, los asuntos acerca de la titularidad de una persona para votar deben juzgarse de manera diferente a los asuntos acerca de la regulación de las circunstancias y modalidades de votación¹³¹.

¹²⁶ Véase ZIEGLER (2011), pp. 234-253.

¹²⁷ Véase ZIEGLER (2011), pp. 253-264.

¹²⁸ Para un argumento contra la PDS en el contexto interamericano, véase BARRIENTOS (2011).

¹²⁹ Véase ZIEGLER (2011), pp. 254-257.

¹³⁰ Véase ZIEGLER (2011), pp. 254-255. Véase también MARSHALL (2019).

¹³¹ Véase ZIEGLER (2011), pp. 257-259.

Los dos primeros argumentos de Ziegler han sido desarrollados en otros trabajos y exceden el alcance de este artículo¹³². La tercera idea debe ser analizada en más detalle, porque puede guiar de forma constructiva la sospecha ya mencionada acerca de que el método jurídico usado en casos de PDS tiene un impacto en los resultados alcanzados y, de esta forma, podría ser de importancia crítica para el proyecto de extender el derecho a sufragio a todos los privados de libertad.

A este respecto, deben realizarse algunas distinciones analíticas. En un libro reciente, el teórico político Claudio López-Guerra presentó una idea fundamental para entender las limitaciones o restricciones que pueden afectar al derecho a sufragio. En él se argumenta que el derecho a sufragio incluye dos dimensiones que deben ser cuidadosamente distinguidas: él las denomina el derecho a sufragio y el derecho a tener la oportunidad de sufragar. Las restricciones a la primera dimensión son o deben ser estrictamente razones de principios. Las personas excluidas del sufragio no merecen o no pueden tener la titularidad de este derecho. En comparación, las restricciones a la segunda dimensión son más bien pragmáticas y se relacionan, por ejemplo, con el desarrollo de mecanismos para que las personas que se encuentran en circunstancias especiales puedan sufragar¹³³. En el caso de los reos, en concreto, los argumentos pragmáticos estarían conectados con los problemas que rodean el *sufragio desde prisión*, y no necesariamente con problemas relacionados con que los *reos merezcan sufragar*¹³⁴.

De manera similar a la distinción de López-Guerra, Ziegler afirma que existe una diferencia fundamental entre las *regulaciones* del sufragio, consistentes en requisitos de registro o de procedimiento que pueden causar inconvenientes o imponer dificultades técnicas, por una parte, y el establecimiento de la *elegibilidad* para votar, consistente en la determinación de si uno tiene o no el derecho a sufragio¹³⁵. Según Ziegler, los asuntos acerca de la regulación y los asuntos acerca de la elegibilidad deben ser tratados de forma diferente, ya que esta última comprende la *esencia* del derecho fundamental a sufragio; aquella parte que es inmune a la interferencia legislativa. La primera categoría, por su parte, permanece en la zona de penumbra, y puede ser limitada legítimamente por el legislador.

¹³² Sobre la idea del derecho a sufragio como forma reconocimiento y la PDS como una forma de degradación, véase MARSHALL (2019).

¹³³ LÓPEZ-GUERRA (2014), pp. 118-124.

¹³⁴ Sobre esta distinción y la defensa del derecho a sufragio desde la prisión, véase MARSHALL (2018).

¹³⁵ Véase ZIEGLER (2011), p. 257.

Este argumento articula correctamente la intuición de que estas dos posiciones normativas distinguibles involucradas en el derecho a sufragio requieren distintas soluciones. Sin embargo, Ziegler se precipita en su conclusión. Ello se expresa en un problema estratégico que tiene que ver con cómo enfrentar los casos de cuestionamiento de la constitucionalidad de la PDS y con cómo afrontar el aspecto metodológico. Decir que algo es la esencia de un derecho no es necesariamente equivalente a decir que las limitaciones del derecho no pueden ser sometidas al análisis de proporcionalidad. El núcleo del derecho está compuesto, en la ya clásica formulación de Robert Alexy, por los aspectos del derecho que siempre triunfan en el test de proporcionalidad¹³⁶. La distinción entre esencia y penumbra no representa una manera de esquivar las tendencias a la proporcionalidad. No obstante este problema, la distinción entre regulación y elegibilidad para votar puede aún ser de ayuda si es que se abandona el lenguaje de la esencia (idoneidad) y la penumbra (la regulación) del derecho, pero se mantiene el énfasis en que ciertos aspectos del sufragio requieren para su protección de un razonamiento jurídico categórico (deontológico) y no abierto a las consecuencias. Ello puede ser observado cuando la estructura legal del derecho a sufragio es analizada y se distinguen sus diferentes aspectos.

2.2. *El sufragio como poder y libertad*

Analizando la estructura legal del derecho a sufragio, Jeremy Waldron defiende la idea consistente en que el núcleo de las posiciones normativas asociadas al derecho a sufragio se sostiene sobre el hecho de que se trata de un poder, más que de una libertad. Waldron señala que “ejercer el derecho a sufragio es ejercer un *poder* Hohfeldiano: es desempeñar una acción que altera la adjudicación de derechos y deberes en la comunidad política”.¹³⁷ Esto no quiere decir que este poder no está conectado con otros elementos que asumen la forma de libertades, sino que sugiere que esos elementos están destinados a proteger el valor del ejercicio de ese poder¹³⁸. En otros términos, mientras el poder está asociado con una (minúscula) autoridad política, la libertad está asociada con la discreción en el ejercicio de aquella

¹³⁶ Véase ALEXY (2002), pp. 192-196.

¹³⁷ WALDRON, 2000, p. 48. Este poder es, como resulta evidente, compartido con otros y ejercido conjuntamente en las elecciones [WALDRON (2000), pp. 50-58].

¹³⁸ WALDRON (2000), pp. 48-50.

autoridad¹³⁹. La distinción que hace Waldron entre poder y libertad tiene su mejor ilustración en las hipótesis de violación de derechos.

La infracción de libertad involucrada en el derecho a sufragio es el caso más claro. Cuando agentes estatales amenazan a ciudadanos para que voten por un candidato determinado, el derecho a votar libremente se ve violado. Pero el poder para votar permanece. El poder para votar, sin duda, tiene un valor limitado sin la libertad para sufragar conforme a nuestra propia convicción. Este caso puede ser generalizado para decir que una violación del poder de voto siempre se constituye indirectamente por una violación de la obligación del Estado para hacer o abstenerse de hacer algo. Sin embargo, lo que usualmente describimos como una violación del derecho a sufragio incluye otro tipo de situación. Este tipo de casos surge cuando alguien es excluido deliberadamente de las elecciones por medio de una norma jurídica, como resulta en el caso particular de la PDS. En aquellos casos, las personas excluidas no están en la posición para ejercer el derecho a sufragio como poder, y este es el caso, no por que estemos ante a una infracción a una libertad, sino porque aquellas personas son excluidas o marginadas del grupo de aquellos considerados como titulares del sufragio. La violación de que son víctimas aquellas personas es analíticamente anterior a la titularidad del poder. Si se quiere, es una violación al derecho a ser titular de un poder¹⁴⁰.

Siendo analíticamente más preciso aún, puede decirse que hay *al menos* tres tipos de posiciones normativas involucradas en la discusión constitucional del derecho a sufragio. Primero, el derecho a sufragio como derecho fundamental puede ser descrito como un derecho a ser titular del sufragio. Este derecho no es un poder, sino “un derecho al poder” que los ciudadanos ostentan contra el Estado, porque “votar sin alguna forma de organización es imposible”¹⁴¹, y esta organización es algo que el Estado debe a los ciudadanos. Segundo, como un poder legal del individuo que es ejercido a través del voto. Refiriéndose a este aspecto, Robert Alexy destaca que “sobre la base del derecho a sufragio, el poseedor de este poder es, aunque de forma indirecta,

¹³⁹ BECKMAN (2013), p. 5.

¹⁴⁰ La forma en que Waldron se dirige al derecho a sufragio como poder incluye algunas ideas que podrían revelar que él considera el derecho al sufragio como una parte del contenido del poder. Por ejemplo, pone énfasis en el hecho de que la importancia de votar como poder está determinada por “la *igualdad* del poder de uno con el poder de cada uno de nuestros conciudadanos” (WALDRON, 2000, p. 58). También se refiere a la noción de “justicia comparativa” como un valor subyacente al sufragio, cuyo propósito fundamental es evitar “arbitrariedades e insultos que los tratos desiguales o desproporcionados involucran” [WALDRON (2000), p. 58]. Ambas funciones implican la referencia a una narrativa más profunda que solo queda expuesta cuando alguien es excluido del sufragio.

¹⁴¹ ALEXY (2002), pp. 320-321.

un participante en la legislación”¹⁴². Finalmente, el derecho a votar incluye un conjunto de libertades negativas. Puede describirse primariamente, siguiendo la terminología de Alexy, como el derecho a la acción negativa estatal, que debe abstenerse de coaccionar al elector, o impedirle emitir su voto, y, segundo, como un derecho a la acción positiva estatal, que exige protección contra coerción proveniente de otros ciudadanos¹⁴³.

Por el otro lado, el carácter institucional es lo que nos lleva a entender el despojo del derecho a sufragio como distinto a otras restricciones a la libertad, como la libertad de expresión o de asociación. Límites a la libertad de acción de una persona pueden ser basados en una protección en contra del daño que dichas acciones pueden provocar. Esa es la lógica tras la proporcionalidad como mecanismo para acomodar intereses y derechos en conflicto. La PDS, en contraste, nunca puede ser interpretada como un límite legítimo a la autonomía privada, basada en la protección de un interés público o privado, porque no hay acción dañosa de la cual protegernos. El ejercicio del derecho a sufragio siempre consiste en un ejercicio de libertad mínimo e inofensivo. Por lo tanto, las razones por las cuales algunas personas son despojadas de su derecho a sufragio son de otra naturaleza. Cuando sustraen a alguien su derecho a sufragio, esto siempre implica un acto de negación de su estatus como interlocutor válido, su carácter como persona deliberativa, su estatus como conciudadano. Esto es evidente en las sentencias analizadas más arriba. Las razones ofrecidas para justificar la PDS nunca involucran la protección de los derechos fundamentales de otras personas, o un interés público cuya protección puede ser asegurada a través de una medida como esta. En contraste, los motivos ofrecidos para justificar la PDS son siempre simbólicos y abstractos.

2.3. *Encontrando un método diferente*

Se han mencionado razones para pensar que la proporcionalidad no es el método jurídico apropiado para resolver todo tipo de disputas sobre los derechos y que existe más de una posición normativa que podría adscribirse al derecho a sufragio. Es tiempo de explicar por qué cada una de dichas posiciones, en la medida en que tiene características propias, requiere de un tratamiento diferente. Es de especial relevancia, para el argumento de un examen diferenciado, tener en mente la distinción defendida por Ziegler, López-Guerra, Waldron y Alexy, entre (1) un derecho a estar facultado para votar (titularidad, razones de principio,

¹⁴² ALEXY (2002), p. 334. Ver también WALDRON (2000).

¹⁴³ Esto también incluiría, *e. g.*, libertad de la intimidación, el privilegio para votar como el ciudadano quiera, libertad de ser preguntado cómo votó. Véase WALDRON (2000), p. 59.

posición jurídica de poder), y (2) el derecho a votar libremente (regulaciones, razones pragmáticas, set de libertades negativas)¹⁴⁴.

Es perfectamente posible sostener que estas diversas posiciones normativas podrían ser protegidas de manera distinta, esto es, según (1) distintos *estándares* de escrutinio, o (2) mediante la apelación a distintos *métodos* jurídicos para evaluar la legitimidad de la intervención legislativa. Conforme a la primera alternativa, podría demandarse para el derecho a estar facultado para sufragar un escrutinio más intenso que para las libertades que lo resguardan, que podrían quedar entregadas a un escrutinio menos intenso. Conforme a la segunda alternativa, el derecho a estar facultado para sufragar podría quedar entregado a un método jurídico que no lo sujete al test de proporcionalidad al que otros aspectos del sufragio podrían quedar sujetos sin mayores cuestionamientos.

Existen al menos dos argumentos para preferir una metodología completamente distinta en vez de simplemente elegir un estándar de escrutinio diverso en el caso de la PDS. Primero, como se vio en la sección anterior, la proporcionalidad defiere sistemáticamente los elementos de juicio de proporcionalidad al encargado de la toma de decisiones primarias, lo que, en el caso de la PDS, puede llevar a que las decisiones sean guiadas por el objetivo de hacer concesiones políticas coyunturales, como se mencionó antes en relación con la justificación de que fueran los tribunales los que tuvieran la última palabra en esta cuestión, y no el parlamento. Esto puede estar especialmente influenciado en las características del grupo en cuestión, que es conformado por una minoría particularmente impopular tanto entre la ciudadanía en general como en la clase política¹⁴⁵. Como se mencionó, los casos examinados implementaban diferentes estándares de revisión, y una cierta lectura de las sentencias podría atribuir los distintos resultados obtenidos a este factor. Sin embargo, es interesante observar que, incluso al aplicar un estándar de escrutinio exigente, utilizando el método de la proporcionalidad ningún tribunal fue capaz de alcanzar una proscripción de la PDS.

En segundo lugar, y este es quizás un argumento clave, en su operación práctica la PDS opera con un código binario, el código inclusión/exclusión del electorado, que hace que la idea de una “limitación proporcional” del derecho a sufragio de

¹⁴⁴ La distinción entre la elegibilidad para votar y otros aspectos del derecho a sufragio también puede formularse en términos de la distinción entre reconocimiento y participación. Mientras el aspecto del reconocimiento se encuentra fuertemente vinculado a la idea de que una persona es aceptada como un igual, como un miembro de la comunidad, y por lo tanto se le otorga el derecho a sufragio, el aspecto de la participación debe ocuparse de las circunstancias bajo las cuales la práctica electoral puede cumplir la función de controlar al gobierno y canalizar el poder político desde las personas a las autoridades representativas.

¹⁴⁵ MARSHALL (2016), pp. 152-153.

una persona sea una operación imposible. Esto es relevante porque la privación del derecho a sufragio tiene una consecuencia particularmente radical sobre el mismo, lo que queda en evidencia en su comparación con, por ejemplo, la privación de libertad. En contraste con esta última, la PDS implica una supresión total del derecho que no es susceptible de ser sindicada como una limitación proporcional. Al considerar que la PDS que afecta solo a autores de delitos graves es una limitación proporcional del derecho en cuestión, implicaría desechar al derecho a sufragio como un derecho fundamental. La persona, en este caso, es privada absolutamente del derecho, incluso cuando el electorado como colectivo pueda ser afectado solo marginal o proporcionalmente¹⁴⁶. Pero el derecho a sufragio es un derecho del individuo, pese a que solo puede tener eficacia mediante su inserción en la actividad colectiva de las elecciones.

Bajo estas condiciones y teniendo presentes las distintas funciones de las posiciones normativas asociadas al derecho a sufragio, es posible pensar que, para casos de elegibilidad para votar, esto es, casos acerca del alcance de la PDS, un método deontológico de adjudicación está mejor situado. Aquí es donde el argumento de Ziegler acerca de la práctica degradante toma importancia, no solo porque opera como un marco jurídico en el que la legislación sobre la PDS puede ser juzgada como inconstitucional o incompatible con los derechos humanos, lo que depende de la demostración de que la PDS constituye un trato degradante, sino que también, y más importante, porque ilustra cómo funciona un método deontológico de adjudicación de derechos. En el caso de un castigo que es considerado degradante, no se efectúa un examen de su objetivo, o un análisis de la relación que tiene con sus fines. Tampoco se lo somete a un proceso de balance con otros intereses en juego. En suma, respecto a tratos degradantes no existe análisis de proporcionalidad alguno. Lo mismo sucede con la regulación de otros derechos, como el derecho a no ser torturado. Una práctica que es considerada como degradante simplemente es considerada inconstitucional, indeseable e impermisible. Otros intereses que se invocaran en la aplicación de dicha medida simplemente no serán considerados como razones relevantes para la limitación del derecho a no ser sometido a tratos degradantes, incluso cuando puedan ser legítimos en términos abstractos. En contraste, una práctica que no sea considerada degradante podría ser sometida a un análisis de proporcionalidad, no así la PDS¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Véase *Sauvé*, c. 55°.

¹⁴⁷ Véase MARSHALL (2015), Cap. 6.

2.4. Elegibilidad para votar como una restricción categórica

El método categórico de adjudicación de derechos asume que un derecho es una limitación deontológica o, en otros términos, un *fire wall* (muro protector)¹⁴⁸ o un *trump* (carta ganadora)¹⁴⁹ que, cuando resulta apropiado, descarta por completo la intervención legislativa. Hace esto, reconociendo que en el supuesto que nos encontramos analizando los “derechos constitucionales existen principalmente para proteger [a los individuos] contra tal distribución selectiva [...] del padrón electoral”¹⁵⁰. Como sostiene Jürgen Habermas, cuando “el carácter deontológico de los derechos básicos se toma en serio, se les retira de dicho análisis de [proporcionalidad] costo-beneficio”¹⁵¹, constituyendo así simples bienes que son pesados y comparados con políticas y bienes colectivos¹⁵². Así, tal como agrega Mattias Kumm, “[l]a idea de limitaciones deontológicas no puede capturarse apropiadamente dentro de la estructura de la proporcionalidad”, porque la proporcionalidad filtra relaciones que son “a menudo características moralmente decisivas de la situación”¹⁵³.

Entender a la elegibilidad para votar como un aspecto del derecho a sufragio, suponiéndola como un *fire wall* o *trump*, no implica necesariamente que se trate de una posición normativa inmune a limitaciones porque se trate del aspecto más importante o la esencia misma del derecho a sufragio, como sostiene Ziegler. Simplemente reconoce que la idoneidad para votar es un asunto binario sobre si alguien debería estar incluido en el cuerpo electoral y, por lo tanto, estar facultado para sufragar, o si debería estar excluido y, por lo tanto, no debe poseer dicha facultad. Dicho de otra manera, la elegibilidad para votar no puede estar proporcionalmente limitada, porque se trata de un asunto del todo o nada.

Esta propuesta iría en la misma dirección y partiría de la hipótesis de Ziegler y López-Guerra de que los asuntos acerca de la elegibilidad para votar y otros aspectos normativos del derecho a sufragio deben tratarse de manera distinta. Mientras los asuntos de idoneidad deben ser resueltos utilizando un método categórico y argumentos de principio, dada su naturaleza binaria, otros aspectos del sufragio

¹⁴⁸ Véase HABERMAS (1996), p. 258.

¹⁴⁹ Véase DWORKIN (1978), pp. 430-3.

¹⁵⁰ PLAXTON y LARDY (2010), p. 138.

¹⁵¹ HABERMAS (1996), p. 260.

¹⁵² HABERMAS (1996), p. 204.

¹⁵³ KUMM (2007), pp. 162-3. Cf. COHEN-ELIYA y PORAT (2013), pp. 118-9.

pueden sopesarse contra intereses en competencia para producir regulaciones de compromiso, basadas en consideraciones pragmáticas. Adoptar un método más adecuado de adjudicación permitiría la expresión y discusión de los argumentos relevantes para la cuestión concreta de la elegibilidad.

El método categórico implica dos aspectos. En primer lugar, los casos de PDS serían discutidos en los términos sustantivos que la proporcionalidad tiende a ocultar. La pregunta acerca de por qué una comunidad política democrática debería excluir a sujetos condenados del padrón electoral podría ser debidamente considerada y tratada adecuadamente. Los argumentos acerca de una concepción normativa de la democracia, como aquellos articulados en *Sauvé* dentro del marco de la proporcionalidad, podrían expresarse de manera más concluyente. En segundo lugar, entender que la elegibilidad para votar es una pregunta binaria implica que el proceso de argumentación y decisión judicial está directamente orientado a resolver la pregunta acerca de si un sujeto o grupo de sujetos están o no facultados con el derecho a sufragio. Semejante instancia podría ser un momento para que una comunidad exprese sus compromisos democráticos, además de presentar un momento en el que las tensiones entre inclusión y exclusión pueden ser expresadas y rearticuladas sin ambigüedades.

Esta conclusión, sin embargo, tiene un alcance limitado, que no pretende afectar más que al derecho a sufragio. La proyección de esta defensa del valor democrático, encapsulado en el derecho a sufragio, hacia otros derechos, es una tarea que debe satisfacer distintos estándares de argumentación. Esto se debe a la estructura del derecho a sufragio como una potestad jurídica, en lugar de la estructura de libertades que tienen otros derechos de participación democrática, como la libertad de expresión o la libertad de asociación, que hace posible asociarlo, sin ambigüedades, a la idea de reconocimiento de una ciudadanía democrática.

IV. CONCLUSIÓN

El presente trabajo comenzó observando que los fallos de la tendencia judicial sobre la PDS han evitado abordar justificaciones sustantivas para excluir a los condenados del proceso electoral. Se afirmó que estos fallos en realidad se han centrado en el problema legal de la proporcionalidad. Las razones para excluir a los privados de libertad de la participación política –respuesta que nos ayudaría a explicar el significado oficial de la PDS– es una pregunta que ha sido eludida por la mayoría de dichos fallos, o bien ha tenido un rol mínimo y marginal en los argumentos judiciales. Este descubrimiento indujo, a su vez, a cierto escepticismo

respecto de aquellas pretensiones que afirman el éxito y el efecto progresivo de esta tendencia judicial. Como fue confirmado con posterioridad, incluso reconociendo que los fallos redujeron el campo de aplicación de aquellos afectados por la PDS, estos pudieron haber contribuido de igual manera a la normalización de la exclusión política de aquellos sujetos que han cometido delitos considerados como graves.

Fundado en la creencia de que el debate respecto de la PDS también puede ser concebido como una oportunidad para utilizar las instancias legales para resistirse y cuestionar las políticas de degradación y exclusión que subyacen a la PDS de aquellos condenados por delitos graves, se ha argumentado que si lo que perseguimos y defendemos es la protección y promoción de un régimen político democrático, entonces el derecho a sufragio de los condenados debe ser resguardado de todas las amenazas, incluso allí donde provienen de mayorías democráticas. Para ello, se argumentó que la estructura del método legal de proporcionalidad es un mecanismo inadecuado para evaluar la constitucionalidad o convencionalidad de la PDS, y debe ser abandonado, pavimentando el camino para la adopción de un método diferente, que sea compatible con una concepción más robusta del derecho a sufragio. Un mecanismo que permita hacer la distinción entre la cuestión de la elegibilidad para votar y las demás regulaciones del sufragio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABEBE, A. K. (2013): "In pursuit of universal suffrage, the right of prisoners in Africa to vote", en *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* (Vol. 46, N° 3), pp. 410-446.
- ACLU (2006): *Out of Step with the World, an analysis of felony disenfranchisement in the US and other democracies* (New York, American Civil Liberties Union), [fecha de consulta: 22 de octubre de 2014]. [Disponible en: https://www.aclu.org/sites/default/files/pdfs/votingrights/outofstep_20060525.pdf].
- ALEXY, R. (2002): *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford, Oxford University Press).
- BANFIELD, A. (2008): *Prisoners Voting in Canada and Australia, The Construction of Constitutional Decisions*. Manuscript presented in the Annual Meetings of the Canadian Political Science Association.
- BARAK, A. (2012): *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. (Cambridge, Cambridge University Press).

- BARRIENTOS, I. (2011): “Suspensión del derecho de sufragio por acusación penal. Vulneración constitucional de la presunción de inocencia”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 9, Nº 2), pp. 249-328.
- BECKMAN, L. (2013): “Global diffusion and the role of courts in shaping the human right to vote”, en BRYSK, A. (ed.), *Globalization of Law and Human Rights, From Norms to Fulfillment* (London, Routledge), pp. 63-82.
- BEHAN, C. (2014): *Citizen Convicts, Prisoners, Politics and the Vote* (Manchester, Manchester University Press).
- BELLAMY, R. (2007): *Political Constitutionalism* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BRADY, A. (2012): *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act. An Institutional Sensitive Approach* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BROWN, D. (2007): “The disenfranchisement of prisoners. Roach v Electoral Commissioner & Anor - modernity v feudalism”, en *Alternative Law Journal* (Vol. 32), pp. 132-138.
- BROWN, D. M. (2003): “Sauvé and prisoners’ voting rights, the death of the good citizen?”, en *Supreme Court Law Review* (Vol. 20), pp. 297-346.
- BOMHOFF, J. (2013): *Balancing constitutional rights: The origins and meanings of postwar legal discourse* (Cambridge, Cambridge University Press).
- CHOLBI, M. (2002): “A felon’s right to vote”, en *Law and Philosophy* (Vol. 21, Nº 4/5), pp. 543-565.
- COHEN-ELIYA, M., y I. PORAT (2013): *Proportionality and Constitutional Culture* (Cambridge, Cambridge University Press).
- DUFF, R. A. (2005): “Introduction, crime and citizenship”, en *Journal of Applied Philosophy* (Vol. 22, Nº 3), pp. 211-216.
- DWORKIN, R. (1978): *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Harvard University Press).
- DYZENHAUS, D. (2013): “What is a ‘democratic culture of justification?’”, manuscrito en poder del autor.
- EASTON, S. (2006): “Electing the electorate, the problem of prisoner disenfranchisement”, en *Modern Law Review* 69 (3), pp. 443-461.
- EASTON, S. (2008): “Constructing citizenship, making room for prisoners’ rights”, en *Journal of Social Welfare & Family Law* (Vol. 30, Nº 2), pp. 127-146.
- EWALD, A., y B. ROTTINGHAUS (2009) (Eds.): *Criminal disenfranchisement in an international perspective* (New York, Cambridge University Press).

- FOSTER, S. (2009): “Reluctantly restoring rights, responding to the prisoner’s right to vote”, en *Human Rights Law Review* (Vol. 9, N° 3), pp. 489-507.
- FOSTER, S. (2004): “Prisoners and the right to vote”, en *Coventry Law Journal* (Vol. 9, N° 1), pp. 13-22.
- GOLDONI, M., y MARSHALL, P. (2017): “The prisoners’ dilemma: legal or political constitutionalism”, en Agha, P. (Ed.), *Human Rights between Law and Politics: The Role of the Margin of Appreciation in Post-national Contexts* (Oxford: Hart Publishers), pp. 111-128.
- GUNN, T. J. (2005): “Deconstructing proportionality in limitations analysis”, en *Emory International Law Review* (Vol. 19), pp. 465-498.
- GUTTMAN, D. (2007): “Roach v Commonwealth, Is the Blanket Disenfranchisement of Convicted Prisoners Unconstitutional?”, en *Sydney Law Review* (Vol. 29), pp. 297- 319.
- HABERMAS, J. (1996): *Between Facts and Norms* (Cambridge, The MIT Press).
- HAMILTON, C., y R. LINES (2009): “The campaign for prisoners voting rights in Ireland”, en Ewald, A., y B. Rottinghaus (Eds.), *Criminal disenfranchisement in an international perspective* (New York, Cambridge University Press), pp. 205-220.
- HILL, L., y C. KOCH (2011): “The voting rights of incarcerated Australian citizens”, en *Australian Journal of Political Science* (Vol. 46, N° 2), pp. 213-228.
- HUSCROFT, G., B. W. MILLER y G. WEBBER (Eds.) (2014): *Proportionality and the Rule of Law, Rights, Justification, Reasoning* (Cambridge, Cambridge University Press).
- ISPAHANI, L. (2009): “Voting rights and human rights, a comparative analysis of criminal disenfranchisement laws”, en Ewald, A., y B. Rottinghaus (Eds.), *Criminal disenfranchisement in an international perspective* (New York, Cambridge University Press), pp. 25-58.
- ISSACHAROFF, S., P. KARLAN, y R. H. PILDES (2004): *The law of democracy, legal structure of the political process* (Westbury, NY, Foundation Press).
- Joint Committee on Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill, Report (2013, HL 103, HC 924), [fecha de consulta: 23 de mayo de 2014]. [Disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtdraftvoting/103/103.pdf>].
- KARLAN, P. (2004): “Convictions and doubts, retribution, representation, and the debate over felon disenfranchisement”, en *Stanford Law Review* (Vol. 56, N° 5), pp. 1147-1170.

- KUMM, M. (2007): "Political liberalism and the structure of rights, on the place and limits of the proportionality requirement", en Pavlakos, G. (Ed.) *Law, Rights and Discourse* (Oxford, Hart).
- LETSAS, G. (2006): "Two concepts of the margin of appreciation", en *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 26, N° 4), pp. 705-732.
- LEVY, R. (2013): "The Law of Deliberative Democracy, Seeding the Field", en *Election Law Journal* (Vol. 12, N° 4), pp. 355-371.
- LÓPEZ-GUERRA, C. (2014): *Democracy and Disenfranchisement, The Morality of Electoral Exclusions* (New York, Oxford University Press).
- MACDONALD, M. (2009): "Disproportionate punishment, the legality of criminal disenfranchisement under the international covenant on civil and political rights", en *The George Washington International Law Review* (Vol. 40), pp. 1375-1408.
- MANFREDI, C. (2009): "In Defense of Prisoner Disenfranchisement", en Ewald, A., y B. Rottinghaus (Eds.), *Criminal disenfranchisement in an international perspective*. (New York, Cambridge University Press), pp. 259-280.
- MANZA, J., y UGGEN, C. (2006): *Locked out, Felon disenfranchisement and American democracy* (New York, Oxford University Press).
- MARSHALL, P. (2015): *Criminal Disfranchisement a Debate on Punishment, Citizenship and Democracy*. PhD Thesis. Glasgow University.
- MARSHALL, P. (2016): "Constitucionalismos jurídico y político frente a la exclusión electoral", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Vol. 31), pp. 139-158.
- MARSHALL, P. (2019): "La privación de derecho a sufragio como castigo en la órbita del common law: Análisis crítico", en *Política Criminal* (Vol. 28).
- MARSHALL, P. (2018): "Voting from prison, against the democratic case for disenfranchisement", en *Ethics and Global Politics* (Vol. 11). pp. 1-16.
- MAUER, M. (2011): "Voting behind bars, an argument for voting by prisoners", en *Howard Law Journal* (Vol. 54), pp. 549-566.
- MCCRUDDEN, C. (2000): "Common Law of Human Rights?, Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights", en *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 20, N° 4), pp. 499-532.
- MORGAN-FOSTER, J. (2006): "Transnational judicial discourse and felon disenfranchisement, re-examining *Richardson v Ramirez*", en *Tulsa Journal of Comparative and International Law* (Vol. 13), pp. 279-319.
- MUNN, N. (2011): "The limits of criminal disenfranchisement", en *Criminal Justice Ethics* (Vol. 30, N° 3), pp. 223-239.

- MUNTINGH, L., y J. SLOTH-NIELSEN (2009): "The Ballot as a Bulwark, Prisoners' Right to Vote in South Africa", en Ewald, A., y B. Rottinghaus (Eds.), *Criminal disenfranchisement in an international perspective* (New York, Cambridge University Press), pp. 221-243.
- MURRAY, C. R. G. (2011): "Playing for time, prisoners disenfranchisement under the UCHR after *Hirst v United Kingdom*", en *King's Law Journal* (Vol. 22, N° 3), pp. 309-334.
- NUNN, R. (2005): "Lock them up and throw away the vote", en *Chicago Journal of International Law* (Vol. 5, N° 2), pp. 763-784.
- ORR, G., y WILLIAMS, G. (2009): "The People's choice, the prisoners franchise and the constitutional protection of voting rights in Australia", en *Election Law Journal* (Vol. 8, N° 2), pp. 123-139.
- ORR, G. (1998): "Ballotless and behind bars, the denial of the franchise to prisoners", en *Federal Law Review* (Vol. 26), pp. 55-82.
- ORR, G., y WILLIAMS, G. (2009): "The People's choice, the prisoners franchise and the constitutional protection of voting rights in Australia", en *Election Law Journal* (Vol. 8, N° 2), pp. 123-139.
- PARKES, D. (2003): "Ballot Boxes Behind Bars, Toward the Repeal of Prisoner Disenfranchisement Laws", en *Temple Political & Civil Rights Law Review* (Vol. 13), pp. 71-111.
- PETTIT, P. (2000): "Democracy, Electoral and Contestatory", en *Nomos* (Vol. 42), pp. 105-144.
- PETTUS, K. I. (2013): *Felony Disenfranchisement in America, Historical Origins, Institutional Racism, and Modern Consequences* (New York, SUNY Press).
- PLAXTON, M., and H. LARDY (2010): "Prisoner Disenfranchisement, Four Judicial Approaches", en *Berkeley Journal of International Law* (Vol. 28, N° 1), pp. 101-141.
- REDMAN, R., D. BROWN y B. MERCURIO (2009): "The Politics and Legality of Prisoner Disenfranchisement in Australian Federal Elections", en Ewald, A., y B. Rottinghaus (Eds.), *Criminal disenfranchisement in an international perspective* (New York, Cambridge University Press), pp. 167-204.
- RIVERS, J. (2007): "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing", en Pavlakos, G. (Ed.), *Law, Rights and Discourse* (Oxford, Hart).
- ROBINS, G. (2006): "The rights of prisoners to vote, a review of prisoner disenfranchisement in New Zealand", en *New Zealand Journal of Public and International Law* (Vol. 4), pp. 165-196.

- ROYAL COMMISSION ON ELECTORAL REFORM AND PARTY FINANCING. Final Report of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing - Reforming Electoral Democracy, vol. 1. Ottawa, The Commission, 1991.
- SADURSKI, W. (2014): *Motives and Effects in the US Constitutional Law and Theory*. Sydney Law School Research Paper 14/43.
- SULLIVAN, K., y G. GUNTHER (2004): *Constitutional Law* (New York, Foundation Press).
- SWEET, A. S., y J. MATHEWS (2008): “Proportionality balancing and global constitutionalism”, en *Columbia Journal of Transnational Law* (Vol. 47), pp. 72-164.
- WALDRON, J. (2000): “Votes as powers”, en Friedman M., L. May, K. Parsons y J. Stiff (Eds.), *Rights and Reason. Essays in Honor to Carl Wellman* (Dordrecht, Kluwer Academic Publishers).
- WEBBER, G. (2009): *The Negotiable Constitution* (Cambridge, Cambridge University Press).
- WILSON, R. (2009): “The right to universal, equal, and non-discriminatory suffrage as a norm of customary international law, protecting the prisoners’ right to vote”, en Ewald, A., y B. Rottinghaus (Eds.), *Criminal disenfranchisement in an international perspective* (New York, Cambridge University Press), pp. 167-204.
- ZIEGLER, R. (2011): “Legal outlier, again? U. S. felon suffrage, comparative and international human rights perspectives”, en *Boston University International Law Journal* (Vol. 29), pp. 197-266.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Ahumah-Ocansey v The Electoral Commission; Centre for Human Rights and Civil Liberties (CHURCIL) v Attorney General and Electoral Commission* (Consolidated) [2010] SCGLR 575 (23.03.2010, Supreme Court of Ghana).
- Anchugov and Gladkov v Russia* (2013) (11.06.2013, First Section of the European Court of Human Rights), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-7644>].
- Alrai v Minister of the Interior* – HC2757/06 P.D. 50(2) 18 (1996).
- August and Another v Electoral Commission and Others* (CCT8/99) [1999] ZACC 3 (1.04.1999, South African Constitutional Court), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/3.html>].

- Chan Kin Sum v Secretary for Justice* [2009] 2 HKLRD 166 and [2008] 6 HKC 486. (8.12.2008, High Court of Hong Kong) [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: http://www.cmab.gov.hk/doc/HCAL000079_2008.pdf].
- Frodl v Austria* [2010] ECHR 508. (08/04/2010, First Section of the European Court of Human Rights), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-98132>].
- Greens and M. T. v The United Kingdom* [2010] ECHR 1826. (23.11.2010, Fourth Section of the European Court of Human Rights), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101853>].
- Hirst v The United Kingdom* (Nº 2) [2004] ECHR 122. (30.03.2004, Fourth Section of the European Court of Human Rights), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61680>].
- Hirst v The United Kingdom* (Nº 2) [2005] ECHR 681. (6.10.2005, Gran Chamber of the European Court of Human Rights). [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70442>].
- Kituo Cha Sheria v Independent Electoral and Boundaries Commission* [2013] eKLR (21.01.2013, High Court of Kenya), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <http://kenyalaw.org/newsletter1/Issue042013.php>].
- Minister of Home Affairs v National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO) and Others* (CCT 03/04) [2004] ZACC 10 (3.03.2004, South African Constitutional Court), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/10.html>].
- Priscilla Nyokabi Kanyua v Attorney General & another* [2010] eKLR (23.06.2010, High Court of Kenya), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: http://kenyalaw.org/Downloads_FreeCases/75044.pdf].
- R. v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Pearson and Martinez, Hirst v Attorney-General* (2001) EWHC Admin 239 (4.04.2001, High Court of Justice of England and Wales), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Admin/2001/239.html&query=pearson+and+martinez&method=boolean>].

- R. (on the application of Chester) v Secretary of State for Justice and McGeoch v The Lord President of the Council* (2013) UKSC 63 (16.10.2013, Supreme Court of the United Kingdom), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2012-0151.html>].
- Richardson v Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974). (24.06.1974, Supreme Court of the United States of America), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=418&invol=24>].
- Roach v Commonwealth* [2007] HCA 43 (26.09.2007, High Court of Australia), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2007/43.html>].
- Sauvé v Attorney-General of Canada* (1992), 7 O.R. (3d) 481.
- Sauvé v Canada (Attorney General)*, [1993] 2, S.C.R. 438 (53) (Sauvé N° 1) (27.05.1993, Supreme Court of Canada). [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1009/index.do>].
- Sauvé v Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519 (Sauvé N° 2) (31.10.2002, Supreme Court of Canada), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1009/index.do>].
- Scoppola v Italia* (N° 3) [2012] ECHR 868. (22.05.2012, Gran Chamber of the European Court of Human Rights), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111044>].
- Soyler v Turkey* (2013) (17.12.2013, Second Section of the European Court of Human Rights), [fecha de consulta: 16 de marzo de 2019]. [Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126350>].

