

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

Trabajo Final de Grado



**Privación del derecho a sufragar a las personas
condenadas a prisión.**

Un análisis sobre la (in)constitucionalidad de la
norma

AUTOR:

Valentina Reineri

-AÑO 2017-

Resumen

En el presente trabajo, abordaré la privación del voto a los condenados a prisión. Si bien uno de los caracteres del sufragio es que el mismo es universal, el grupo en cuestión se encuentra excluido. Es por ello que propondré un acabado análisis de la legislación en la que se sustenta esta privación, además de analizar en doctrina ciertos puntos como son los derechos civiles y políticos y la democracia. Abordaré, también, mostrar los distintos argumentos que se utilizan en pro y en contra de la cuestionada legislación, para luego realizar un análisis en razón de su constitucionalidad.

Palabras clave: derecho al voto – democracia – Condenados a prisión – Constitución – Pactos internacionales – Participación política – pena – ciudadanía.

Abstract

The present paper addresses the deprivation of the vote to those sentenced to prison. Although one of the characters of the suffrage is that it is universal, the group in question is excluded. That is why I will propose a final analysis of the legislation on which this deprivation is based, as well as analyzing in doctrine certain points such as civil and political rights and democracy. I will also address the different arguments used for and against the questioned legislation, and then carry out an analysis based on its constitutionality.

Key words: right to vote - democracy - Sentenced to prison - Constitution - International Covenants - Political participation - penalty - citizenship.

Índice

Introducción.....	5
CAPITULO PRIMERO.....	10
Derecho al voto, democracia y derechos.....	10
Introducción	11
1. Hacia una noción de los Derechos civiles y políticos.	11
2. Derecho al voto: su relación con la democracia y participación política en toma de decisiones.	13
3. Historia de la privación del derecho a voto de ciertos grupos sociales en Argentina.	16
4. Historia de la privación del sufragio en el derecho comparado.	18
Reflexiones finales	21
CAPITULO SEGUNDO	22
Análisis normativo de la privación del derecho a voto a los condenados a prisión.	22
Introducción	23
1. Privación del derecho al voto. Un comentario al Código Electoral Nacional.	23
2. Privación del derecho al voto. Un comentario del Código Penal Argentino. 27	
3. Constitución Nacional y su garantía al derecho al voto.	30
4. Pactos Internacionales ratificados por la Constitución donde se garantiza el derecho a voto.	35
Reflexiones finales	40
CAPITULO TERCERO	41
Democracia y participación política.	41
Introducción	42

1. Participación política y sistema democrático.....	42
2. Democracia e igualdad ante la ley.....	45
3. Democracia deliberativa.....	48
4. Democracia y Regla de la Mayoría: alcances y límites.	50
5. Derecho al voto y las consecuencias de su privación.	54
Reflexiones finales.....	58
CAPITULO CUARTO.....	60
(In)constitucionalidad de la privación del voto a los condenados a prisión..	60
Introducción	61
1. Argumentos a favor de la privación del derecho a voto a los condenados a prisión.....	61
2. Argumentos en contra de la privación.....	64
a. La inconstitucionalidad de la norma.....	64
b. La privación al voto como atentatoria al sistema democrático: jurisprudencia nacional e internacional.	68
c. Autonomía y derecho a voto.....	74
d. Ciudadanía, delito y pena.....	76
Reflexiones finales.....	83
Conclusiones finales.....	84
Bibliografía.....	88

Introducción

En el presente trabajo de investigación, indagaré sobre la constitucionalidad del Código Electoral Nacional –Ley 19.945 y modificaciones– al excluir del padrón electoral a los condenados a prisión por el término de la condena (art. 3 inc. E); así como el Código Penal –Ley 11.179 y modificaciones– a los condenados a prisión o reclusión mayor a tres años impone como pena accesoria una inhabilitación absoluta, que los priva del derecho electoral, por el tiempo de la condena y hasta tres años más si lo dispusiere el Tribunal (arts. 12 y 19).

Como tensión que dispara la presente investigación, creo menester resaltar que esta prohibición encuentra tracciones con los presupuestos del Estado de Derecho, la noción de derechos humanos, el concepto de ciudadanía y de representación en democracia. Si hacemos una revisión de la historia de la República Argentina, han habido diversos grupos – minoritarios o excluidos socialmente – a quienes se los ha privado de derechos electorales por distintos motivos pero con una clara finalidad: excluirlos de la toma de decisión política del país. Así, por ejemplo, la mujer, los procesados, y los condenados a prisión; tema este último que aquí nos ocupa.

Tal como es sabido, es el último quien continúa siendo excluido del derecho a sufragar. Las razones para que esta exclusión subsista, pueden ser varias. En el presente propongo sistematizar los argumentos en pos de privar al derecho al sufragio de los condenados, y cuestionar su peso y razonabilidad según parámetros de constitucionalidad.

Los derechos civiles y políticos fueron los primeros en ser consagrados por ordenamientos jurídicos tanto nacionales (Constitución Nacional) como internacionales (Pacto de San José de Costa Rica). Se trata de derechos que protegen al ser humano individualmente contra cualquier potencial violación de autoridades públicas y/o de otros individuos. El Estado tiene el deber de abstenerse de inferir en el ejercicio y pleno goce de estos derechos y también tiene una actitud activa, ya que además de garantizar el libre goce de los mismos, debe también organizar la fuerza pública y crear mecanismos judiciales que los protejan. Si bien hay ciertas situaciones de emergencia que permiten el establecimiento de limitaciones a algunas garantías, los derechos a los que nos referimos pueden ser reclamados en todo momento y cualquier lugar.

Justamente, es nuestro artículo 37 de la Constitución Nacional el que garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia y consagra el sufragio universal, igual, secreto y obligatorio. Es así que el derecho al voto tiene una inminente relación con la democracia y participación política en toma de decisiones del pueblo para regular la vida en sociedad.

Al hacer referencia al derecho electoral podemos hacerlo en dos sentidos: objetivamente, alude a la regulación de la actividad electoral en cuanto a sus sujetos, objeto, sistemas, etc; y subjetivamente, designa la capacidad de determinados sujetos para votar (derecho de elegir: derecho electoral activo) o para ser elegidos (derecho de ser elegido: derecho electoral pasivo).

Por su parte, la jurisprudencia nacional sin dudas colaborará en emitir parámetros sobre la temática en cuestión. Igualmente, cabe resaltar que la Corte Suprema de Justicia aún no se pronunció sobre la privación del voto a los penados. No obstante, reconoció la base constitucional de la universalidad del sufragio. Además, sostuvo que aquella universalidad “*hace a la sustancia del Estado Constitucional contemporáneo (...)*”.¹

Así es como los artículos que disponen la privación del sufragio entran en colisión con el citado Artículo 37 de la Carta Magna Nacional. Ahora bien, si esto fuera indiscutible e innegable, no habría tensiones que resolver. Pero, las tensiones aparecen cuando doctrinarios sostienen que no existe derecho absoluto, y de hecho, los derechos pueden verse limitados por distintas razones y motivos, sobre todo cuestiones de bien común político. Entonces, para los defensores de teorías políticas como esas, hasta el derecho al sufragio puede verse limitado o privado cuando hay motivo bastante para hacerlo y, ¿qué otro motivo más significativo del hecho de haber cometido un delito?

Intentaré desbaratar los argumentos que sostienen los defensores de la constitucionalidad de la norma, entendiendo que la privación del derecho a voto socava a los ciudadanos que no pueden participar en la elaboración de las leyes, elección de autoridades, etc.

¹ (CSJN, “Alianza Frente para la Unidad s oficialización listas de candidatos”, sentencia del 27.09.2001, voto de los ministros Fayt y Vázquez.)

La hipótesis que he efectuado para el trabajo de investigación propuesto, trata que, reconociendo que existe en nuestra legislación una real privación al derecho al voto a los condenados a prisión, debemos pensar en que esta privación quizás no está dotada de argumentos que puedan sostenerla. Por lo tanto, es posible y real el hecho de creer que las referidas normas en análisis serían inconstitucionales.

Como objetivo general, he propuesto evaluar la constitucionalidad de la privación de sufragar impuesta a las personas condenadas a prisión en el ordenamiento jurídico argentino. Como objetivos específicos, y en consonancia con el general, he propuesto cuatro: a) Conceptualizar los derechos civiles y políticos; b) Analizar la normativa vigente, doctrina y jurisprudencia de la privación del derecho a voto de los condenados a prisión; c) Analizar argumentos a favor y en contra de la norma; d) Revisar la constitucionalidad de la norma y ofrecer argumentos.

En cuanto a la metodología propuesta, se sistematizarán las bases normativas que regulan la problemática de la privación del derecho a sufragar a las personas condenadas a prisión, reformulando a través de un análisis conceptual y analítico, los argumentos en pro y en contra de la constitucionalidad de la norma en cuestión. Como Estrategia metodológica, Tal como nos indica Sampieri (2006), podemos decir que considero adecuada utilizar la *cualitativa*. Ello, por cuanto, este tipo de estrategia está dirigida a explorar y describir una problemática particular, reconociendo analíticamente las implicancias teóricas y descender luego hacia los aspectos prácticos.

Por su parte, se partirá de analizar los datos propiciados por diversas fuentes que sirven para atravesar el tema aquí planteado como problemática jurídico-normativa. En este sentido, es necesario y útil abordar la temática desde la propia legislación, la doctrina y los fallos nacionales e internacionales. Ahora bien, en cuanto a las discusiones doctrinarias, intentare plasmar las diferentes perspectivas y puntos de vista, con el fin de reconocer el alcance de la discusión sobre el derecho a voto de los condenados a prisión.

Por último, y también guiada por una estrategia cualitativa, intentaré tomar posición en cuanto a la constitucionalidad o no de la norma en cuestión, dando razones de peso para sostener mi tesis.

En cuanto al tipo de estudio e investigación, se indica la necesidad de abordar analíticamente la problemática jurídica de la privación al derecho a voto de los condenados a prisión. Así las cosas, intentaré argüir que dicha privación podría atentar contra la autonomía personal, la democracia y los valores en juego tras nuestra Constitución Nacional. En este sentido, asistimos a observar una población como la de los condenados a prisión, no solo ajena a la participación política sino carente de representación, lo cual supondría una democracia meramente formal.

En el presente trabajo, la discusión sobre la problemática tratada tendrá un claro tinte valorativo, analítico, todo lo que hace que me sirva de fuentes teóricas y aborde las discusiones que se han brindado en torno a la privación del derecho electoral de los condenados.

El abordaje de la temática planteada, se desarrollará en cuatro capítulos.

En el primero de ellos abordaré conceptos claves y necesarios para implicarnos en el objetivo del presente, tales como: derechos civiles y políticos, derecho a voto. Se presentará un análisis histórico, normativo y conceptual del sufragio.

En el segundo capítulo, realizaré un exhaustivo análisis de nuestra legislación en materia electoral, particularmente sobre el Código Electoral Nacional (art. 3) y el Código Penal (art. 12 y 19). Por otro lado, serán analizados los distintos artículos de nuestra Carta Magna Nacional en los que se ve garantizado el derecho al voto con sus caracteres y notas tipificantes. También voy a explayarme también sobre instrumentos internacionales que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22).

En el capítulo tercero, presentaré el concepto de participación política y su relación con el sistema democrático. También hablaré de la democracia, con la finalidad de relacionar la afectación del derecho a voto y su posible vulneración al sistema democrático. Junto con estos conceptos, serán analizados otros como son los límites que la misma tiene, y también la llamada “regla de la mayoría” a fin de poder entender cómo es que funciona el sistema para luego ver por qué se lo considera vulnerado al excluir a los condenados del derecho al voto.

En el cuarto y último capítulo, mostraré aquellos argumentos que utilizan quienes creen que es correcto que los presos no tengan el derecho al voto, para inmediatamente refutarlos considerando que no existe motivación suficiente para sostener

como legítima dicha privación. Presentaré y analizaré en este capítulo jurisprudencia nacional e internacional, buscando soportar la respuesta a la hipótesis planteada. A su vez y para finalizar, se relacionarán ciertos conceptos como los de autonomía y voto, y ciudadanía, delito y pena.

CAPITULO PRIMERO

Derecho al voto, democracia y derechos.

Introducción

Por empezar, como en todo Capítulo introductorio, comenzaré por detallar conceptos que serán claves para el desarrollo del presente trabajo de investigación.

Abordaré los llamados derechos civiles y políticos y ubicándolos entre los derechos de primera generación, para luego ahondar directamente en el derecho al voto, que es el derecho fundamental en que fundo este trabajo. En cuanto a este derecho, se presentarán los distintos caracteres primero para luego referirme a lo que son las nuevas formas de participación política que hoy en día, después de la reforma de 1994, existen en nuestra Constitución Nacional (art. 39 y 40).

Habiendo ya dejado claros estos conceptos, procederé a realizar un breve análisis histórico de la privación del sufragio a distintos grupos sociales en nuestro país, ya que como sabemos, no es algo actual ni novedoso que exista privación de algún tipo de grupo.

Por último, y con el fin de no hacer de este un trabajo meramente histórico, considero de importancia hacer una breve reseña de la privación del voto con respecto a otros países, con el sólo fin de hacer notar que nos encontramos en algunos países con más avances que en otros en cuanto a legislación sobre el tema.

1. Hacia una noción de los Derechos civiles y políticos.

Antes de dar una definición de los derechos civiles y políticos cabe decir que, tal como los clasifica Sagüés (2007), estos corresponden a los llamados derechos de primera generación, es decir, aquellos propios del constitucionalismo liberal, tratándose de derechos conferidos sólo a los individuos en abstracto y responden a ideologías de comienzos del siglo XIX.

Tal como sostiene Andrés Rossetti (2013), en la primera generación de derechos se consagran los derechos civiles y políticos. Advierte el autor que puede discutirse la unión de estos dos tipos de derechos en su tratamiento, pero sólo se centra en el aspecto clasificatorio según el constitucionalismo. Nos advierte que fueron consagrados a nivel de los Estados Naciones y son producto de los ideales de la

Revolución Francesa de 1789. Se vincula con los reconocimientos del llamado “constitucionalismo clásico” y los derechos que se consagran se entienden como “libertades”.

Rossetti (2013) también refiere a los de segunda generación de derechos, los llamados “derechos sociales”, y considera que también se dan a nivel de los Estados Naciones. Como influencia principal cuentan con las ideas de Marx y Engels y las primeras propuestas obreras masivas en Europa. Esta clase de derechos responden al “constitucionalismo social” y se preocupan por proteger ya no sólo al individuo, sino a la familia, el trabajo, los gremios y sindicatos. Se vinculan con la idea de igualdad.

Por su parte, continúa el autor, la tercera generación de derechos, la que surge a mediados del siglo XX, excede a los Estados Naciones y tiene su origen en el Derecho Internacional. Se vinculan con la idea de solidaridad y se relacionan con el actual movimiento de “neoconstitucionalismo”. Los derechos reconocidos son los ambientales, consumidores y usuarios, el derecho al desarrollo y a la paz.

La presentación remite a cuestiones cronológicas de la historia de la humanidad, así como a distintos modelos de constitucionalismos.

En cuanto a los derechos civiles y políticos, tal como se ha dicho, fueron los primeros en ser consagrados por ordenamientos jurídicos tanto nacionales (Constitución Nacional) como internacionales (Pacto de San José de Costa Rica); los mismos, tienen por objeto la tutela de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona, así como de su derecho a participar en la vida pública. Por lo mismo, se oponen a que el Estado invada o agreda ciertos atributos de la persona, relativos a su integridad, libertad y seguridad. Su vigencia depende, en buena medida, de la existencia de un orden jurídico que los reconozca y garantice. En principio, basta constatar un hecho que los viole y que sea legalmente imputable al Estado para que este pueda ser considerado responsable de la infracción. Se trata de derechos inmediatamente exigibles, cuyo respeto representa para el Estado una obligación de resultado, susceptible de control jurisdiccional.

Se trata entonces, de derechos que protegen al ser humano individualmente contra cualquier agresión/violación de autoridades públicas o de particulares. El Estado tiene el deber de abstenerse de interferir en el ejercicio y pleno goce de estos derechos y también tiene una actitud activa, ya que además de garantizar el libre goce de los mismos,

debe también organizar la fuerza pública y crear mecanismos judiciales que los protejan. Si bien hay ciertas situaciones de emergencia que permiten el establecimiento de limitaciones a algunas garantías, los derechos a los que nos referimos pueden ser reclamados en todo momento y cualquier lugar.

Los autores discuten en darle un tratamiento indiscriminado y conjunto a los derechos civiles y políticos. Así, por ejemplo, Rossetti (2013) indica que debiéramos reparar algunas consideraciones particulares en cuanto a los civiles y, por otro lado, los políticos.

Creemos oportuno definir, entonces, a los derechos políticos, para lograr especificar un concepto diferenciador de los civiles. Podríamos decir que los derechos políticos son aquellos otorgados a los ciudadanos, que permiten a los hombres y mujeres participar, por sí o por medio de un representante electo, en la toma de decisión política.

2. Derecho al voto: su relación con la democracia y participación política en toma de decisiones.

Ahora bien, al hacer referencia al derecho electoral, Bidart Campos (2008, p. 174) lo hace en dos sentidos: “*a) objetivamente, alude a la regulación de la actividad electoral en cuanto a sus sujetos, a su objeto, a los sistemas, etc.; b) subjetivamente, designa la capacidad de determinados sujetos para votar o para ser elegidos.*”

Como dice el autor, desde el enfoque subjetivo, el derecho electoral implica la función del sufragio, tanto en su faz activa (derecho de elegir) como en su faz pasiva (derecho de ser elegido).

En la Constitución Nacional, el artículo 37 nos da las características que debe asumir el sufragio: universal, igual, secreto y obligatorio. Además, el actual Código Electoral Nacional agrega el carácter individual del voto.

Por el momento, me conformaré con emitir una serie de aclaraciones sobre las características nombradas, siguiendo en este punto a Sagüés (2007):

Por empezar, el voto es universal. Esto es, para todos los ciudadanos de ambos sexos, después de cumplidos los 18 años.² Es importante destacar que hay exclusiones del padrón (art. 3 del Código Nacional Electoral), como lo son los dementes declarados en juicio; los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoria, por el término de la condena; los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años, en el caso de reincidencia, por seis; los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción; los declarados rebeldes en causa penal hasta que cese la rebeldía o se opere la prescripción; los inhabilitados según disposiciones de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos; y los que en virtud de otras prescripciones legales y reglamentarias quedaren inhabilitados para el ejercicio de los derechos políticos.

En segundo lugar, es individual. Lo que significa que nadie puede ser obligado a votar en grupo (art. 9 Código Electoral Nacional).

El voto es también obligatorio. Por lo que existe el deber de votar en toda elección nacional (art. 12), salvo para los jueces y sus auxiliares que por imperio de la ley deban asistir a sus oficinas y mantenerlas abiertas mientras dure el acto comicial; los que el día de la elección se encuentren a más de quinientos (500) kilómetros del lugar donde deban votar y justifiquen que el alejamiento obedece a motivos razonables; los enfermos o imposibilitados por fuerza mayor, suficientemente comprobada, que les impida asistir al acto; y el personal de organismos y empresas de servicios públicos que por razones atinentes a su cumplimiento deban realizar tareas que le impidan asistir al comicio durante su desarrollo. El voto va a ser optativo en caso de consultas populares no vinculantes y también para aquellos casos en que el elector tenga entre dieciséis y dieciocho años de edad.

También es secreto. Carácter que importa una garantía dentro del sistema electoral, implica que un extraño no pueda influir ni conocer el voto de otra persona. Este carácter es obligatorio durante todo el desarrollo del acto electoral, ningún elector puede

² Hoy en día, vale aclarar que, con la sanción Ley de Ciudadanía Argentina – Ley 26.774 – se permite votar a aquellos que tengan cumplidos 16 años. La Ley prevé asimismo que entre los dieciséis (16) y los dieciocho (18) años, el voto no es obligatorio. Si bien ello no está expresamente dispuesto, se infiere de la modificación al artículo 18 del Código que en lo relativo al Registro de infractores al deber de votar, elaborado por la Cámara Nacional Electoral, considera tales a los electores mayores de 18 y menores de 70 de quienes no se tenga constancia de emisión del voto.

comparecer al recinto de la mesa exhibiendo de modo alguno la boleta del sufragio, ni formulando cualquier manifestación que importe violar tal secreto (art. 85).

Por último, es igual. Con lo que un voto vale lo mismo que otro (“un hombre, un voto”).

Por su parte, la Corte Internacional de Derechos Humanos ha resaltado la importancia de los derechos políticos y en particular, del derecho al voto, al ser los que propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político y, que a fin de garantizar la vigencia del resto de los derechos humanos previstos en la Convención, no pueden ser limitados ni recortados.³

Al hablar de la democracia y su relación con el derecho al voto, todos sabemos que nuestro sistema fue variando a lo largo del tiempo y evolucionando en distintos aspectos. Un aspecto que creo importante destacar es el que se introdujo en la reforma constitucional de 1994, en el que se agregaron nuevas formas semidirectas de participación política en materia de derechos políticos, estas son la iniciativa legislativa popular (art. 39) y la consulta popular (art. 40).

En cuanto a la iniciativa popular, el texto constitucional de la Nación en el art. 39 concede derecho para que los ciudadanos presenten proyectos de ley en la Cámara de Diputados, a los que el Congreso tiene que darles tratamiento expreso dentro de los doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No podrán ser objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

La otra forma de participación, es decir, la consulta popular, ha sido incorporada en el artículo 40 de la Constitución Nacional, estableciendo que a iniciativa de la Cámara de Diputados, el Congreso podrá someter a consulta un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada, y si el voto es afirmativo, el proyecto queda convertido en ley y la promulgación será automática. También el Congreso o incluso el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a

³ Corte IDH, caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 6 de agosto de 2008.

consulta popular no vinculante, pero en este caso el voto no será obligatorio. El mismo artículo, dispone que el Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

Claro está, que estas nuevas formas de participación política hicieron que los ciudadanos puedan estar más involucrados en la toma de decisiones políticas y así lograr afianzar más aún la democracia en el país.

3. Historia de la privación del derecho a voto de ciertos grupos sociales en Argentina.

Como sabemos, no es desde que existe la humanidad que también existe el derecho al voto; y de todas formas, cuando comenzó a existir y aún en nuestras épocas, hay ciertos grupos de personas que quedaban o aún quedan excluidos del mismo. Por lo tanto, creo necesario hacer un breve análisis de la historia en cuanto a la privación de este derecho con el fin de llegar luego a un análisis sobre la privación a un grupo en particular, como lo es el de los condenados a prisión.

Vale aclarar que, al desarrollar este punto, voy a remitirme a la bibliografía publicada por el Ministerio del Interior (2008) en su página de internet.⁴

Si volvemos atrás, al tiempo en que se sancionó nuestra Constitución Nacional en 1853, en esa época claro está, no había una ley que regule el voto del pueblo aunque si se realizaban elecciones de representantes. Pero debemos tener en cuenta, que no es sino hasta el año 1880, con la presidencia de Roca, que se va a establecer un sistema ordenado. De todas formas, la Constitución estableció entre sus normas algunas respecto a la elección de nuestros representantes y luego de dictada la Constitución, en el año 1.857 se sancionó la primera Ley Nacional de Electores (Ley 140).

Para poder sufragar, según la ley 140 los ciudadanos que deseaban ejercer su derecho cívico (y digo deseaban ya que no era obligatorio en ese momento), debían ser mayores de veintiún años, impidiendo la emisión del voto a todo aquel ciudadano de

⁴ <http://www.mininterior.gov.ar/asuntospoliticos/pdf/HistoriaElectoralArgentina.pdf>

sexo masculino que fuese sordo mudo; funcionarios eclesiásticos; y toda persona que no cumpliera con requisitos de ciudadanía.

Es importante destacar que en esa época, el voto solo podía ser emitido por personas de sexo masculino, las mujeres estaban totalmente excluidas del mismo, lo que resulta discriminatorio totalmente y fue así por mucho tiempo.

Esta Ley 140 si bien sufrió varias modificaciones, ninguna fue de relevancia significativa. Fue recién con el Presidente Roque Sáenz Peña que se creó una ley que garantizaba elecciones libres para la Argentina. Así las cosas, en el año 1.912 esta ley fue sancionada y conocida como Ley Sáenz Peña (Ley 8.871), estableciendo un voto secreto y universal, pero que seguía siendo sólo para varones aunque la edad que se requería ahora era de 18 años. En dicha ley, el artículo 2 específicamente nos señala quienes estaban excluidos del padrón electoral.

Así las cosas, el antiguo Art. 2, rezaba:

“Están excluidos del padrón electoral; 1º Por razones de incapacidad: Los dementes declarados en juicio; Los sordomudos que no sepan hacerse entender por escrito. 2º Por razón de su estado y condición: Los eclesiásticos regulares; Los soldados, cabos y sargentos del ejército permanente y armada y agentes o gendarmes de policía. Los detenidos por juez competente, mientras no recuperen su libertad; Los dementes y mendigos, mientras estén reclusos en asilos públicos y en general, todos los que se hallen asilados en hospitales públicos o estén habitualmente a cargo de congregaciones de caridad. 3º Por razón de indignidad; Los reincidentes condenados por delitos contra la propiedad, durante cinco años después de cumplida la sentencia; Los penados por falso testimonio o por delitos electorales durante cinco años; Los que hubieran sido declarados por autoridad competente, incapaces de desempeñar funciones políticas; Los quebrados fraudulentos hasta su rehabilitación; Los que hubiesen sido privados de tutela o curatela, por defraudación de los bienes del menor o del incapaz, mientras no restituyen lo adecuado; Todos aquellos que se hallen bajo la vigencia de una pena temporal, hasta que está cumplida; Aquellos que hubiesen eludido las leyes sobre el servicio militar, hasta que hayan cumplido la pena que les corresponde; Los que hubiesen sido excluidos del ejército con pena de degradación o por deserción, hasta diez años después de la condena; Los deudores por apropiación o defraudación de caudales públicos, mientras no satisfagan su deuda; Los dueños y gerentes de prostíbulos.”

Esta ley perduró por muchos años, aunque no siempre con la misma incidencia práctica, ya que hubo tiempos en los que, aunque en la teoría existía, no se aplicaba en razón de los sucesivos gobiernos de facto que sufrió el país, tema que será ampliado en el Capítulo III de la presente tesis.

Fue con el gobierno de Perón que se sancionó en el Senado una nueva ley que confería a la mujer los mismos derechos y obligaciones que al hombre, entre los derechos incluía, lógicamente derechos políticos, como sería el derecho al voto. La ley, sancionada en el año 1.947, fue conocida como Ley Evita (Ley 13.010), en honor a Eva Duarte de Perón, quien era en ese momento la Primera Dama y una luchadora incansable por los derechos de la mujer y los más desprotegidos.

Es algo notorio que la privación del voto a ciertos grupos sociales ha ido disminuyendo, y que si bien con el correr de los años varios sectores han sido incluidos en el padrón, lo cierto es que hay uno en particular y es el que aquí nos interesa -el de los condenados a prisión- que no ha sido incorporado.

Tal como han sostenido Leonardo Filippini y Felicitas Rossi (2012), podemos decir que:

La prohibición de sufragar que pesa sobre las personas condenadas es un trato discriminatorio ya que no existe base objetiva alguna que justifique el recorte de derechos que sufren con respecto al resto de los ciudadanos. Las disposiciones cuestionadas del CEN y del CP afectan el principio de igualdad (arts. 16 CN, 1.1 y 24 CADH y 2.1 y 26 PIDCYP, 7 DUDH). El criterio que determina la restricción al derecho a sufragar de una clase de individuos es arbitrario y anacrónico (...).
(p. 202)

Justamente el presente trabajo de investigación trata de dilucidar y objetar las razones justificatorias que se han dado para privar del derecho al voto a cierto grupo en nuestro país.

4. Historia de la privación del sufragio en el derecho comparado.

Al igual que en Argentina, la privación del sufragio a los condenados a prisión subsiste en varios países del mundo por lo que me parece el momento indicado para explayarme en ese sentido, siguiendo en este punto a Dhami (2009).

Claro está que no en todos los países la privación se aplica de la misma manera y así, existen países que prohíben directamente votar a los presos y otros en los que la prohibición alcanza a determinados grupos de presos. Por ejemplo, en Australia los condenados a más de 5 años no pueden votar, mientras que en China es para los condenados a muerte tal prohibición. Incluso hay países, como Finlandia, que prohíben votar a los presos por algún tiempo después de finalizado su encarcelamiento; también hay políticas aún más restrictivas en algunos estados de los Estados Unidos que privan del derecho a voto permanentemente a los criminales.

Ahora bien, creo necesario hacer una breve reseña de ciertos países en torno al tema en cuestión. En el caso de Estados Unidos, es la legislación de cada Estado la que determina si una persona con condena por un crimen tiene derecho o no a votar, sea en elecciones estatales o federales. En 1974 la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó el derecho de los Estados a prohibir que los criminales votaran en *Richardson v. Ramirez*. Si bien las leyes de privación han variado a lo largo del tiempo, en algunos casos estos cambios han sido restrictivos. Por ejemplo, en Massachusetts se eliminó el derecho de voto a los criminales encarcelados que anteriormente tenían, y Kansas ahora también prohíbe la votación a criminales bajo probation. Si bien estos son algunos ejemplos de restricciones cada vez más severas, también hay un importante movimiento de reforma con el objeto de restablecer el derecho a voto o bien expandirlo. Podemos mencionar, por ejemplo, a Connecticut que ahora permite votar a criminales bajo probation, Nebraska sustituyó la prohibición de votar de por vida por una prohibición de 2 años después de cumplida la condena, y Nuevo México ha restaurado el derecho a voto a los criminales que finalizaron su condena.

En los países europeos, siguiendo a Filippini, Rossi, Amette y otro (2012) el sistema tiende a ir eliminando la prohibición al sufragio a los condenados. Así, en España, por ejemplo, si bien no pueden votar quienes se encuentren cumpliendo como pena principal o accesoria una pena de privación o suspensión del derecho de sufragio impuesta por sentencia firme; aquellos que no se encuentren afectados por dicha imposibilidad sí podrán hacerlo siempre y cuando figuren inscriptos en el censo. En el

caso de Francia, se prevé el voto de los detenidos en forma provisoria y de condenados a penas que no traigan aparejada una incapacidad electoral.

Reflexiones finales

Tal como fue desarrollado, en este Capítulo introductorio, intenté consolidar los conceptos que serán claves a lo largo de todo el trabajo, para poder dotar de fundamentos el cuestionamiento planteado en torno a la inconstitucionalidad de la privación del voto a los condenados a prisión.

Lógicamente, al hablar de derechos civiles y políticos, lo hago con el fin de referirme particularmente al derecho al voto ya que es el que considero vulnerado, precisamente en su carácter de universal, al excluir a los condenados a prisión del mismo.

Creo que quedó soslayada la implicancia constitucional que tienen los derechos civiles y políticos, promoviendo el valor tanto de la dignidad humana como el de la libertad. A su vez, el derecho a voto tiene una inminente relación con la democracia y la participación política, por lo que si se veda su ejercicio se menoscaba el sistema democrático y el pluralismo político.

Por último, creí también oportuno hacer una breve reseña histórica acerca de la privación del voto a distintos grupos sociales, tanto en Argentina como en el derecho comparado, con el fin de demostrar así que la privación siempre existió, aunque poco a poco fueron disminuyendo las exclusiones. Ello sirve para poder continuar en el próximo Capítulo, con un análisis crítico de la legislación que existe referida al tema en cuestión.

CAPITULO SEGUNDO

Análisis normativo de la privación del derecho a voto a los condenados a prisión.

Introducción

La cuestión que plantea nuestro problema de investigación es una temática que, a pesar de tener mucha relevancia tanto jurídica como social, no es de las más comunes y conocidas por la sociedad en general.

Es por ello que me pareció interesante dedicar mi tesis a la misma, y a fin de lograr un análisis detallado, es necesario indagar todo aquello que pueda aportar información para llegar a una conclusión fundamentada.

Así, en el presente Capítulo realizaré un exhaustivo análisis de nuestra legislación en materia electoral, particularmente sobre el Código Electoral Nacional (art. 3) y el Código Penal (art. 12 y 19).

Por otro lado, serán analizados los distintos artículos de nuestra Carta Magna Nacional en los que se ve garantizado el derecho al voto con sus caracteres y notas tipificantes. Claro está que, en cuanto a legislación, no es nuestra Constitución la única en la que este derecho se ve plasmado y es por eso que voy a explayarme también sobre instrumentos internacionales que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22).

Se buscará presentar la normativa a la luz de una mirada crítica emergente y consonante con los objetivos específicos que detenta la presente investigación, lo que excederá la mera recolección legislativa buscando enfocarse principalmente en los argumentos en pro o en contra de la legislación.

1. Privación del derecho al voto. Un comentario al Código Electoral Nacional.

Previo al análisis de la normativa, creo conveniente conceptualizar los sistemas electorales, los que definidos por Ossorio (2008, p. 894) son *“los diversos procedimientos que pueden ponerse en práctica para la elección de quienes hayan de desempeñar determinados cargos públicos; de modo muy concreto, los de diputados, senadores, presidente y vicepresidente de la Nación”*.

Con respecto a nuestro país, hoy en día, el derecho electoral argentino se rige por el Código Electoral Nacional (Ley 19.945, creado en el año 1.972) -en adelante CEN- que instrumenta tanto órganos jurisdiccionales (justicia electoral) como también el

procedimiento electoral. Junto con esta normativa electoral, tal como se explica en la web⁵ existe también la Cámara Nacional Electoral (creada en 1.962), que integra el Poder Judicial de la Nación y es la autoridad superior de aplicación de la legislación político-electoral. Dicha Cámara tiene facultades reglamentarias, operativas y de fiscalización del Registro Nacional de Electores, además de las funciones propias de cualquier tribunal de justicia; la jurisprudencia emitida por la misma es obligatoria para todos los jueces de primera instancia y las juntas electorales nacionales.

En cuanto a lo que nos atañe en el presente trabajo, el CEN da una descripción en el artículo 3 de aquellos quienes están excluidos del padrón electoral:

“Artículo 3º- Quiénes están excluidos. Están excluidos del padrón electoral: a) Los dementes declarados tales en juicio; Los dementes declarados tales en juicio y aquellos que, aun cuando no lo hubieran sido, se encuentren recluidos en establecimientos públicos; b) Derogado; c) Derogado; d) Derogado; e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena; f) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis; g) Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción; h) Derogado; i) Los declarados rebeldes en causa penal, hasta que cese la rebeldía o se opere la prescripción; j) Derogado; k) Derogado; l) Los inhabilitados según disposiciones de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos; m) Los que en virtud de otras prescripciones legales y reglamentarias quedaren inhabilitados para el ejercicio de los derechos políticos.”

Así, como vemos, si bien actualmente han sido derogados varios incisos del artículo en cuestión, hay otros que aún se mantienen por lo que creo oportuno hacer una mención de aquellos sujetos que se encontraban excluidos y hoy ya no lo están. Entre estos encontramos: el inciso b) referido a los sordomudos que no sepan hacerse entender por escrito; el inciso c) de los soldados conscriptos de las Fuerzas Armadas y los agentes, gendarmes, marineros o sus equivalentes de las Fuerzas de Seguridad de la Nación y las provincias, como así también los alumnos de institutos de reclutamiento de todas esas fuerzas, tanto en el orden nacional como provincial; el inciso d) sobre los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad; el inciso h) de los infractores

⁵ http://www.electoral.gov.ar/cne_competencia.php#competencia

a las leyes del servicio militar, hasta que hayan cumplido con el recargo que las disposiciones vigentes establecen; el inciso j) de aquellos que registren tres sobreseimientos provisionales por delitos que merezcan pena privativa de libertad superior a tres años, por igual plazo a computar desde el último sobreseimiento; el inciso k) referido a aquellos que registren tres sobreseimientos provisionales por el delito previsto en el art. 17 de la Ley 12.331, por cinco años contados desde el último sobreseimiento.

Por otro lado, aquellos que se mantienen merecen un breve desarrollo. Entre estos se encuentran: el inciso a) que refiere a los dementes declarados tales en juicio; el inciso e) referido a los condenados a prisión por delitos dolosos; el inciso f) de los condenados por faltas previstas en leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos; el inciso g) de los sancionados por la infracción de deserción calificada; el inciso i) referido a los declarados rebeldes en causa penal; el l) de los inhabilitados por la Ley Orgánica de Partidos Políticos; y por último el inciso m) que refiere a inhabilitados en virtud de otras leyes.

Considerando la necesidad de ser clara al momento de comentar el art. 3, me centraré en indagar sobre las exclusiones realizadas a los condenados por delitos a pena privativa de libertad, y por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena, siendo que explayarse sobre cada inciso que quita del padrón electoral a un grupo social excedería ampliamente el objeto de la presente tesis.

Más allá de eso, creo pertinente analizar ciertos apartados con el fin de indagar sobre situaciones que pudieran tener argumentos análogos a los que en esta tesis se detallarán. Por empezar, el inciso f) se refiere a los condenados por faltas previstas en leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos; voy a referirme al significado que se le da a este tipo de prácticas. Por juegos prohibidos, se entiende aquellos que son vedados por la ley o la autoridad competente, en uso de sus facultades reglamentarias. Esta prohibición, se refiere especialmente a aquellos juegos de suerte o azar, ya que los mismos requieren menor esfuerzo físico o mental y además revelan mayor codicia por carecer de efectos civiles, principalmente el no estar obligados a pagar si se pierde.

Se estaría considerando que aquel que es sancionado por un juego prohibido carecería de cierto paradigma ético para poder decidir cuestiones políticas. Siguiendo la línea de esta investigación, en este inciso podrían aplicarse analógicamente

los argumentos esbozados a la hora de analizar la situación de los condenados a prisión. A mi criterio importaría una restricción indebida, que en nada tiene que ver con la pérdida del derecho electoral a quien sea responsable de este tipo de faltas.

En cuanto al inciso i) que habla de los declarados rebeldes en causa penal, y siguiendo a Ossorio (2008), nos referimos a que ésta afecta al procesado que no comparece a una citación o llamamiento judicial, al que se fugue estando preso, o al que no comparece estando en libertad condicional. Este tipo de rebeldía, si bien no obsta que el proceso siga su curso, paraliza la elevación de la causa a juicio hasta que el rebelde se presente por su propia voluntad o bien sea aprehendido. También podría analizarse la constitucionalidad en este caso siguiendo el mismo criterio que el utilizado para el inciso anterior.

No podemos dejar de mencionar también, que en cuanto a la categoría de procesados, hubo un cambio en la legislación debido a que los mismos, con la Ley 25.858, ahora tienen la posibilidad de ejercer el sufragio, dicho cambio se ve plasmado en el nuevo art. 3 bis del CEN que reza:

“Artículo 3° bis.- Los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos electorarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos.

A tal fin la Cámara Nacional Electoral confeccionará el Registro de Electores Privados de Libertad, que contendrá los datos de los procesados que se encuentren alojados en esos establecimientos de acuerdo con la información que deberán remitir los jueces competentes; asimismo habilitará mesas de votación en cada uno de los establecimientos de detención y designará a sus autoridades.

Los procesados que se encuentren en un distrito electoral diferente al que le corresponda podrán votar en el establecimiento en que se encuentren alojados y sus votos se adjudicarán al Distrito en el que estén empadronados.”

Así las cosas, se presenta una diferencia significativa entre procesados y condenados, sosteniendo que por el principio de inocencia consagrado constitucionalmente, no estaría justificado excluir del padrón electoral a los ciudadanos procesados por no contar con sentencia condenatoria.

2. Privación del derecho al voto. Un comentario del Código Penal Argentino.

Al hablar de la privación al derecho a voto a los condenados a prisión, nos referimos a una pena impuesta a determinado sujeto, es decir, a una consecuencia jurídica, por lo que creo conveniente en este punto hacer hincapié en algunos conceptos importantes.

Lascano (2005, p. 648) define a la pena desde un punto de vista formal como *“el mal con el que amenaza el derecho penal para el caso en que se realice una conducta considerada como delito”*. Al definirla de esta manera, podríamos inferir en que conceptualmente es un castigo, pero esto no significa que su última función sea la retribución.

Ahora bien, solemos escuchar hablar de cierta pena como principal o accesoria, por lo que voy a conceptualizar, siguiendo a Lascano (2005), ambos tipos para entender de qué tipo de pena estaríamos hablando respecto a la privación del voto a los condenados a prisión.

En cuanto a una pena principal, el autor la describe como aquella que se aplica autónomamente, por si sola y sin depender de la aplicación de otro tipo de pena. El Código Penal en su artículo 5 las enumera en orden de gravedad decreciente:

“ARTICULO 5º.- Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.”

Si hablamos de una pena como accesoria, nos referimos, como dice el autor, a que la misma está subordinada a la imposición de una pena principal, es decir, es inherente a la misma y es por ello que se suele considerar que no es necesaria su expresa imposición en una sentencia. Son puestas como ejemplos de este tipo de penas, la inhabilitación absoluta impuesta por el artículo 12 1er párrafo, el decomiso del artículo 23, entre otras.

Dicho de esta manera, podemos inferir en que la privación a la que me refiero en este trabajo, sería en teoría una pena accesoria a una principal de reclusión o prisión. Creo en este punto necesario hacer un análisis de los artículos del Código Penal referidos a dicha privación:

“ARTICULO 12.- La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.”

Tal como comenta D’Alessio (2005) las privaciones a que refiere este artículo, operan automáticamente sólo para aquellos casos en que la condena impuesta sea superior a tres años de pena privativa de libertad. Esta norma contiene dos tipos de inhabilitaciones diferentes; por un lado, la pena accesoria de inhabilitación absoluta (art. 19 Código Penal) y por el otro, se enumeran algunas incapacidades civiles.

En cuanto a la duración, ambas se imponen por el tiempo que dure la condena, pero, como remarca el autor, la inhabilitación absoluta puede durar hasta tres años más si el tribunal así lo resuelve.

“ARTICULO 19.- La inhabilitación absoluta importa: 1º. La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular; 2º. La privación del derecho electoral; 3º. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas; 4º. La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión.

El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas.”

Este artículo se refiere, como nos dice D’Alessio (2005) a la inhabilitación absoluta. Esta pena se impone siempre como pena principal, salvo aquellos casos en que es accesoria, esto es, cuando la ley indique que es aplicada en virtud del art. 12 del Código Penal.

En cuanto a la duración de la misma, el autor describe que el máximo de la pena será de veinte años (art. 275 Código Penal) en aquellos casos en que no es perpetua, y en cuanto al mínimo, es de seis meses (arts. 248 bis y 274 Código Penal), monto que podría disminuir en caso de tentativa.

Como se ve en el artículo transcrito, se enumera aquello que importa una inhabilitación absoluta, lógico es que como menciona el primero inciso, si una persona está en prisión sea privada del empleo o cargo público que ejercía. En cuanto al segundo inciso, a mi parecer no sería lógico que se prive al penado del derecho electoral, salvo en casos en que el delito cometido tenga que ver con este derecho, pero es un punto en el que nos detendremos más adelante. Con respecto al tercer inciso, mientras dure la inhabilitación, el penado no podrá obtener cargos empleos o comisiones públicas. Por último, el cuarto inciso, se refiere a la suspensión de aquello que el penado perciba, sea pensión, jubilación o retiro, civil o militar. El mismo artículo nos dice quién podrá recibir ese importa, es decir aquellos parientes que tengan derecho a pensión. Puede disponer además el tribunal, que sea percibido por la víctima o quien pueda hacerlo en su nombre hasta la mitad del importe o bien en su totalidad cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, claro está que en estos casos el importe será hasta lograr el monto de las indemnizaciones fijadas judicialmente.

Poniendo en comparación el articulado del CEN con el del Código Penal, podemos ver que los condenados a prisión, que son a quienes refiero en esta tesis, están directamente excluidos del padrón electoral por lo que están privados de ejercer el derecho al voto aun cuando el delito en que hayan incurrido nada tenga que ver con el derecho electoral. Pero no solo inferimos en que están vedados de este derecho, sino que el tribunal al momento de dictar sentencia puede incluso ampliar la inhabilitación por tres años más después de la condena, por lo que el penado – aun habiendo ya cumplido la condena – seguiría inhabilitado. Cabría preguntarnos si es arbitraria esta facultad que disponen los jueces e incluso si realmente estamos hablando de una pena accesoria o pasaría ya a ser una pena principal, lo que no es objeto del presente trabajo.

Por su parte, cabe mencionar que mientras el Código Electoral refiere a que la privación se llevaría a cabo sólo en los delitos dolosos, mientras que el Código Penal en cambio consagra que todo delito penado con reclusión o prisión por más de tres años, sin importar si es doloso o culposo, lleva implícita una inhabilitación absoluta. Y, el artículo 19 sostiene que la inhabilitación absoluta importa la privación del derecho electoral. Es así como, el Código Penal, ha ampliado la privación haciendo caer en ella a todo recluso de más de tres años. En la práctica, se veda el ejercicio según los criterios de este último. Igualmente, si se diera el caso en el que un delito doloso, aunque penado con

menos de tres años de prisión, según el Código Electoral podría también ser inhabilitado por el tiempo de la condena.

Así las cosas, ambas normativas pueden generar confusiones en algunos ámbitos y casos de aplicación.

3. Constitución Nacional y su garantía al derecho al voto.

Habiendo ya plasmado como se encuentra privado al condenado a prisión del derecho al voto, analizar las distintas formas en las que se encuentra garantizado en nuestra Carta Magna Nacional. Así, podemos ver que el derecho al voto está consagrado en el artículo 37, que en textuales palabras dice:

“Artículo 37: Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia, el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.

La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

Tal como nos dice Orihuela (2008), el derecho a voto es la base del sistema democrático argentino, lo que nos lleva a analizar los elementos que constituyen a la democracia desde la teoría política, destacando las características constitutivas de un régimen como tal. Si intentáramos definir democracia, caemos en el tópico común de sostener que es *“el gobierno del pueblo, para el pueblo”*. Pero necesitamos precisar los elementos conceptuales emergentes de tal definición, a fin de no reiterar una definición vacía, sino concretar la democracia como praxis. Por lo que analizar estos elementos en teoría política nos ayudará a restablecer la vigencia de una participación democrática plena de todos los ciudadanos del país.

Vale destacar, que en adelante para comentar los artículos citados de la Constitución Nacional, utilizaré los comentarios que ha efectuado Andrea Orihuela (2008), sirviéndome de un marco teórico y didáctico especial para dilucidar el sentido y alcance de la Constitución.

En primer lugar, y como elemento conceptual, podemos hablar de la necesidad de contar con la vigencia del orden institucional, el cual se encuentra consagrado en el artículo 36 de la Constitución Nacional, a saber:

“Artículo 36.- Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.”.

Este artículo, tal como comenta Orihuela (2008) nos dice que la Constitución nunca puede dejar de aplicarse⁶ y, por ende, el pueblo tiene derecho de resistencia contra quienes ejecuten actos de fuerza contra la Constitución.

Como dice la autora, se distinguen dos clases de delitos que llevan consigo el castigo de prisión perpetua, además de la inhabilitación absoluta; por un lado, ser autor de un golpe de estado, y por el otro usurpar cargos públicos durante gobiernos de fuerza.

⁶ Haciendo referencia a aquellas épocas en las que por los diferentes golpes de Estado sufridos en el país la Constitución ha sido dejada de lado totalmente por los militares que en ese momento tomaron el poder.

Cabe destacar si bien el artículo lo menciona, que las acciones para este tipo de delitos son imprescriptibles y pueden ser ejercidas por cualquier ciudadano.

La citada norma en su último párrafo habla sobre el ilícito de corrupción, aquella actitud grave contra el Estado que consiste en enriquecerse mediante el soborno dado por medio de dádivas para realizar el delito de cohecho.

En segundo lugar, en cuanto a los elementos necesarios, hay que conceptualizar los derechos políticos reconociendo su alcance, estos aparecen en la Constitución Nacional en el artículo 37, transcripto anteriormente. Dicho artículo implica que estos derechos dejan de ser implícitos y por lo tanto obtienen rango constitucional en la reforma del año 1994.

Al hablar de derechos políticos, Orihuela (2008) los define como:

Aquellos que tienen sólo los ciudadanos y que consisten en participar en todo lo que tenga que ver con el Estado: ya sea votando a quienes van a gobernar (o ejerciendo las llamadas formas de democracia semidirecta – iniciativa popular, referendium, etc.) o presentándose como candidato para gobernar el país: es decir, votando o siendo votado. (p. 84)

El artículo nos da los caracteres del voto que, con el fin de no ser reiterativa, me remito a lo expuesto en el Capítulo I de la presente tesis.

También habla de igualdad en el voto. Aquí es necesario detenerse para profundizar que es lo que implica ésta, remitiéndonos a la exclusión que han sufrido grupos sociales en la historia de nuestro país. Como sabemos, entre varones y mujeres antes no existía la paridad consagrada en este artículo, ya que las mujeres no gozaban de derechos políticos. Aunque debieran considerarse absolutos, pareciera que estos son un privilegio, ya que en distintos momentos históricos se ha privado del derecho a voto a diversos grupos, así como se analiza en el presente trabajo, a los condenados a prisión.

Si se pensara que el derecho a voto es un privilegio, alguien podría sostener que el sufragio debiera ser calificado, definiéndolo Ossorio (2008, p. 993) como “*el que se restringe, para darles mayor valor a los votantes, por determinadas cualidades, que suelen configurar no ser analfabeto, pagar cierta contribución, ser casado o tener hijos, por el mayor peso social que a tales circunstancias se les atribuye.*”

Lo que con esto lograríamos es simplemente una suposición de que el voto de aquellas personas de mayor nivel social sería más acertado que el resto. Al comparar el voto calificado, podemos ver que es la contrapartida al sufragio universal que tenemos hoy en día, por lo que pensar que el voto podría ser calificado sería retroceder en cuanto a la democracia y el avance que existe hoy en nuestro país.

En tercer lugar, y continuando el análisis sobre los elementos, en cuanto a los partidos políticos, nos remitimos al artículo 38 que reza:

“Artículo 38.- Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático.

Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.

El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes.

Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio”.

Tal como los define Bidart Campos (2008) un partido político:

Es un sujeto auxiliar del Estado (o del poder) que posee naturaleza jurídica de derecho público no estatal. En la estructura de un partido hay un conjunto de personas con calidad de afiliados; una ideología política que plasma en el programa y la plataforma partidarias; un fin político genérico que consiste en gravitar políticamente conforme al proyecto recién mencionado, y que de modo inmediato se endereza, muchas veces a la conquista o retención del poder. (p. 179)

Ahora bien, como dice el autor, el artículo define a los partidos políticos como “*instituciones fundamentales del sistema democrático*” y junto a ello nos da ciertas pautas de los mismos, como la creación y ejercicio libre de cada partido junto con las garantías que la Constitución misma les da (tanto sea postular candidatos para cargos públicos electivos como también el acceso a información pública y difusión de ideas); incluso menciona el artículo que el Estado debe contribuir al sostenimiento económico y

capacitación de sus dirigentes, bajo el fundamento de que realizan una actividad de carácter público, y los partidos deben hacer público el origen y destino de sus fondos.

Todas estas características que nos da el texto de la norma, son siempre dentro del marco de respeto a la Constitución como ley suprema y va a ser el Congreso quien dicte las leyes reguladoras de los partidos políticos.

En base a lo mencionado, Bidart Campos (2008, p. 182) concluye diciendo *“debe haber partidos, y es la sociedad la que depara el ámbito de su creación y funcionamiento libre y democrático.”*

En cuarto lugar, y como último elemento, nos referimos a la participación ciudadana. En este sentido, nos basaremos en los artículos 39 y 40 de nuestra Carta Magna.

“Artículo 39.- Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal”.

“Artículo 40.- El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.

El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular”.

Ambos artículos fueron transcritos a modo de recordarlos, ya que el análisis de los mismos fue realizado en el Capítulo I de esta tesis.

Finalizando, creo haber conseguido dar inicio a un cabal entendimiento sobre sistema democrático. Pero ello será abordado en profundidad en el próximo Capítulo del presente trabajo.

4. Pactos Internacionales ratificados por la Constitución donde se garantiza el derecho a voto.

El derecho en cuestión, además de estar garantizado en nuestra Constitución, también lo está en Pactos Internacionales, claro está que esto ocurre luego de la reforma constitucional de 1.994 en la que a los mismos se les da jerarquía constitucional.

Siguiendo a Bidart Campos (2008), los tratados internacionales están incorporados, después de la reforma, en el art. 75 inc. 22⁷ e inc. 24. El primero, que es el que aquí nos interesa, enumera once instrumentos internacionales de derechos humanos a los que asigna jerarquía constitucional, y prevé además como facultad del congreso la de añadir otros posteriormente⁸.

⁷ “Artículo 75: Corresponde al Congreso:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

⁸ Ya se ha otorgado jerarquía constitucional a otros tres tratados internacionales que no están detallados en el artículo, ellos son: 1) Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, 2) Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, y 3) Convención sobre los derechos de personas con discapacidad.

Destaca el autor que *“los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional no están incorporados a la Constitución, pero se ubican a su mismo nivel en el bloque de constitucionalidad federal”*. (p. 227)

Y continúa:

Cuando en la misma cláusula se consigna que estos instrumentos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que son complementarios, hemos de dar por seguro que: a) se articulan en el sistema de derechos sin que ni aquellos instrumentos ni la Constitución cancelen normas entre sí; y ello porque b) la complementariedad que al sistema de derechos contenido en la Constitución se le añade a causa de los instrumentos internacionales que tienen su misma jerarquía, exige que los derechos de la Constitución y los derechos de los instrumentos internacionales se sumen y se realimenten recíprocamente. (p. 227)

Al hablar de esta jerarquía⁹, nos referimos al orden de prelación en que existe entre las normas en nuestro país y en ese orden, aquellos pactos que hayan sido ratificados por la Constitución Nacional de acuerdo con el artículo 75 inciso 22 de la misma, tendrán igual jerarquía.

Por lo tanto, el bloque constitucional, que es definido por Sagüés (2007, p. 82) como *“el conjunto de reglas de naturaleza constitucional con y sin supremacía, primarias o secundarias, formales o informales”*, queda conformado por tres niveles divididos de la siguiente manera:

- Primer Nivel: Constitución Nacional (primera y segunda parte) e Instrumentos Internacionales con jerarquía constitucional.
- Segundo Nivel: Tratados Internacionales y Concordatos sin jerarquía constitucional.
- Tercer Nivel: Leyes Nacionales.

Habiendo dejado en claro cómo es que estos tratados adquieren jerarquía constitucional y en qué lugar del bloque están situados, me parece ahora importante

⁹ *“Artículo 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”*

destacar algunos de los Pactos Internacionales. Por un lado, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reconoce el derecho al voto para todos los ciudadanos en el artículo 25:

“Artículo 25. - Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el art. 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

Este artículo, tal como lo comenta la COPREDEH¹⁰ (2011), da una clara descripción de los derechos políticos que gozan los ciudadanos de un Estado por tener la calidad de tal. El derecho a la participación política sea de forma activa o pasiva se relaciona con el derecho que cada pueblo tiene de poder elegir su forma de gobierno y como lo dice el texto transcrito, no se admite ningún tipo de restricciones indebidas aunque, más allá de ello, si son admitidas restricciones legítimas como lo sería la edad para desempeñar cargos públicos o para votar.¹¹

Al hablar de restricciones indebidas, se hace referencia a aquellas que no serían legítimas y llevarían a ser tomadas incluso discriminatorias, por ejemplo podría decirse que una restricción de este tipo sería no por la edad sino por la clase social en que se encuentra determinada persona, esto implica que ya no se tiene en cuenta al momento de ejercer el derecho electoral la calidad de ciudadano sino otros parámetros que no serían legítimos. De igual manera, podríamos decir que la privación del voto a los condenados a prisión también sería un tipo de restricción indebida, cuestión que será analizada en el Capítulo Cuarto de la presente tesis.

En esta línea de pensamiento, y sustentando lo dicho, contamos con el artículo 2.1 del mismo Pacto que reza:

“Artículo 2º. - 1. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su

¹⁰ Abreviatura para significar a la Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos.

¹¹http://www.planv.com.ec/sites/default/files/pacto_internacional_de_derechos_civile_y_politicos_versio_n_comentada.pdf

territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición social.”

Por otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos, también llamada “Pacto de San José de Costa Rica”, en su artículo 23 nos dice:

“Artículo 23. Derechos políticos. 1°. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2°. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

El artículo transcrito, describe no solo aquellos derechos y oportunidades que deben tener todos los ciudadanos, dando nociones de igualdad entre ellos, sino también y como es lógico que así sea, nos dice que debe haber leyes que reglamenten el ejercicio de estos derechos y oportunidades para lograr así un orden social que no tendría si dichas normas no existieran. A modo de no ser reiterativa, remito a la lectura del Capítulo I donde se ejemplifica la regulación del ejercicio de estos derechos.

Otro de los instrumentos internacionales que regulan el derecho al voto, es la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 21 dispone:

“Artículo 21: 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.”

En el mencionado artículo, nos adentramos en el tema de la participación ciudadana en el gobierno y el acceso a funciones públicas por los ciudadanos. Como es ya sabido, es mediante la voluntad del pueblo, a través del sufragio, que toda persona puede acceder a estos cargos, siempre que se respeten las garantías del voto que fueron analizadas en el Capítulo I del presente trabajo.

Por último, y con el fin de no extenderme demasiado sino sólo ejemplificar, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 20 también nos da una pauta del derecho al voto:

“Artículo 20: Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.”

En este último artículo también nos habla de la participación ciudadana en el gobierno, ya sea de forma activa (eligiendo a quienes accederán a cargos públicos) o pasiva (postulándose para acceder a los mismos), pero siempre recalcando la importancia de las elecciones populares y las características que el sufragio debe tener.

Si observamos todos los ejemplos citados, podemos notar que en todos estos instrumentos el derecho a voto existe y está plasmado para los ciudadanos. Claro está que si bien es un derecho que estos tienen por su calidad, hay ciertas restricciones que son válidas e incluso necesarias a fin de lograr un sistema organizado. Esto no quiere decir que todas las restricciones impuestas al derecho en cuestión sean válidas, de hecho no lo son.

Reflexiones finales

Luego del análisis de todo el material, tal como lo expuse en la introducción de este Capítulo, podemos ver que si bien son varios los instrumentos que dotan al derecho electoral de garantías para todos los ciudadanos, también es de notar que la privación al voto a los condenados a prisión existe y es real ya que los mismos están excluidos del padrón electoral.

Poniendo en comparación el articulado del CEN con el del Código Penal, podemos ver que los condenados a prisión, que son a quienes refiero esta tesis, están directamente excluidos del padrón electoral (art. 3 inc. e CEN) y por ende privados de ejercer el derecho al voto, sin importar que tipo de delito hayan cometido. Esta privación ocurre aún en ilícitos que nada tengan que ver con el derecho electoral.

Algo que es importante destacar con respecto a la legislación en materia penal, es que al imponerse a determinada persona una pena de prisión, la misma conlleva la inhabilitación de ejercer el derecho electoral por el tiempo que dure esa condena. No sólo eso, sino también permite al Tribunal, en el momento de dictar sentencia, incluso ampliar esa inhabilitación por tres años más después de la condena, con lo que el penado – aun habiendo cumplido su condena – seguiría inhabilitado.

Cabe destacar que, la (in)constitucionalidad cuestionada refiere a la categoría de los condenados, diferenciándose estos de aquellos que se encuentran procesados, a la espera de un juicio que determine su condena o no, ya que los sujetos procesados hoy en día tienen la posibilidad de ejercer el derecho al voto dentro del establecimiento penitenciario en el que se encuentran (Ley 25858).

Para finalizar, puse de manifiesto cómo se encuentra garantizado el derecho electoral en nuestra Carta Magna Nacional y también en los numerosos instrumentos internacionales incluidos en el art. 75 inc. 22.

Todo lo desarrollado en el presente Capítulo nos sirve como base para indagar lo que a continuación se planteará respecto a esta privación hecha a los condenados y su implicancia en torno a los conceptos de democracia, igualdad ante la ley y participación política.

CAPITULO TERCERO

Democracia y participación política.

Introducción

Una vez analizada toda la legislación referida al tema en cuestión, vale decir, la privación del voto a los condenados a prisión, pasaremos ahora a analizar las nociones de democracia y participación política, inclinándonos hacia la respuesta a la hipótesis del presente trabajo de investigación.

La participación política tiene una directa relación con el sistema democrático. Votar es una forma, sino la más explícita, de participar políticamente. Y, hablar de democracia, es defender la participación ciudadana en la toma de decisiones políticas de un territorio organizado.

Así las cosas, en el presente Capítulo abordaré el concepto de democracia, con la finalidad de relacionar la afectación del derecho a voto y su posible vulneración al sistema democrático. Considero necesario relacionar este concepto con otros como son los *límites* que la misma democracia tiene. En este sentido, analizaré los valores defendidos por el sistema democrático, tales como la igualdad; nos implicaremos en la discusión en torno a la democracia deliberativa; y la llamada “regla de la mayoría”, sus implicancias y límites, a fin de comprender acabadamente la discusión en torno a cómo es que funciona el sistema democrático.

Todo ello, en pos de indagar porqué podría verse vulnerado el sistema democrático al excluir a los condenados del derecho al voto.

Es de suma importancia que queden claros estos conceptos para poder, en el próximo y último Capítulo, analizar críticamente los distintos tipos de argumentos que se esgrimen en pro o en contra de la legislación.

1. Participación política y sistema democrático.

La participación ciudadana en la toma de decisiones políticas está íntimamente relacionada al concepto de democracia. Desde un punto de vista normativo, se plantean serias discusiones en cuanto al significado de la participación política y su implicancia con el ideal de sistema democrático.

Como señala Sabucedo (1996) la democracia es una forma de gobierno donde el pueblo, a diferencia de lo que ocurre en una monarquía, tiene poder. Por lo que sin entrar en un debate acerca de los conceptos democracia y participación política, si deben definirse.

Define Sabucedo (1996, p. 89) a la participación política como *“aquellas acciones intencionales, legales o no, desarrolladas por individuos y grupos con el objetivo de apoyar o cuestionar a cualquiera de los distintos elementos que configuran el ámbito de lo político: toma de decisiones, autoridades y estructuras.”*

Teniendo ya una idea de lo que significa hablar de participación política, es posible ahora desarrollar las distintas modalidades que la misma tiene.

Lógicamente, nos dice el autor, lo primero que se piensa al hablar de modos de participación política, es la participación electoral, ya que es la forma más habitual de incidir políticamente en sociedades democráticas. Pero, en realidad, el voto no es la única forma de participación que existe, y desconocer este hecho sería restringir y distorsionar el ámbito de la acción política.

No es mi intención plantear una discusión acerca de aquello que diferentes autores toman como participación pero, en lo que es objeto de análisis del presente trabajo, me centraré en un estudio realizado por Sabucedo y Arce (1991) en el que tratan de identificar las principales modalidades de actividad política.

En dicha investigación se pidió a los sujetos que señalen la proximidad que ellos percibían entre diferentes modos de participación. Se les presentó una lista con los más variados estímulos, votar, acudir a mítines, convencer a otros para votar como uno, enviar cartas a la prensa, manifestaciones autorizadas, violencia armada, daños a la propiedad privada, ocupación de edificios y cortes de tráfico, entre otras. Claro está que la lista era muy variada, incluyendo tanto actividades legales como ilegales.

Obtenidos los resultados, los autores apuestan por la existencia de cuatro tipos de participación política claramente diferenciados:

Un primer grupo incluiría conductas que están muy vinculadas a las campañas electorales, donde el sujeto puede ser agente de influencia (convencer a otros para votar como uno) o el objeto de la misma (acudir a mítines).

El segundo grupo está formado por un conjunto de actividades que tienen en común el hecho de que son acciones que están dentro de la legalidad vigente y tratan de incidir en acontecimientos político-sociales. Incluye conductas como votar, enviar escritos a la prensa y manifestaciones y huelgas autorizadas.

Un tercer grupo tendría aquellas conductas como formas de participación violentas: daños a la propiedad y violencia armada.

Por último, en el cuarto grupo, actividades que, si bien pueden desbordar la legalidad establecida, no son necesariamente violentas: ocupación de edificios, cortes de tráfico y manifestaciones y huelgas no autorizadas.

Respectivamente, los autores denominan a estos grupos como persuasión electoral, participación convencional, participación violenta y participación directa pacífica.

Tal como lo describí líneas precedentes, el derecho al voto estaría incluido en el segundo grupo, el grupo de participación convencional.

En los capítulos anteriores, desarrollé lo referido a las nuevas formas de participación política ciudadana que fueron incorporadas en la Constitución Nacional, por lo que con el fin de no ser reiterativa me remito a los mismos. Ahora bien, dicho cambio normativo constitucional, hace notar que la participación política pretendida por nuestra Carta Magna Nacional no es meramente formal, sino sustantiva: se garantiza el derecho al voto pero, además, la posibilidad real y material de un acceso a la democracia y la participación política.

Concluyendo, hablar de participación política lleva implícito el hablar de un sistema democrático en el que se pueda desarrollar la misma. Para lograr la democracia, necesariamente se necesita una Constitución, que además de su parte dogmática, disponga de una parte orgánica la cual organice las distintas instituciones que van a regularla y hacer concretar y valer los derechos consagrados. Lo que ocurre cuando se vulnera la democracia es que varios derechos se ven censurados, y principalmente lo primero que se censura es la vigencia de la Constitución.

Así las cosas, y como modo de ejemplificar la vulnerabilidad en la democracia, voy a citar como ejemplo lo ocurrido en nuestro país durante la última

dictadura militar (1976 – 1983). Como ya todos conocemos, esta fue una época muy dura para la Argentina debido al golpe de Estado y las consecuencias que el mismo dejó.

Durante la última dictadura militar, los ciudadanos sufrieron censuras de todo tipo. No es mi idea explayarme demasiado en este tema, pero creo necesario hacer una breve reseña. A muchos de ellos les fueron totalmente vedados derechos que son reconocidos constitucionalmente (libertad de expresión, de reunión, entre otros), desde escritores que no podían publicar sus libros, músicos que no podían tocar sus canciones, periodistas que no podían publicar notas en los periódicos y muchas más.

Esto nos lleva lógicamente a decir que durante esa época, tampoco podían reunirse grupos con distintos pensamientos, y mucho menos podríamos hablar de la existencia de partidos políticos, todo debía ser de la forma en que los “dueños” del poder lo decían. Incluso varias personas tuvieron que exiliarse del país, por no mencionar aquellas que simplemente desaparecieron.

Lo cierto es que fue una época muy dura para nuestro país, época en la que claro está, la Constitución Nacional, a pesar de existir en la teoría, fue dejada de lado en la práctica, por lo que, sin aplicarla, no había forma de que los derechos estuvieran garantizados.

Presentando la reciente historia de nuestra Nación y mostrando la sensibilidad, importancia y valor que representa para los argentinos el vocablo democracia, debemos reconocer que a la hora de preguntarnos sobre el sistema democrático, debemos dotar la investigación de cierta honestidad teórica pero, sobre todo, de cierto compromiso con los principios emergentes y deseables de la misma.

2. Democracia e igualdad ante la ley.

Como dice Félix Ovejero (2008), muchas realidades, pero a la vez distintas pueden ser llamadas como “democráticas”: una asamblea popular, un sistema de elección de cargos políticos, un grupo de vecinos que eligen cargos y toman decisiones sobre las tareas que realizarán, y miles de ejemplos más. Lo cierto es que, en todos los casos, hay un conjunto de individuos en condiciones de igual posibilidad de influir políticamente, toman decisiones que los afectan a todos.

Dicho de esta forma y siguiendo al mismo autor, podemos conceptualizar a la democracia como un sistema de decisiones colectivas en un doble sentido: las decisiones recaen sobre todos y, en cierta manera, se toman con la participación de todos en ciertas condiciones de igualdad.

Para poder hablar de una clasificación de sistemas democráticos, tendremos en cuenta tal como Ovejero (2008), tres dimensiones fundamentales en las que se dan las principales diferencias: el grado de participación, el alcance de las decisiones y el criterio de decisión.

La primera dimensión, el grado de participación, tiene en cuenta la relación entre quienes toman las decisiones y aquellos sobre quienes las mismas recaen. Por ejemplificarlo de alguna manera, como dice nuestro autor; los miembros de un comité que votan cada decisión, tienen un sistema participativo, mientras que aquellos accionistas que eligen un consejo directivo para el funcionamiento de una empresa adoptan un sistema delegativo (de representación). Como podemos ver, en el primer caso aquellos que toman las decisiones son los mismos sobre quienes recaen; en cambio, en el otro caso, están quienes eligen a otros para que tomen decisiones que luego afectarán a todos.

La segunda dimensión, el alcance de las decisiones, se refiere a qué es lo que puede ser sometido a debate o votación. Hay casos en los que sólo ciertos asuntos pueden ser sometidos a votación, y hay otros en los que todo es susceptible de ser votado, no existen límites a lo que la mayoría política pueda decidir. A modo de ponerlo en ejemplos y siguiendo a nuestro autor, el primer caso sería el de las democracias contemporáneas, en las que hay ciertos derechos garantizados constitucionalmente que establecen perímetros sobre aquello susceptible de ser votado, por ejemplo, no se puede votar que algunos ciudadanos queden privados del derecho al voto. En el otro caso, se plantea que no hay derechos previos a la comunidad política, es ésta la que decide los derechos; se argumentaría, por ejemplo, que al votar los ciudadanos atendiendo al interés general, no hay ninguna voluntad que pueda imponerse a la suya justificadamente, ni tampoco hay minorías que puedan considerarse explotadas.

La tercera y última dimensión, se refiere al proceso de decisión. En algunos casos, decimos que es el resultado de una deliberación, de exposición pública de argumentos que llevan a corregir propuestas a la luz de principios imparciales o de interés

general. Hay otros casos, en los que la decisión es adoptada como consecuencia de procesos de negociación, en los que distintos intereses buscan un equilibrio.

En base a estas tres dimensiones, cabe la posibilidad de hablar de un valor fundamental tras la garantía de participación en la toma de decisiones políticas: la igualdad. La Constitución Nacional, ley suprema del Estado, reconoce en su art. 16 el principio de igualdad ante la ley:

"La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

La igualdad ante la ley significa que se debe dar un trato igual, bajo las mismas circunstancias, no debiéndose otorgar excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se reconoce a otros en igualdad de condiciones. Sin embargo, existiendo diversas circunstancias, la ley debe garantizar la igualdad dentro de cada categoría, grupo o clasificación evitando distinciones arbitrarias, fundadas en hostilidad contra determinados grupos o personas.

A esta altura habría quien diría que los condenados a prisión están siendo tratados “iguales entre iguales” y que ellos han decidido ser un grupo excluido por haber delinquido, cuestión que rebatiré en el capítulo siguiente. Por lo pronto, cabe decir que los condenados a prisión son ciudadanos y deben ser tratados de manera igual, sin creer que porque han delinquido pierden la calidad de ciudadanía. De lo contrario, sostener ello haría creer en que la comisión de un delito debe llevar implícita una “muerte civil” al condenado.

Como ciudadanos, recibir un trato digno e igual implica no vedar la posibilidad de participar en los asuntos públicos, generar opinión pública, votar a los representantes, entre otros actos cívicos y políticos. Así, y entendiendo que la política es construir las normas y reglas que hacen al sistema normativo y la construcción – por ende – de la comunidad, vedar a los condenados a prisión la participación es socavar su igualdad e imponerle un sistema de leyes en los cuales no han participado en su legitimación.

Gargarella (2007) ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que no es difícil concluir que el derecho en general, y el derecho penal en particular, sufran de un déficit democrático serio. En la actualidad, las sociedades desiguales tienden a crear normas que reflejan la voluntad de unos pocos, en lugar de la voluntad general.

Específicamente en el derecho penal, las normas actuales implican la imposición de castigos con un evidente trato desigualitario. Pero, si además se analiza que los condenados siquiera participarán a través del voto en la toma de decisión política, la igualdad se socava.

3. Democracia deliberativa.

La democracia deliberativa, tal como la define Martí (2006):

Es un ideal normativo, defendido por un modelo teórico de la democracia, que propone la adopción de un procedimiento colectivo de toma de decisiones políticas, con participación directa o indirecta de todos los potencialmente afectados por tales decisiones (...). (p. 314)

Tal como nos aclara Martí, es un ideal que se pretende alcanzar y que cuenta con sus justificaciones teóricas soportadas por un modelo deseable de democracia. Deseable porque, como aseguran los autores de talla que citaré, parece tener las mejores razones valorativas para ser defendido por sobre otros modelos de democracia.

Jurgen Habermas (1998, p. 267) sostiene que la soberanía popular y los Derechos Humanos se presuponen uno al otro, ya que requieren una validación mutua para hacer valer los derechos de los ciudadanos. En este sentido, el autor ha sostenido que “*con la primera se presupone que los miembros de una comunidad democrática se gobiernan a sí mismos de forma colectiva; con la segunda que son gobernados por la ley y no por los hombres*”.

Es entonces que, según los dichos del autor, no podríamos escindir la soberanía popular de los derechos humanos. En este sentido, para hacer cumplir los derechos humanos, también debe verse garantizada la soberanía del pueblo y su participación, a través de procedimientos idóneos para la formación de la voluntad popular.

De la posibilidad de participar y formar la soberanía popular, va a depender la legitimidad de la ley. En este sentido, nos dice:

La legitimidad de la ley depende entonces en último término de un acuerdo comunicativo: como participantes en discursos más o menos racionales, en negociaciones más o menos justas. El contenido de los derechos humanos reside entonces en las condiciones formales para la institucionalización legal de los procesos discursivos de formación de la opinión y de la voluntad por medio de los cuales es posible ejercer la soberanía del pueblo. (p. 268)

Es decir, para Habermas (1998) los procesos de producción de las normas jurídicas deben garantizar a los ciudadanos la oportunidad de participar igualitariamente. Ello implica lograr la concreción de una democracia deliberativa, con predominio de la participación de los sujetos.

Claro está que privar injustificadamente a un grupo de personas el derecho a participar sería, según esta línea de pensamiento, atentar contra la soberanía popular, el sistema normativo y el cumplimiento de los derechos humanos.

Tal como señala Rodríguez – Aguilera de Prat (1997), al momento de poner en práctica la democracia, es indispensable el respeto a sus reglas, lo que configura su fundamento de legitimidad; es muy estrecho el vínculo entre las reglas y los actores de la política, por lo que quienes no las sigan estarían fuera del sistema democrático. En lo que respecta a fines y medios, cabe aclarar que pueden lograrse objetivos legítimos habiendo utilizado procedimientos injustos, como así también a la inversa.

Dice Rodríguez – Aguilera de Prat (1997):

Ciertamente las reglas del juego político pueden ser modificadas, pero –si se pretende preservar la democracia– los cambios deben ser limitados, no sobrepasar cierto umbral y, si afectan a cuestiones básicas, negociados. La adaptación de la democracia a la cambiante evolución social puede requerir cambios en las reglas, pero no para destruir el libre juego político pues ello desnaturalizaría el contenido de la cuestión procedimental. (p. 5)

Siguiendo al autor, decimos que las leyes responden a intereses determinados, lo que no obsta que puedan ser interpretadas y aplicadas de distintas maneras. Más allá de ello, el propósito de una ley es introducir objetividad, seguridad,

previsibilidad, institucionalidad y generalidad, por lo que sólo las leyes pueden actuar como límites de poder y garantía de los ciudadanos, sea para evitar o bien disminuir los posibles riesgos de arbitrariedad.

Por lo tanto, en nuestro sistema político, el gobierno debe sujetarse a las leyes y actuar a través de las mismas. Al ser la ley la principal fuente de derecho, como dice el autor, es la máxima expresión de soberanía, la voluntad general.

Cabe entonces plantear, tal como Bobbio (1985) la clásica pregunta “¿gobierno de las leyes o gobierno de los hombres?”; a lo que Bobbio (Citado en Rodríguez – Aguilera de Prat (1997) señala:

La cuestión del gobierno de las leyes versus gobierno de los hombres acaba siendo una pregunta mal formulada ya que lo uno no excluye lo otro puesto que aquellas son elaboradas por éstos. (...) Frente a la concentración del poder y el caudillismo carismático sólo la democracia basada en el principio de legalidad con división equilibrada de poderes permite hacer compatibles los dos elementos aparentemente antitéticos de la pregunta. (p. 6)

4. Democracia y Regla de la Mayoría: alcances y límites.

Una forma de dar significado a la democracia, siguiendo a Rodríguez – Aguilera de Prat (1997), es decir que es caracterizada por un conjunto de reglas que establecen quién está autorizado a tomar decisiones colectivas y bajo que procedimientos debe hacerlo.

Es decir, para que una decisión tomada por individuos (sea uno, pocos o muchos) pueda ser aceptada como colectiva, es necesario que sea adoptada basándose en reglas que van a establecer quiénes son aquellos autorizados a decidir con fuerza obligatoria para todos los miembros del grupo y con qué procedimientos. Al hablar de aquellos sujetos que son llamados a tomar, o bien colaborar en la toma de decisiones colectivas, el régimen democrático se caracteriza por atribuir este poder a un número elevado de personas.

En principio, como señala el autor, no se puede establecer el número de quienes tienen derecho a voto por el que se pueda comenzar a hablar de régimen

democrático, sin tener en cuenta circunstancias históricas; lo que sí podemos decir, es que en una sociedad en la que votan los ciudadanos varones menores de edad, es más democrática que aquella en la que solo votan los propietarios, pero menos democrática que aquella en la que también tienen derecho al voto las mujeres.

En cuanto a la modalidad de la decisión de la regla fundamental de la democracia, la regla es la mayoría, con base en ella, las decisiones colectivas son aprobadas al menos por la mayoría de quienes deben tomarla. Claro está que, si una decisión tomada por mayoría es válida, con más razón lo será aquella a la que se haya llegado por unanimidad.

Ahora bien, para acercarnos aún más a una definición de democracia, no basta con la atribución del derecho a participar directa o indirectamente en la toma de decisiones colectivas ni la existencia de reglas procesales como son las de la mayoría. Es necesario además que aquellos que están llamados a decidir o elegir a quienes deberán decidir, se planteen todas las alternativas reales posibles y estén en condiciones de seleccionar entre una u otra.

Si bien es cierto que un sistema democrático en parte se caracteriza por el uso de la regla de la mayoría, como señala Bobbio (1998, p. 254) *“no es cierto que: a) sólo en los sistemas democráticos se use la regla de mayoría, ni que b) las decisiones colegiadas sólo se tomen por medio de esta misma regla”*.

Existen argumentos que pretenden dar una justificación racional a esta regla, que parecería ser irracional al confiar un criterio cuantitativo a una decisión que es eminentemente cualitativa. Nos encontramos para Bobbio (1998) frente a dos tipos de argumentos: axiológicos y técnicos.

Entre los primeros, están aquellos que justifican la regla porque permite, mejor que cualquier otra el cumplimiento de ciertos valores fundamentales como la libertad y la igualdad; estos consideran que la validez de la regla deriva de esos valores.

Entre los segundos, los argumentos técnicos, están los que destacan el fin de la regla, que sería permitir alcanzar una decisión conjunta entre personas con opiniones diferentes; estos en cambio, consideran que tiene validez como un expediente técnico útil.

Dice Bobbio (1998):

Aquellos que argumentan a favor de la regla de la mayoría apelando a los valores de libertad e igualdad, la defienden sobre todo como un remedio contra la elección o decisión de un autócrata, que no respeta la libertad de elección de los individuos ni los reconoce como iguales. Aquellos que argumentan a favor de esa regla por considerarla como un expediente técnico útil, hasta imprescindible, para todo cuerpo colegiado, la defienden principalmente como un remedio contra la unanimidad. (p. 258)

En cuanto a los argumentos axiológicos, al hablar de la relación entre el principio de la mayoría y el valor de la igualdad; el nexo existe porque una vez que se tiene la idea de igualdad, el principio es lógicamente necesario, aunque no sea así viéndolo al revés, el que exista el principio de la mayoría no implica la idea de la igualdad. Dice Bobbio (1998, p. 259) *“no es posible asumir la idea de igualdad como justificación del principio mayoritario.”*

Con respecto a la relación entre la regla de la mayoría y la idea de libertad, se puede aceptar que la regla maximiza la libertad en el sentido de autodeterminación. Pese a ello, no se encuentra relación entre este argumento y la democracia como sistema político. Entonces, lo que realmente caracteriza al sistema democrático no es el principio de la mayoría, sino el sufragio universal. Lógicamente los votos deben ser contados, y con el fin de darles sentido es oportuno que la regla aplicable sea la de la mayoría.

Bobbio (1998), sostiene que la regla de la mayoría, en realidad, es indiferente al hecho de que los votos se hayan emitido con libertad o no, por fuerza miedo o pasión. De esta manera, que una decisión se tome por mayoría no significa y nada prueba sobre la libertad relativa con que esa decisión fue tomada.

Más aún, señala Bobbio (1998):

Cuanto más amplias son las mayorías y cuanto más se acercan a la unanimidad, tanto más surge la sospecha de que la expresión del voto no haya sido libre: en este caso la regla de la mayoría prestó todos los servicios que se le pueden pedir, pero la sociedad de la que es espejo no es una sociedad libre. (p. 261)

Hasta aquí, nos hemos referido particularmente a lo que se da en llamar límites de relevancia del principio de la mayoría. Siguiendo a Bobbio (1998), parece oportuno hacer un análisis de otro tipo de límites: el de validez y de aplicación.

Por límite de validez, entiende Bobbio (1998, p. 266) que es el que deriva de una respuesta negativa de la pregunta: “¿pueden ser admitidos a participar en una toma de decisiones colectiva basada en el principio de mayoría también aquellos que lo rechazan, es decir, aquellos que, si logran ganar la mayoría, se servirían de ella para abolir el principio?”. En otras palabras, ¿tiene la regla de la mayoría validez absoluta¹²?

Sostiene el autor (1998) que:

Las reglas del juego, a diferencia de todas las demás, deben aceptarse por unanimidad por la simple razón de que su rechazo, aun de parte de un solo participante, imposibilitaría jugar. Esto significa que aceptar intervenir en una decisión o en una elección que se realiza con base en la regla de mayoría implica la aceptación de esta misma como forma de llegar a la decisión o a la elección.
(p. 267)

En cuanto al límite de aplicación de la regla, el autor (1998) se refiere a estos como:

Los límites que derivan de la existencia de materias a las cuales por lo general esta regla no se aplica, y también en este caso por razones de oportunidad o de principio: son éstas las materias en que la toma de decisiones confiada a la regla del mayor número aparecería como inoportuna (no adecuada para su fin) o inclusive injusta. (p. 268)

Como ejemplo de ello, dice el autor, en toda Constitución liberal existen derechos que se caracterizan por ser inviolables, al no poder ser limitados ni suprimidos ni siquiera con decisiones tomadas por mayoría; con lo que claro está, quedan fuera de la aplicación de esta regla. Es decir, ni por regla de la mayoría se podrían vulnerar esos derechos. Así, por ejemplo, si aceptamos que el derecho a voto forma parte de ese puñado de derechos intocables, debemos aceptar que no puede privarse de dicho derecho a un grupo (como es los condenados a prisión) por el mero hecho de contar con mayoría en el parlamento.

Cuando hablamos de democracia debemos de reconocer que, al menos para la Constitución Nacional Argentina, existen derechos que son inviolables. Lo que

¹² Entiende el autor por validez absoluta, que el principio de mayoría es válido en cualquier caso, o sea, incluso cuando la decisión colectiva tomada por mayoría es abolir el principio de mayoría.

implica que la democracia no debe ser entendida sólo como regla de la mayoría. Es decir, contar –en un momento histórico– con un Parlamento que con mayoría simple legisle sobre cualquier normativa aunque sea vulnerando los derechos consagrados constitucionalmente, sino, por el contrario, siquiera aunque tenga mayoría podrán avasallar esos derechos otorgados. Si lo hacen, los jueces a través de la revisión y control de constitucionalidad dejarán sin efecto –al menos para la persona que judicializó– dicha norma. Así, la democracia es más que un concepto meramente procesal: es un concepto sustantivo.

Con el fin de dar con un principio general, un criterio para determinar que puede y que no someterse a la regla de la mayoría, Bobbio (1998) sostiene:

Uno de los criterios para distinguir entre lo que puede y lo que no puede ser sometido a la regla de mayoría es la distinción entre lo que está sujeto a opinión y lo que no lo está. Esto a su vez implica una distinción más, a saber, entre lo negociable y lo que no lo es: los valores, los principios, los postulados éticos y naturalmente también los derechos fundamentales no están sujetos a opinión, y por ende tampoco son negociables. En esta calidad, la regla del mayor número, que sólo se relaciona con lo que está sujeto a opinión, no es competente para juzgarlo. (p. 268)

Queda claro, entonces, que todo aquello que nos indique la indisponibilidad de ciertos ámbitos está entonces fuera de la aplicación de la regla de la mayoría.

Por último, refiere al límite de eficacia, en el que se incluye todo aquello que quedaría fuera pero no por el límite de aplicación sino porque la regla no puede cumplir con todo lo ofrecido.

5. Derecho al voto y las consecuencias de su privación.

Tal como está expresado en nuestra Constitución Nacional, los constituyentes optaron por la forma representativa, republicana y federal de gobierno para la organización política del país (art. 1).

Hemos visto en los últimos tiempos, que la democracia como elemento sustancial de nuestra organización política, se ha ido reforzando; muestra de ello es gran parte de la reforma constitucional de 1994, en la que se incorpora el concepto de democracia a la norma (visto en el Capítulo II, en el que se analizaron los distintos artículos).

Podemos ver que el artículo 36 C.N. establece el imperio de la Constitución Nacional, aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Por su parte, el artículo 37 C.N. que garantiza los derechos políticos y el sufragio como universal, igual, secreto y obligatorio. El artículo 38 C.N., que reconoce como instituciones fundamentales del sistema democrático a los partidos políticos. Incluso los artículos 39 y 40 C.N. que incorporan las nuevas formas de democracia semi directa, como son la iniciativa popular de leyes y la consulta popular.

De la misma forma, instrumentos internacionales ratificados por nuestro Parlamento, también le otorgan gran importancia a la democracia, consagrándola como valor fundamental en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

De esto, Filippini y Rossi (2012, p. 203) dicen *“la democracia, entonces, es un concepto normativo y no ya meramente político, cuya jerarquización por parte del constituyente, debe ser tomada en cuenta al interpretar las normas que impugnamos aquí.”*

Y continúan (p. 203) *“el voto es un elemento esencial para la dignidad de las personas en tanto les reconoce la posibilidad de elegir a quienes mejor representen sus opciones y de influir, de este modo, en las decisiones colectivas que afectan su vida diaria.”*

El voto es también, para los autores, una forma de expresarse totalmente necesario para aquellas personas que están privadas de su libertad. Ello, porque parece ser la única manera viable para influir en la comunidad a la que pertenecen. Estar privado de la libertad, no es haber salido de ella. Privar a los condenados a prisión del voto atenta contra su dignidad, porque los excluye de la posibilidad de participar en el debate político y aun peor, agrava las condiciones de su detención (art. 18 CN).

Dicen Filippini y Rossi (2012):

La prohibición de votar a los condenados atenta contra su dignidad al excluirlos de la posibilidad de participar en el debate político, por no considerarlos como sujetos capaces de emitir una opinión válida, y a la vez constituye un agravamiento de sus condiciones de detención (arts. 18 CN, 5.2 CADH y 10.1 PIDCYP). Al igual que el resto de los ciudadanos, ellos tienen derecho a elegir a los candidatos que mejor expresen sus preferencias e intereses, sin que podamos dudar, en modo alguno, de la calidad de los motivos con los que formularán tales elecciones, ni en su capacidad para hacerlo. (p. 203)

Continúan los autores (2012):

Como cualquiera de nosotros, ellos pueden querer expresar algo respecto de la conducción de los asuntos públicos que afectan su futuro, sus bienes, la educación de sus hijos, sus haberes provisionales, el manejo de los medios de comunicación, o las políticas migratorias o, incluso, las políticas penitenciarias que los afectan directamente. Incontables aspectos de la vida social que no tienen que ver con el delito ni con la pena son silenciados injustificadamente por la prohibición de votar. (p. 203)

Esta restricción, como expresan los autores no solo afecta a una parte de la población, como son los condenados a prisión, sino también nos muestra cómo se debilita el sistema democrático, al verse cada vez más reducido el número de electores.

Es lógico que la restricción disminuye el número de electores que van a ejercer el derecho al voto, pero lo que hay que destacar en este punto, es que la democracia se ve más debilitada aún ya no por reducirse la cantidad de ciudadanos que votan, sino porque al privar a unos de ejercer ese derecho se está eligiendo quienes pueden votar y quienes no, con lo que se priva a unos (condenados a prisión) y no a otros.

Podríamos finalizar en este punto diciendo, como Filippini y Rossi (2012):

El fortalecimiento de la democracia es un propósito del ordenamiento nacional y regional y, por ende, un imperativo. El “elemento democrático” que debe guiar la interpretación de las normas aquí cuestionadas, se verá fuertemente enriquecido con la incorporación de las personas condenadas al electorado. Su exclusión, por el contrario, continuará debilitando el funcionamiento del sistema democrático. (p. 205)

Por último, puedo concluir diciendo que los derechos civiles y políticos son la garantía básica de una democracia representativa y de todo tipo de derecho. Por lo que cualquier tipo de restricción o diferenciación que se quiera hacer requiere una suficiente y necesaria justificación, que sea razonable y proporcionada para poder lograr la finalidad deseada por el Estado. Es decir, toda restricción o limitación a los derechos humanos consagrados en los Pactos Internacionales debe ser justificada por la necesidad en marco de una sociedad democrática. Esto va a lograrse justificando las medidas, sus motivos, razonabilidad y proporcionalidad.

Reflexiones finales

Tal como planteamos al comienzo de este Capítulo, se logró caracterizar la participación política y referirnos a ella para relacionarla con un sistema democrático, como el que tenemos en Argentina. Ello ya que, si quiere hacerse valer el sistema democrático, es indispensable que todos los ciudadanos puedan participar en la toma de decisiones. Así, y tal como quedó expuesto, hablar de democracia junto con participación política plural, parecen conceptos inseparables. También, garantizar la participación, es garantizar la igualdad ante la ley.

Ahora bien, si decimos que nuestro posicionamiento es la igualdad en la toma de decisiones, tenemos también que reconocer que en la legislación en análisis esta igualdad se ve cuestionada. Si bien el derecho al voto existe, también existen ciertas limitaciones al mismo, algunas de las cuales son totalmente válidas (por ejemplo, exigir cierta edad para poder ejercer el derecho al voto), pero lo cierto es que varias de ellas no lo son.

¿Por qué excluir a determinados grupos de personas sin fundamento? Y particularmente, ¿por qué excluir a los condenados a prisión sin argumento válido? De esta forma se estaría violando aquella igualdad imprescindible en un Estado democrático como el nuestro, igualdad que se encuentra consagrada en nuestra Constitución Nacional en el artículo 16, oportunamente citado.

En este artículo, como podemos ver está consagrada la igualdad de todos ante la ley, por lo que, expresado constitucionalmente, no debe haber ningún tipo de discriminación sea de sangre, raza, clase social.

Me refiero también a la democracia en un sentido deliberativo, donde se propone la participación de los ciudadanos para tomar decisiones colectivas basándose en el principio de la argumentación. Y lógicamente, se menciona la llamada “regla de la mayoría”, utilizada en varios sistemas democráticos como forma de tomar decisiones.

Cuando hablamos de democracia debemos de reconocer que, al menos para la Constitución Nacional Argentina, existen derechos que son inviolables. Lo que implica que la democracia no debe ser entendida sólo como regla de la mayoría, es decir tener un parlamento que con mayoría simple legisle sobre cualquier normativa aunque

sea vulnerando los derechos consagrados constitucionalmente, sino, por el contrario, siquiera aunque tenga mayoría podrán avasallar esos derechos otorgados. Si lo hacen, los jueces a través de la revisión y control de constitucionalidad dejarán sin efecto – al menos para la persona que judicializó – dicha norma. Así, la democracia es más que un concepto meramente procesal: es un concepto sustantivo.

CAPITULO CUARTO

(In)constitucionalidad de la privación del voto a los condenados a prisión.

Introducción

Habiendo ya desarrollado la legislación que existe con respecto al voto de los condenados a prisión, considero ahora pertinente analizar los distintos argumentos que podemos encontrar en pro y en contra de dicha legislación, con el fin de poder arribar a una conclusión dotada de fundamentos.

Para empezar, mostraré aquellos argumentos que utilizan quienes creen que es correcto que los presos no cuenten con derecho al voto, para inmediatamente refutarlos considerando que no existe motivación suficiente para sostener como legítima dicha privación.

A la luz de lograr analizar el escenario jurídico actual de la privación del derecho al voto, presentaré y analizaré jurisprudencia nacional e internacional, buscando soportar la respuesta a la hipótesis planteada.

A su vez, pondré de manifiesto la relación entre los conceptos de autonomía y voto, y ciudadanía, delito y pena, con motivo a dar soporte a la conclusión arribada en este último capítulo del trabajo investigativo desarrollado.

1. Argumentos a favor de la privación del derecho a voto a los condenados a prisión.

En estas instancias del trabajo, considero pertinente analizar los argumentos que esbozarían quienes estuvieran a favor de la privación del ejercicio al voto de los condenados a prisión. Lo que procederé a realizar es una presentación de argumentos a favor, *hipotetizando* que alguien (o parte de la doctrina) podría sostener dichas afirmaciones. Aclaro que no he encontrado doctrina argentina y actual que apoye explícita y abiertamente esta privación del derecho al sufragio.

Igualmente, a la hora de analizar las observaciones del Comité de Derechos Humanos, en su Comentario General al art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos nos hemos encontrado con la siguiente afirmación:

En sus informes, los Estados deben indicar y explicar las disposiciones legislativas, en virtud de las que se puede privar del derecho de voto a los

*ciudadanos. Los motivos para privarles de ese derecho deben ser objetivos y razonables. Si el motivo para suspender el derecho a votar es la condena por un delito, el período de tal suspensión debe guardar la debida proporción con el delito y la condena. A las personas a quienes se prive de libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar.*¹³

Pareciera desprenderse entonces que el Comité podría entender justificada la privación del sufragio a los condenados a prisión, empero no otorgan argumentos sustantivos para justificar dicha aseveración.

Tal como refiere Dhami (2009), en el caso de la Europa medieval, los filósofos Locke, Rousseau, Kant y Mill han esbozado argumentos a favor de la privación del voto, reconociendo a los reclusos la “muerte cívica” por haber infringido las leyes que emanan del contrato social.

Podemos comenzar por indagar que, tal como dice Dhami¹⁴ (2009):

Entre las razones comúnmente invocadas para descalificar a los presos de la votación se incluyen, que ello promueve la responsabilidad cívica y el respeto de la ley; que los delincuentes han perdido el derecho de voto desde que violaron el “contrato social”; que éste es un método de control de la criminalidad; que la “pureza de las urnas” debe ser protegida de los delincuentes que podrían corromperla, actuar subversivamente o cometer fraude electoral, y que es costoso y poco práctico permitir a los presos votar. (p. 126)

Para ser claros y sencillos a la hora de abordar la multiplicidad de “razones” en defensa de la privación, pasaremos a desglosar la reciente cita del autor.

En primer lugar, se hace referencia a la necesidad de promover la responsabilidad cívica y el respeto por la ley. Parece que la lógica y defensa tras la ley electoral y el Código Penal radica en un intento de penar el comportamiento delictivo, como accesorio a la pena tipificada por el Código. Esta pena privativa del voto se implementa de manera automática y buscaría alentar el respeto a la ley e instalar un sentido de responsabilidad ciudadana.

¹³ <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html>

¹⁴ Vale aclarar que este autor está en contra de la privación.

En realidad, la prohibición del derecho a voto socava el respeto al imperio de la ley desde que los ciudadanos que no pueden participar en la elaboración de las leyes probablemente se muestren más proclives a desconocer su autoridad. Así, los condenados a prisión se encuentran ajenos a la participación política, excluidos en total sentido de la posibilidad de la formación legislativa, cuestión que atenta contra la democracia y la propia legitimidad de la ley.

En segundo lugar, se menciona que los delincuentes han perdido el derecho a sufragio desde que violaron el contrato social. Como bien sabemos, las leyes que privan del voto a los condenados a prisión, nos estarían dando una noción de que los mismos tuvieran lo que se llama una “muerte cívica”, implicada por no estar incluidos en el padrón electoral.

Al hablar de una “muerte cívica”, se lo hace en referencia a aquella persona que, si bien está viva, se la reputa como muerta en cuanto a sus derechos por la sociedad. Así, el legislador opta por quitarles los derechos políticos a los condenados a prisión. Es dable analizar en este punto que esta inhabilitación que les impide votar, sería justificada en aquellos delitos que guardan relación con la situación del condenado, como lo sería el delito de corrupción, lavado de activos, entre otros. Dicho en otras palabras, en determinado tipo de delitos específicos podría hablarse de que se encuentra justificada esta inhabilitación; pero lo que en realidad hace el legislador, es imponer restricciones genéricas y automáticas, con lo que la simple condición de condenado en una persona lleva implícita la inhabilitación y junto con ello la pérdida del derecho electoral.

En tercer lugar, en cuanto al argumento de servir la privación como método de control de la criminalidad, asociado a la lógica del primero de los argumentos, implicaría sostener que, gracias a la presencia de la ley, se logra controlar las tasas de criminalidad. Ello, por cuanto, quienes defienden la ley cuestionada pretenden deducir que esta privación desalienta el crimen y genera prevención.

En contra de esta línea de pensamiento, Dhimi (2009) resalta que:

Tampoco hay pruebas para demostrar que la privación del voto rehabilita, incapacita o disuade a los delincuentes. La privación del voto socava el objetivo rehabilitador de desarrollar la personalidad de los delincuentes y reinsertarlos a la sociedad en cuanto ella puede reducir la autoestima de los delincuentes y alienarlos de la comunidad. (p. 127)

En cuarto lugar, y en cuanto a la necesidad de mantener la “pureza de las urnas”, pareciera que quienes defienden las leyes cuestionadas, creen que sería un “riesgo” permitir votar a los condenados a prisión. Razonamientos como estos tienen una gravedad inminente: pareciera que niegan la capacidad moral de quien ha delinquido. Oportunamente me he referido al voto calificado y sus serias implicancias sociales y democráticas, y me remito a ello para echar por tierra “la pureza de las urnas”.

Y, en caso que alguien pensara que los condenados podrían organizarse y atentar contra el propio Estado que los ha “reprimido”, considero que no podría tomarse en serio un argumento sustentado solo en el prejuicio y en una actitud discriminatoria.

2. Argumentos en contra de la privación

a. La inconstitucionalidad de la norma.

Lógicamente, antes de hablar acerca del sistema de control de constitucionalidad, debo dar definición a lo que sería la inconstitucionalidad de una norma o acto, y para ello, Ossorio (2008) nos dice:

Partiendo del principio inexcusable, en los Estados de Derecho, de la supremacía de la Constitución, se han de reputar como inconstitucionales todos los actos, leyes, decretos o resoluciones que se aparten de sus normas o las contradigan. En consecuencia, son también total y absolutamente inconstitucionales cuantos actos realicen y disposiciones adopten los gobiernos de facto, porque, para existir, empiezan por eliminar total o parcialmente, abierta o encubiertamente, la propia Constitución. (p. 481)

Por lo tanto, tal como explica Bidart Campos (2008, p. 23) “*para defensa de la Constitución suprema, hace falta que exista y funcione algún sistema de control. El control constitucional sirve de garantía para declarar que las normas y los actos violatorios de la Constitución son inconstitucionales.*”

En caso de declararse esa inconstitucionalidad, sugiere el autor, el efecto de tal declaración puede estar limitado a desaplicar la norma o el acto inconstitucional en

el caso concreto, o bien adquirir efecto general que llegue a derogar la norma inconstitucional.

Con el fin de no extenderme demasiado, referiré exclusivamente al control de constitucionalidad en nuestro país. Si bien no está expresamente definido en la Constitución, con la reforma de 1994, en el art. 43 (dedicado al amparo) dice “en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

Siguiendo a Bidart Campos (2008) el sistema de control de constitucionalidad argentino en cuanto al órgano de control, siguiendo el norteamericano, ha elegido el control difuso (aquel en el que todos los jueces y cualquiera de ellos tiene competencia para hacerlo). La vía procesal para lograrlo es la indirecta o incidental, pero puede llegarse también por vía directa (a través de acciones directas de inconstitucionalidad como el amparo, habeas corpus). Los sujetos legitimados al efecto son, en primer lugar, el titular actual de un derecho o interés legítimo, pero con la reforma de 1994, se da legitimación, por ejemplo, en derechos de incidencia colectiva, al defensor del pueblo y a asociaciones que pretendan fines conexos con los derechos cuya protección se demanda. Con respecto a los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad, nuestro control los limita al caso, es decir que son inter-partes, aunque en ciertos casos se extiende y generaliza por reiteración o por aplicación de casos similares en distintos Tribunales.

Debemos reconocer que, en nuestro sistema de control, la Corte Suprema de Justicia se muestra como el Máximo Tribunal por ser la última instancia de revisión. Igualmente, contamos con normas que hacen al derecho internacional que habilitan la posibilidad de una instancia superior como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H), cuando un derecho humano consagrado en los pactos firmados y ratificados por nuestro país, se han visto vulnerados¹⁵.

Habiendo aclarado cómo funciona el control de constitucionalidad, comencemos por decir que, en primer término, la obligación de todos los jueces,

¹⁵ Vale aclarar que en un reciente fallo de la CSJN, de febrero de 2017, el Máximo Tribunal sostuvo que las sentencias por él dictadas no pueden ser revisadas por la Corte Internacional. En otras palabras, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no son ahora obligatorios; será nuestro Tribunal el que decida cuando deban ser o no acatados. Lógicamente, hay quienes dicen que esto implica un grave retroceso en materia de Derechos Humanos.

conforme el sistema receptado por nuestro país (“control difuso”), es la de ser contralor de la constitucionalidad de las normas vigentes.

Dicho esto, es dable mencionar que al pretender que se declare la inconstitucionalidad de la norma en cuestión debería peticionarse una acción de control de constitucionalidad de la misma, siendo éste el mecanismo jurídico apto para cuestionarla. Si bien el cambio sustantivo en cuanto a la privación al voto a los condenados a prisión sería la derogación de la norma misma, esta tarea corresponde al Congreso de la Nación pero, hasta tanto ello no suceda, el procedimiento adecuado para declarar tal inconstitucionalidad es el control de constitucionalidad en sede Judicial.

Asimismo, en función de la prudencia que debe guiar dicha actividad, dada la presunción de legitimidad de la que están investidas todas las normas vigentes, dos son las posibilidades: establecer una interpretación de modo tal que compatibilice la norma en cuestión con el precepto constitucional o bien su fulminación en orden a la imposibilidad de la superación de la contradicción entre ambas. Ello se vincula a la legitimidad sustancial de la norma, esto es, no ya el cumplimiento, conforme a la Constitución, del procedimiento para su sanción, sino su compatibilidad con las pautas rectoras que, sobre la materia, -el ejercicio del derecho al voto por las personas privadas de libertad con condena firme-, emergen del máximo dispositivo legal.

No se puede dejar de señalar, en igual sentido, no solo como consecuencia de la vigencia de nuestra Constitución Nacional (arts. 28 y 31 de la C.N.), sino más aún con la incorporación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que la refuerzan y complementan (art. 75 inc. 22 de la C.N.), la necesidad de que la interpretación de las normas deba realizarse conforme el sistema constitucional. Tal como sostiene Cafferata Norez (2007, p. 19) es decir con *“sujeción a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad, en base al principio pro hómine”*.

Esto es que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos, a lo que cabe agregar el principio de interpretación teleológica

que exige como prioritario en el caso de los derechos humanos, la consideración del objeto y el fin de las normas en dicha materia.

El ejercicio de la función judicial en una democracia constitucional tiene como objetivo garantizar el efectivo goce de los derechos fundamentales de los particulares cuando éstos se ven amenazados o vulnerados por la actividad Estatal.

Puede señalarse también, como dice Nino (1996) que nuestro diseño institucional se asienta fuertemente sobre la idea de que la función judicial es la que permite reasegurar los derechos individuales protegidos constitucionalmente.

Considero que, en los diseños institucionales en donde rige el control de constitucionalidad, la actuación judicial no es susceptible de ser tachada de antidemocrática cuando se ejerce el control de una medida gubernamental. La decisión judicial en estos casos podrá ser calificada como inconveniente, incorrecta, injusta, ineficiente y, sobre todo, como contraria a derecho, pero no como antidemocrática, aunque la decisión sea contraria a la validez de la norma sancionada por el Legislativo. Pienso también, que lo que se requiere de los jueces es que sus decisiones no sean inconvenientes, incorrectas, injustas ni ineficientes, pero, sobre todo, que no sean contrarias a la Constitución.

No debemos perder de vista que estoy pensando en casos de control de constitucionalidad en los cuales, paradigmáticamente, se esgrime como razón de la inconstitucionalidad, la violación de algún derecho fundamental, como es el caso que nos ocupa: la privación del derecho a sufragar de los condenados a prisión. Teniendo en cuenta esta circunstancia, el texto constitucional, la manera concreta en que está redactado, suele ser una guía ineludible para arribar a una solución jurídicamente plausible.

El texto constitucional suele favorecer ciertas soluciones en detrimento de otras. Lo que estoy sosteniendo es que el modo específico en que se da la orden (el modo en que se escribe la Constitución) no es irrelevante para la corrección argumental de la sentencia en los casos de control de constitucionalidad.

Sentado lo expuesto en el punto anterior, resulta indispensable comenzar el análisis en relación al derecho al voto y si constituye un derecho humano esencial.

Respecto la Constitución Nacional en el art. 37, incorporado en el capítulo de nuevos derechos y garantías (reforma de 1994), establece que la Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de soberanía popular y las leyes que se dicten en consecuencia, y consagra el sufragio universal, igual, secreto y obligatorio. Sin duda, ello responde a la concepción de la voluntad del pueblo como base ineludible del poder público, y al derecho de cada individuo, sin distinción, de participar del gobierno que ejerce aquél, sea directamente o a través de representantes seleccionados al efecto mediante la elección libre, lo que deriva del sistema republicano y representativo receptado en nuestra Carta Magna (arts. 1 y 33 de la Constitución Nacional). Que dicho carácter se encuentra reforzado y complementado por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Const. Nacional), como así también la Constitución Provincial (art. 59 de la Const. Prov.).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 25 que: *“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”*. En igual sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 21), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XX) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 23).

**b. La privación al voto como atentatoria al sistema democrático:
jurisprudencia nacional e internacional.**

La jurisprudencia nacional sin dudas colaborará en emitir parámetros sobre la temática en cuestión. Igualmente, cabe resaltar que la Corte Suprema de Justicia aún no se pronunció sobre la privación del voto a los penados. No obstante, reconoció la base constitucional de la universalidad del sufragio. Además, sostuvo que aquella universalidad *“hace a la sustancia del Estado Constitucional contemporáneo (...)”*.¹⁶

¹⁶ CSJN, “Alianza Frente para la Unidad s oficialización listas de candidatos”, sentencia del 27.09.2001.

Así, nos encontramos con la causa “Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional – Ministerio del Interior y Transporte s/amparo – Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2° C.P. y 3° inc. ‘e’, ‘f’ y ‘g’ C.E.N.)”¹⁷, fallo de fecha 24 de Mayo de 2016, en donde en primera instancia se plantea la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 12 y 19 inc. 2° del Código Penal de la Nación y del art. 3 inc. “e”, “f” y “g” del Código Electoral Nacional, a cuya lectura me remito en honor a la brevedad. En dicha instancia se resolvió no hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad planteada, basándose en que al respetarse las garantías en el marco del proceso no resultaba ilógico restringir el ejercicio del derecho al sufragio. Otro fundamento fue que una modificación de criterio en cuanto al ejercicio de este derecho es una cuestión de política legislativa.

Al decirse en este punto que la modificación es una cuestión de mera política legislativa, se hace referencia a que son los miembros del Congreso de la Nación, tal como se dijo en el apartado anterior, quienes deben derogar la ley o en todo caso modificarla.

Contra esta decisión, el subdirector de la Dirección General de Protección de Derechos Humanos y apoderado de la Procuración Penitenciaria de la Nación, apela entendiendo arbitraria la sentencia impugnada, la que omite tratar los argumentos por él planteados que pretendían declarar inconstitucionales las normas mencionadas ut supra. Pone de manifiesto además que el legislativo excede su facultad regulatoria de derechos al restringirlos pasando por encima de nuestra Carta Magna y los tratados internacionales ratificados por ella.

El Fiscal interviniente en esta instancia considera en su dictamen que debería revocarse la sentencia apelada, atento que suena desproporcionado privar del derecho al sufragio a los condenados en virtud de los inc. “e” al “g” del Código Nacional Electoral.

No se debe olvidar la naturaleza del derecho en cuestión ni de los principios constitucionales que este involucra; ya que *“la raíz de todo sistema*

¹⁷ CNE, “Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional – Ministerio del Interior y Transporte s/amparo – Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2° C.P. y 3° inc. ‘e’, ‘f’ y ‘g’ C.E.N.)”, sentencia del 24/5/2016. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado el 3/3/2017 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/06/fallos43571.pdf>

democrático es el sufragio [...] [sin cuyo reconocimiento] no hay pueblo ni instituciones populares” (p. 8).

También menciona que *“la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que los Estados pueden legítimamente establecer límites al ejercicio y goce de los derechos políticos “siempre que [las restricciones] no sean desproporcionadas o irrazonables.” (p. 25)*

Clave a la hora de dilucidar esta problemática, parece remitirse al razonamiento esbozado en la sentencia aquí señalada, en cuanto sostuvo:

Estando en juego derechos fundamentales de raigambre constitucional -como en el caso, el ejercicio del sufragio- la regla de interpretación debe ser la no restricción del derecho humano, y su reglamentación debe ser razonable, esto es, debe guardar suficiente relación con la finalidad que justifique su aplicación. (p. 25)

En dicha inteligencia, esta Cámara ha explicado que:

Debe procurarse que el derecho al sufragio activo reconozca la menor cantidad de restricciones dentro de la potestad reglamentaria reconocida por la ley fundamental y los instrumentos internacionales aludidos, fundadas sólo en causas previstas legalmente y que además guarden razonabilidad con la finalidad pretendida y los principios constitucionales. (p. 25)

Por su parte, también razonó el Tribunal (p. 27) *“...que, en el marco indicado, se observa que el Estado Nacional no ha explicado cuál es la finalidad que persigue al prohibir en forma genérica el voto de las personas.*

El voto insiste:

No se conoce cuál sería el fin público que se intenta satisfacer con dicha medida, por lo que está ausente el primer requisito que la Constitución Nacional y los tratados internacionales de su jerarquía exigen para la privación de un derecho esencial como el de votar. (p. 27)

Bajo esta lógica parece importante resaltar, para el Tribunal:

Que, aun así –y sin perjuicio de que resulta factible que en ciertos casos el legislador pueda considerar justificada la aplicación de la pena accesoria de

inhabilitación (v. gr. en delitos de corrupción, crimen organizado, lavado de activos, malversación de fondos públicos, defraudación contra la administración pública, entre otros)- cabe hacer notar que las disposiciones cuestionadas imponen restricciones genéricas y de carácter automático, que no guardan relación con la situación penal del condenado. Se trata de inhabilitaciones aplicables por la sola condición de ser “condenado o sancionado”, sin mérito de los hechos y circunstancias de cada caso, con lo cual adquieren un carácter represivo adicional a la sanción penal impuesta. (p. 28)

Entonces, hasta el momento, los fundamentos en que se basa la sentencia refieren al respeto a la Constitución en cuanto a las limitaciones al derecho al voto, las que serían aceptables, como se dijo en su momento, en casos de delitos específicos, pero no así generalizando la privación como lo hace el art. 3 del CEN.

Sostiene además el Tribunal:

Limitaciones de estas características en el pasado se remontaban a la “muerte civil”, que ha sido definida como el estado de una persona que, no obstante estar viva, es reputada muerta a los ojos de la sociedad en cuanto a la mayor parte de sus derechos. Ello se asocia con la idea de que ciertas clases de personas no son moralmente dignas para votar y, en consecuencia, se las priva automáticamente de los derechos políticos. (p. 28)

Y dice el Tribunal:

Lo que en el caso se reputa inconstitucional es la denegación del derecho a voto como pena accesoria automática, sin vinculación alguna con la situación del condenado. Una limitación de este carácter, con las particularidades mencionadas, implica una restricción indebida al derecho al sufragio que este Tribunal no puede cohonestar, pues –como se ha dicho- el sufragio es ejercido en interés de la comunidad política –a través del cuerpo electoral- y no en el del ciudadano individualmente considerado. (p. 29)

En este punto, y antes de pasar a lo que resolvió la Cámara, parece importante resaltar, tal como se hace en este fallo, lo que remarcó en su momento la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decir que:

La Constitución ha confiado al Poder Legislativo la misión de reglamentar dentro de cierto límite el ejercicio de los [derechos] que ella reconoce y no es del resorte del Poder Judicial decidir del acierto de los otros poderes públicos en el uso de las facultades que le son propias, aunque sí le incumbe pronunciarse acerca de los poderes reglamentarios del Congreso para establecer restricciones a los derechos teniendo en cuenta para ello, la naturaleza, las causas determinantes y la extensión de las medidas restrictivas o limitativas. (p. 34)

Por todo lo expuesto, la Cámara Nacional Electoral resolvió:

1°) Revocar la sentencia apelada y declarar la inconstitucionalidad de los incisos “e”, “f” y “g” del artículo 3° del Código Electoral Nacional y de los artículos 12 y 19 inciso 2° del Código Penal de la Nación. 2°) Requerir al Congreso de la Nación que extreme los recaudos necesarios a fin de revisar la reglamentación vigente en atención a lo aquí expuesto, a la mayor brevedad posible.

En síntesis, es de suma importancia haber logrado en este fallo que se declare la inconstitucionalidad de estos artículos que son, particularmente a los que apunta el presente trabajo y son válidos los fundamentos que da la Cámara para declarar tal inconstitucionalidad. Es también importante destacar, que en el segundo punto del Resuelvo de este fallo, la Cámara ordena que los miembros del Congreso revisen dichos artículos, a fin de que puedan modificarse, de la misma forma que se hizo con las personas procesadas, que fueron incorporadas por el Congreso en el art. 3 bis del CEN.

Si bien esta sentencia implica un gran avance en cuanto al derecho al voto de los condenados a prisión, como sabemos, no tiene efecto erga omnes a pesar de encontrarse firme, por lo que sólo alcanza a aquellos sujetos que promovieron la acción. Me refiero a sujetos (en plural) porque estamos frente a una acción de amparo colectivo y serán entonces los condenados que solicitaron la no aplicabilidad de la ley en cuestión quienes serán alcanzados y beneficiados por la sentencia del fallo.

Por último, y teniendo en cuenta el Resuelvo de esta sentencia, debe pensarse en que ahora está en manos del Congreso el revisar la norma y decidir si debe derogarse o modificarse, ya que son los miembros del mismo quienes tienen el poder de crear, modificar o derogar las leyes.

Por su parte, y en cuanto al contexto Internacional, propongo el análisis que será de un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en “Case of Scoppola v. Italy”, sentencia del 22 de mayo de 2012.

Tal como nos cuenta González (2013) los hechos en este caso tratan de una demanda del Sr. Franco Scoppola contra la República de Italia por considerar éste violados sus derechos políticos consagrados en el artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, al haber sido privado de forma vitalicia del derecho al voto mediante una condena penal.

El caso fue que, en septiembre de 1999, Scoppola asesinó a su esposa y lesionó a uno de sus hijos, como consecuencia de ello fue condenado a prisión perpetua, aunque luego de revisarse su sentencia la misma fue disminuida a 30 años de prisión. Como dispone el Código Penal, al ser una condena de más de 5 años de prisión, conlleva como pena auxiliar la inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos y por tanto la pérdida de su derecho al voto y demás derechos políticos.

Después de varios intentos en procesos administrativos y judiciales para recuperar su derecho al voto y siendo todos desestimados, el caso pasó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaró que hubo violación del artículo 3 del Protocolo Adicional, por lo que el caso fue sometido a la Gran Sala del Tribunal.

La Gran Sala, hace su análisis y señala que la norma en juego garantiza derechos subjetivos entre los que está el derecho al voto y a presentarse como candidato, aunque también señala, como dice González (2013, p. 342) que “*el derecho al voto no es un privilegio, sino que se presume su existencia en cualquier Estado democrático.*” Lógico es que como todo derecho el mismo no es absoluto por lo que pueden imponerse limitaciones.

Lo que el Tribunal trataba de determinar era si realmente el Estado italiano había cumplido con las obligaciones y requisitos del art. 3 del Protocolo Adicional. Si bien entendió que existió efectivamente una interferencia al derecho de voto consagrado por el Protocolo, también entendió que esa privación persigue un fin legítimo el cual es incentivar la responsabilidad civil y el respeto por el imperio de la ley, como también asegurar el correcto funcionamiento y preservación del régimen democrático.

Señala también González (2013):

La Gran Sala consideró que no hubo violación del derecho al voto del peticionante. Fundamentó tal decisión señalando que, conforme a la legislación italiana, la medida restrictiva era aplicada a sujetos condenados a prisión por la comisión de delitos específicos (principalmente delitos contra el Estado o el sistema judicial); y a aquellos individuos sentenciados a determinados años de prisión, los cuales eran especificados por la ley. (p. 344)

Dice González (2013):

Resulta pertinente mencionar que, partiendo de la idea consagrada en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos de que la finalidad del sistema penitenciario es la reforma y readaptación social de los penados; privar de por vida a un condenado de sus derechos políticos, además de constituir una suerte de “estigma vitalicio”, supone un obstáculo a su reinserción en la sociedad. Cómo podrá sentirse igual al resto de los ciudadanos aquel ex presidiario que recuperó su libertad si no tiene la posibilidad de participar en los asuntos públicos, ya sea eligiendo a sus representantes o presentándose como candidato. (p. 345)

Haciendo un breve análisis del caso descrito, nos podemos preguntar si realmente es proporcional la restricción de los derechos políticos con respecto a la condena impuesta, aunque al Tribunal así le pareció y por eso falló de la forma que lo hizo, creo que es para detenerse a pensar a que nos referimos cuando hablamos de dicha proporción.

c. Autonomía y derecho a voto.

En el marco del modelo de democracia, uno de los principios estructurales del proceso deliberativo es la igualdad entre los individuos con el fin de poder participar activamente. Como ya se anticipó en el capítulo anterior, los condenados a prisión -a quienes se les priva de la posibilidad de sufragar-, estarían inmersos en una situación de dominación, incompatible con un sistema democrático.

Ahora bien, el participar activamente (y en pie de igualdad) es garantizado por nuestro sistema en base a un principio también de radical importancia: la autonomía

personal de los ciudadanos. Aquí, parece oportuno detenerse en el concepto de autonomía, para luego relacionarlo con democracia. En cuanto al mismo, podríamos sostener que, en líneas generales, es la posibilidad de elegir proyectos de vida, encontrando límites en cuanto a los otros ciudadanos y su libertad.

En esta línea de pensamiento, el destacado autor argentino Carlos Santiago Nino (1989) nos remarca:

Si revisamos la lista de derechos básicos cuyo reconocimiento suponemos esencial al liberalismo, advertiremos que ella está, en parte, integrada por una variada gama de libertades para hacer ciertas cosas: profesar o no un culto religioso, expresar ideas de diferente índole, ejercer actividades laborales, asociarse con otros, trasladarse de un lugar a otro, elegir prácticas sexuales o hábitos personales que no afecten a terceros, etcétera. (p. 199)

Entonces, existe un principio que consagra la posibilidad de desplegar ciertas conductas y que, el criterio de interpretación es amplio y genérico. Continúa Nino (1989, p. 202) subrayando: *“Esto sugiere que tal vez estos derechos derivan de un principio general que veda la interferencia en cualquier actividad que no cause perjuicios a terceros.”*

Éste es el principio establecido en el art. 19 de nuestra Carta Magna Nacional, por lo que es plausible sostener que esta cláusula hace explícito el principio subyacente a, por lo menos, muchos de los derechos que la Constitución consagra.

Si tomamos ese sentido de autonomía, como señala Ovejero (2008), la democracia tendría una relación directa ya que garantizaría que el sistema normativo esté legitimado por todos los ciudadanos. Así las cosas, la autonomía política se presenta como condición necesaria para la autonomía personal. Es decir, la posibilidad de participación en la elaboración de la ley no asegura que uno se gobierne a sí mismo, pero es una condición necesaria. Si consideramos a la democracia fundamentalmente como un proyecto político de autogobierno (como una *forma de vida*), la función de la participación ciudadana consiste en la resolución y/o transformación de los conflictos políticos a través de la creación y apropiación de espacios de discusión públicos que permitan el debate, y la incidencia directa de los ciudadanos en la toma de decisiones.

En otras palabras, siguiendo a Habermas (1998), la participación ciudadana es un mecanismo *cívico-activo* mediante el cual se pueden fijar los escenarios deliberativos, la agenda, la legislación y la ejecución de las políticas públicas. Es decir, se requiere más que un mero dispositivo jurídico o procedimientos para la toma de decisión: se necesita dotar de participación sustantiva en la toma de decisiones colectivas.

A la luz de lo dicho, privar a cierto grupo del derecho a sufragar, es -sin dudas- atentatorio contra el principio de autonomía personal, con las serias implicancias y vedas a la libertad de elección que ello acarrea.

d. Ciudadanía, delito y pena.

Sanchez Viamonte, define a la ciudadanía como “*una institución que habilita para el ejercicio de todos los derechos políticos, y comporta deberes y responsabilidades correlativos respecto del Estado.*” (Citado en Ossorio (2008, p. 158)).

Aclara Ossorio que, si bien es clara la definición, cabe observar que una persona puede ostentar el carácter de ciudadano de un país sin tener todos los derechos políticos. El mismo Sanchez Viamonte (Citado en Ossorio (2008)) lo entiende así y define al ciudadano como:

Individuo, miembro del cuerpo social, que interviene en la formación del gobierno, que participa en la sanción de la Constitución y de las leyes por medio de sus representantes, que está facultado para controlar el desempeño de las funciones públicas y que asume una parte de la responsabilidad que incumbe al pueblo, como titular de la soberanía. (p. 159)

De esta forma, el sólo hecho de ser ciudadano de determinado país, nos hace adquirir una serie de derechos y obligaciones por ser miembros del mismo y acá es donde aparece el derecho electoral, que será ejercido por aquellas personas que obtengan la calidad de ciudadanos.

La ciudadanía, según nos dice Ossorio (2008), puede obtenerse por distintos procedimientos: por nacimiento en el país de que se trate, por opción para aquellos hijos de nacionales nacidos en el extranjero, por naturalización, por matrimonio en algunos países, y aun por la posibilidad, también en algunos países, de la doble

nacionalidad. Ahora bien, como ciudadanos nos compete la facultad de decidir, y contamos con agencia suficiente para gozar de la libertad de elección en la medida que no dañemos a otro. En un sistema democrático como el argentino, las normas vinculantes deben ser consideradas por todos los ciudadanos, aun así, sea bajo las vías de la representatividad.

En relación al concepto y noción de ciudadanía, con lo normado por el Código Electoral Nacional, nos encontraríamos a la hora de ejercer el sufragio, con distintas categorías: ciudadanos no “delincuentes” pueden y deben ejercer el derecho al voto; los ciudadanos procesados pueden ejercer el derecho al voto; los rebeldes no pueden ejercer el derecho al voto; los ciudadanos condenados no pueden ejercer el derecho al voto; los ciudadanos condenados por juegos prohibidos no pueden ejercer el derecho al voto.

Exponer distintas categorías de ciudadanía, responde a la necesidad de mostrar como la Ley ha categorizado (y hasta jerarquizado) la ciudadanía según cuestiones de derecho penal o contravencional. Ello explica desconocer las bases de nuestra Constitución Nacional y hacer caso omiso a los principios que emergen de ella.

Como bien sabemos, el que los condenados a prisión no puedan votar, es parte de la pena impuesta por haber realizado una conducta que está tipificada como delito en el Código Penal. Creo importante detenerme en ello y ahondar en cuanto a los fines de la misma.

Tal como se dijo en el capítulo II, Lascano (2005, p. 648) la define como *“un mal con el que amenaza el derecho penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito”*. Al decir que la pena es un castigo, pareciera que su función última fuera la retribución, es decir, si es claro que tiene un sentido retributivo como respuesta a un injusto, pero por otro lado, también la pena cumple otro tipo de funciones que la diferencian de las sanciones civiles, tema que será abordado a continuación.

Al hablar de los fundamentos de la pena, Ferrajoli (1998) los define como *“las razones que hacen justo, o justificado, o aceptable moral y/o políticamente que a la violencia ilegal representada por el delito se añada esa segunda violencia legal puesta en práctica con la pena.”* (Citado en Lascano (2005, p. 649)). Este concepto se diferencia de los fines o funciones de la misma porque como los define Jescheck (1993), los fines

son “los propósitos que el acto punitivo pueda y deba tener frente al reo y la colectividad.” (Citado en Lascano (2005, p. 649)).

Es evidente y clara la relación existente entre ambos conceptos, al ser la sanción la respuesta que más caracteriza al derecho penal, tanto los fundamentos como los fines de la misma están íntimamente relacionados con los del mismo derecho penal. Existen, a fin de entender los fundamentos y fines de la pena, distintas teorías que nos ayudarán a comprender más el tema: teorías absolutas o retributivas, teorías relativas o preventivas, y teorías mixtas.

Vamos a empezar con las teorías absolutas, para esta corriente de pensamiento, dice el Lascano (2005, p. 650) “*la pena se orienta exclusivamente al pasado. Su fin se satisface con la respuesta al delito cometido.*”

Entre los fundamentos filosóficos de esta teoría, encontramos a Kant y Hegel. Para Kant, la sanción penal se presenta como un “imperativo categórico”, esto sería, como una exigencia incondicionada de justicia. Dice Lascano (2005, p. 650) “*el hombre constituye “un fin en sí mismo”, y por esa razón debe evitarse por todos los medios, que sea empleado como un medio para otros fines*”.

Por otro lado, Hegel (1821) considera que la voluntad general que expresa el orden jurídico-penal conforma la “tesis”, que al ser negada por el delito a modo de “antítesis” (como resultado de la voluntad especial del que delinque), surge la necesidad de la pena para actuar ésta como negación de dicha negación, es decir, como anulación del delito, que de lo contrario tendría validez y así, como restablecimiento del derecho, es decir, la “síntesis”.

En cuanto a ventajas, el autor dice que esta posición garantiza un respeto estricto al principio de dignidad del hombre al tener en cuenta la magnitud del delito para poner un límite a la sanción. Dice Lascano (2005, p. 651) “*si la pena es retribución por el injusto, su cuantía queda anclada en la de este último.*”

Cabe decir (p. 651), que como toda teoría también tiene desventajas, en este caso continúa el autor diciendo que “*la pena como sólo retribución, no resulta útil para dar respuesta a ciertas causas del delito.*” Por último, aquellos que no comparten esta posición, creen que al “mal de la pena se le suma el mal del delito”.

En la otra esfera, tenemos las teorías relativas, para este tipo de pensamiento, la pena se dirige hacia el futuro. Como dice Lascano (2005, p. 652) *“su función no se satisface con la respuesta al delito cometido, sino que busca prevenir nuevos delitos, dirigiéndose a posibles autores para que no los cometan.”*

En contraposición de la teoría anterior, esta corriente propone que la pena sea establecida como un medio para prevenir delitos futuros. Habrá que ver si ese objetivo es perseguido dirigiéndose a toda la comunidad o bien solo al autor del delito. Para ello, hablamos de la prevención general y la prevención especial respectivamente.

En cuanto a la primera, se caracteriza para Lascano (2005, p. 650) en que *“su tarea preventiva se dirige a la colectividad y no al autor del delito, procurando evitar que surjan delincuentes de la sociedad.”* Puede hablarse de una prevención general negativa o positiva.

La prevención de tipo negativa, se debe a Feuerbach (1775 – 1833). Como dice Lascano (2005):

La idea partía de la consideración del alma del delincuente potencial como un campo de batalla entre los motivos que lo empujan hacia el delito y los que se resisten a ello. Dentro de esa lucha, la existencia de la sanción penal –conminada en abstracto–, actuaba a modo de “coacción psicológica”, colaborando para que prevalecieran los esfuerzos psíquicos que procuraban impedir la comisión del delito. Luego, el acento se situaba en el momento de la conminación, ya que su posterior aplicación, sólo serviría para confirmar la seriedad de la amenaza legal y mantener así, su eficacia en cuanto previsión abstracta. (p. 650)

En la faz positiva de la prevención general, nos dice Lascano (2005, p. 653) que *“aunque la pena se dirige a la colectividad para que no se delinca, lo hace de manera positiva.”* Y continúa *“buscando demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo.”*

En cuanto a las ventajas de este tipo de prevención, Lascano (2005, p. 654) destaca que en ambas modalidades *“autorizan la sanción aun cuando no haya peligro de repetición de los hechos, como sucede por ejemplo con el delincuente ocasional para evitar que ello incite su imitación.”*

Podemos advertir en cuanto a desventaja, según Lascano (2005, p. 654) *“las necesidades de prevención pueden llevar a una instrumentalización del hombre atentando contra su dignidad al exigir sanciones que no tengan proporción con la magnitud del injusto y la culpabilidad.”*

Hablando ahora de la prevención especial, nos dice Lascano (2005, p. 655) que *“el interés de esta concepción se centra en prevenir futuros delitos por parte de quien ha cometido el sancionado.”* Entonces, la intervención del Estado se dirige no a las personas en general, sino al propio delincuente y se pone acento así en la etapa de ejecución; etapa en la que se desarrolla el tratamiento del condenado.

Lo que se advierte en esta concepción, es la idea de un Estado social intervencionista, que se hace cargo del delincuente. Cabe señalar, que la intervención en la vida del condenado a la que Lascano (2005, p. 656) hace referencia se hace como un *“intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal”*, suponiendo la libre aceptación del tratamiento. De ahí en más, sólo podemos pretender que la persona no cometa delitos en un futuro, pero no que haga propios los valores de la sociedad que puede repudiar.

En nuestro ordenamiento jurídico vigente, se establece este tipo de prevención especial, tanto en pactos internacionales (art. 50 inc. 6 del Pacto de San José de Costa Rica) como en el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional. Y también en la Ley de Ejecución Penitenciaria (Ley 24660), se establece:

“Artículo 1: La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.”

En cuanto a las ventajas de esta corriente de pensamiento, destaca Lascano (2005):

No sólo se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, sino que al mismo tiempo quiere ayudar al auto, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, solo integrarlo. Asimismo, han sido estas corrientes las que han fomentado la aparición de una serie de instituciones que permiten dejar de

imponer o ejecutar total o parcialmente la pena en delitos poco graves cuando lo autorizan las condiciones del delincuente –como la condena condicional. (p. 656)

Con respecto a las desventajas, nos dice Lascano (2005, p. 656) que “*se presenta nuevamente el problema de las teorías preventivas como consecuencia de la ausencia de límites a la magnitud de la pena, debido a la tendencia a elevar las escalas penales de modo indefinido.*”

Y continúa diciendo (p. 657) que “*esta posición no explica por qué debe esperarse a que el sujeto peligroso cometa un delito, para que el Estado pueda intervenir, ni cómo proceder cuando el condenado rehúsa su colaboración para la resocialización.*” (p. 656)

Para finalizar con las teorías, nos queda hablar de la teoría mixta o de la unión. Como su nombre lo indica, nace de la combinación de las dos anteriores y tratando superar las desventajas que aquellas ofrecen. Dice Lascano (2005):

Hay dos modos de proceder. El primero, tomando la retribución como punto de partida, deja un papel complementario para la prevención, que sólo opera dentro del marco fijado por aquella. La otra modalidad, consiste en partir del marco fijado por la prevención y hacer jugar dentro de ello los criterios de retribución, como manera de impedir que se llegue a penas superiores a las merecidas por el hecho cometido. (p. 658)

Las ventajas de esta teoría están en que al combinar tanto las teorías absolutas como las relativas, se hace posible la solución a diferentes cuestiones que no tendrían las teorías puras. En cuanto a las desventajas, es difícil encontrar criterios que nos permitan unificar fundamentos y fines tan discrepantes.

A modo de optar por el camino correcto, viendo las desventajas de una u otra teoría, lo ideal sería adoptar una vía ecléctica, claro está que se deben tener siempre en cuenta las dificultades planteadas anteriormente.

Entonces, ¿qué relación podemos suscitar entre ciudadanía, delito y pena? En cuanto a la noción de ciudadanía podríamos asegurar que el ser ciudadano viene implícito con cada persona que habita en cierta región y habita en una sociedad/ciudad, con los derechos y deberes que ello trae aparejado. Ahora bien, un derecho inminentemente necesario es el de la posibilidad de participar en la toma de decisión

política y el sistema democrático del país y, el voto, se presenta como su más evidente manifestación. Entonces, en lo que me interesa para este trabajo, cabría preguntarnos ¿por qué decimos que al cometer un delito se merece la pena de privar el derecho a voto? Creo que se estarían confundiendo los conceptos de ciudadanía y delito. Esto es así porque una determinada persona, al cometer un delito está dañando a los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal (el que actúa en ese caso disponiendo una pena al responsable), pero nada tiene que ver aquí con el concepto de ciudadanía o, en todo caso, no se pierde la calidad de ciudadano por delinquir. En otras palabras, no deja una persona de ser ciudadana por haber cometido un delito.

Podríamos también decir que lo que aquí se cuestiona, no es el delito cometido en sí mismo para imponer determinada sanción, y he aquí el error, porque se está mirando en realidad al sujeto condenado como una categoría específica que incluso quedaría en un rango constitucional inferior que el resto de los ciudadanos. Si sostuviéramos esa postura, estaríamos entonces a favor de que la pena tenga una mera función retributiva a la que no le importa tanto la pérdida de derechos como sería el electoral; en cambio si hablamos de la pena desde su función rehabilitadora, la pérdida de este derecho sería un ejemplo de que no estaría siendo eficiente al momento de la reinserción social del condenado. Si es esto lo que se busca, mientras los condenados no sean sujetos privados de derechos, mejor serán reinsertados a la sociedad, ya que al ser privados, incluso ni ellos mismos se sentirían en igualdad de condiciones al momento de haber cumplido su condena.

Reflexiones finales

En este último Capítulo, si bien brindé los fundamentos utilizados en favor de la privación del derecho al sufragio a los condenados a prisión, propicié razones de peso para entender dicha privación como injustificada e inconstitucional.

Entre ellas creí oportuno mencionar en primer lugar, la inconstitucionalidad de la norma haciendo hincapié en el control de constitucionalidad, en especial, el utilizado en nuestro país.

En segundo término, me referí a la relación existente entre democracia deliberativa y privación del derecho a voto, indagando su contacto a través de razonamientos efectuados por Tribunales nacionales e internacionales.

Como tercer argumento, mencioné la autonomía de los condenados, mostrando como dicho valor se ve vulnerado a través de la privación del ejercicio del derecho al voto, lo que pone en jaque nuestros fundamentos filosóficos constitucionales.

En última instancia, como cuarto argumento en contra de la legislación, abordé los conceptos de ciudadanía, delito y pena a fin de justificar que el cometer un ilícito no implica la pérdida de la ciudadanía.

Con todo lo dicho, creo que hay razones y motivos suficientes para sostener que la normativa en cuestión es inconstitucional.

Conclusiones finales

El objetivo del presente trabajo de investigación fue indagar sobre la constitucionalidad de la privación del derecho a sufragar de las personas condenadas a prisión. Como objetivos específicos planteados para el presente, contábamos con la necesidad de conceptualizar los derechos civiles y políticos, analizar la normativa vigente, indagar sobre la jurisprudencia nacional e internacional y, por último, esbozar razones a favor o en contra de la normativa en cuestión. Así las cosas, fue necesario introducir y presentar la problemática, indagando los alcances en cuanto a su relación con la democracia como sistema de participación política.

En el primer Capítulo se presentó el concepto de derechos civiles y políticos, así como también su consagración en nuestra Constitución Nacional, haciendo especial hincapié en el derecho al voto.

Se ha dicho que los derechos civiles y políticos tienen por objeto la tutela de la libertad y la integridad de la persona, implicando la necesidad de velar y posibilitar la participación en la toma de decisiones políticas. Privar a un grupo de ejercer su derecho electoral implica una agresión y violación de los derechos civiles y políticos.

Luego se presentó para finalizar el Capítulo introductorio, una breve historia sobre la privación del derecho a voto tanto en la historia nacional como en el derecho comparado, con el fin de mostrar que hablar de privación no es una cuestión del presente, sino que es una temática que se remonta al pasado y, aunque en algunos países tiende a disminuir, en otros se ve muy alejada de ello.

En el Capítulo segundo, quedó plasmada la legislación en cuestión. A través del actual artículo 3 del CEN pudimos ver como continúa excluyéndose del padrón electoral a determinados grupos, particularmente al de los condenados a prisión que, como dice el artículo, lo estarán por el tiempo que dure la condena.

Por su parte, el artículo 12 del Código Penal nos da también la pauta de la exclusión del grupo en cuestión al decir que estos tendrán una inhabilitación absoluta (la que importa, tal como dice el artículo 19, la pérdida del derecho electoral, entre otros) pero además agrega que dicha exclusión podrá durar tres años más después de cumplida la condena si el juez lo dispone al dictar la sentencia.

Se mostró además como el derecho a voto está garantizado tanto por nuestra Carta Magna Nacional como también así por instrumentos internacionales dotados de jerarquía constitucional.

Una vez logrado el marco teórico y normativo respecto al derecho al sufragio, el Capítulo tres intentó ofrecer una relación estricta y necesaria entre el derecho a voto, la participación política y el sistema democrático. Pero, como sabemos, la noción de democracia lleva implícito muchas concepciones que dan lugar a una discusión teórica en la cual he intentado profundizar.

Por empezar, en aquel Capítulo se mencionó la participación política y sus distintas formas, las que son indispensables al momento de caracterizar a la democracia. En otro orden de ideas, se resaltaron cuáles son las consecuencias que tiene la privación del derecho a voto a los condenados a prisión como grupo en cuestión en el presente trabajo, para luego posicionarnos en una democracia que se basa en la igualdad. Igualdad que está pensada en el sentido de una democracia como deliberativa.

No podía dejar de lado que, como en casi todos los sistemas democráticos, se adopta la regla de la mayoría como base para tomar decisiones, si bien sabemos que esta regla no es absoluta – motivo por el que se analizaron detenidamente sus límites –, podría pensarse que, si por contar con mayoría se pretende, por ejemplo, avasallar los derechos humanos, ello no podría suscitarse y contamos con el debido control de constitucionalidad para prohibir dicho avasallamiento.

Habiendo ya logrado hacer un acabado análisis de la doctrina y legislación existente en torno a la cuestión que en este trabajo nos ocupa, el en cuarto y último Capítulo, se presentan distintos argumentos que se han utilizado en favor de la privación del sufragio a los condenados a prisión, y que, al carecer de fundamentos válidos, fueron refutados.

Al refutar estos argumentos, en primer lugar, necesariamente se menciona la inconstitucionalidad de la norma y qué sentido tiene particularmente en nuestro país el control de constitucionalidad. Luego se hizo referencia a la privación del voto como atentatoria a la democracia, argumento éste sustentado con jurisprudencia tanto nacional como internacional. Siguiendo con los argumentos que propongo en contra de la legislación, menciono la autonomía del condenado, en el sentido de que el mismo la pierde si al momento de estar cumpliendo la condena se encuentra privado del derecho

electoral ya que no puede tomar decisiones políticas que inminentemente le afectarán su proyecto de vida y por consiguiente su propia libertad.

Por último, intenté lograr una relación entre los conceptos de ciudadanía – delito – pena, con el fin de concluir este trabajo diciendo que, si bien una persona que comete un delito merece un castigo, ese castigo será impuesto por el derecho penal, lo que significa que el cometer una conducta ilícita y por ende ser sancionado, no implica la pérdida de la ciudadanía, calidad que cada uno tiene por el simple hecho de ser personas que habitan en el territorio nacional. El derecho penal impone a los responsables por un delito una pena, pero no por ello se afecta a la democracia y mucho menos podríamos razonablemente sugerir que quien ha cometido un ilícito deba perder la calidad de ciudadano.

Es así como, podemos asegurar – gracias al razonamiento efectuado y los argumentos esbozados – que las dos normas cuestionadas en el presente trabajo de investigación, son inconstitucionales. Ello, por cuanto, la amplitud con la que presentan devienen contrarias al texto y al objeto mismo de la Constitución Nacional. Esto no sólo en cuanto entran en colisión con el artículo 16, sino en cuanto se oponen a lo claramente dispuesto por el artículo 37, allí cuando afirma en su primer párrafo: “*Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos (...)*”, así como todo el sistema garantista de los derechos cívicos y humanos consagrado en los Tratados internacionales con jerarquía constitucional.

En relación al concepto y noción de ciudadanía, con lo normado por el Código Electoral Nacional, nos encontraríamos a la hora de ejercer el sufragio, con distintas categorías: ciudadanos no “delincuentes” pueden y deben ejercer el derecho al voto; los ciudadanos procesados pueden ejercer el derecho al voto; los rebeldes no pueden ejercer el derecho al voto; los ciudadanos condenados no pueden ejercer el derecho al voto; los ciudadanos condenados por juegos prohibidos no pueden ejercer el derecho al voto.

Excluir a cierto grupo social del derecho al sufragio, es vedar de la participación política en la constante construcción de la toma de decisiones políticas, con su consecuente vulneración a los valores emergentes del sistema democrático. Existe un serio problema cuando la ley es creada sólo por unos pocos, es decir, cuando las leyes que no son producto de un diálogo colectivo equitativo ya que van a inclinarse por

maltratar a parte de la comunidad, y a distinguirse por su contenido indebidamente parcial. Por idénticas razones, el castigo no se justifica cuando el mismo aparece como un intento coercitivo para aplacar a los golpes a la voluntad del criminal. Si mantenemos vigente la normativa aquí cuestionada, tendremos un país que excluye injustificadamente a un grupo. Un país para pocos. Un país injusto.

Bibliografía

Doctrina:

Bidart Campos, Germán J. (2008). *Compendio de Derecho Constitucional*. (1° ed, 1° reimp.) Buenos Aires: Ediar.

Bobbio, N. (1998). *La regla de la mayoría: límites y aporías*. Agora: Verano de 1998.

Cafferata Nores, José I. (2007). *Procesal Penal y Derechos Humanos – la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires: CELS.

Comité de Derechos Humanos. (1996). *Observación General No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57° período de sesiones, U.N.* Recuperado el 6-4-2017 en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html>

Dahmi, M. (2009). *La política de privación del sufragio a los presos ¿Una amenaza para la democracia?* Revista de Derecho, 22 (2).

Divito, Mauro A. y D'Alessio, Andrés J. (2005). *Código Penal Comentado y Anotado: Parte General*. (1° ed.) Buenos Aires: La Ley.

Filippini, L y Rossi, F. (2012). *Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho al voto de las personas condenadas*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 13 (1).

Filippini, L., Rossi, F., Amette Estrada, R. y otro (2012). *El voto de las personas condenadas: un derecho pendiente*. Buenos Aires.

Gargarella, R. (2007)/B. *Mano dura sobre el castigo. Igualdad y Comunidad (I)*. Publicado en *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: del Puerto.

Habermas, J. (1998). *Derechos humanos y soberanía popular. La versión liberal y republicana*. Madrid: Alianza.

Lascano, Carlos J. (2005). *Derecho Penal: parte general*. (1° ed, 1° reimp.) Córdoba: Advocatus.

Martí, José L. (2006). *La República deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.

- Nino, Carlos S. (1989). *Ética y Derechos Humanos*, 2ª edición, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, Carlos S. (1996). *La Constitución de la Democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Orihuela, Andrea M. (2008). *Constitución Nacional Comentada*. (4º ed.) Buenos Aires: Estudio.
- Ossorio, M (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Bogotá: Printer Colombiana.
- Ovejero, F. (2008). *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism*. (1º ed.) Madrid: Katz Editores.
- Rey, Sebastián A. (2012). *Derechos Humanos*. CABA: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Rodríguez – Aguilera de Prat, C. (1997) *Norberto Bobbio y el futuro de la democracia*. Working Paper n° 125. Barcelona.
- Rossetti, A. *¿Los Derechos Sociales como derechos “de segunda”? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias con los derechos “de primera”*. Citado en: Espinoza de los Monteros, J y Ordóñez, J. (2013). *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sabucedo Camaselle, José M. (1996). *Psicología Política*. Madrid: Síntesis.
- Sagüés, Nestor P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Legislación:

- Código Electoral Nacional – Ley 19.945 y modificaciones.
- Código Penal – Ley 11.179 y modificaciones.
- Constitución Nacional Argentina – Ley 24.430 y modificaciones.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Jurisprudencia:

Cámara Nacional Electoral, Expte. N° CNE 3451/2014/CA1 CAPITAL FEDERAL. Caratulado: “Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional – Ministerio del Interior y Transporte s/amparo – Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2° C.P. y 3° inc. ‘e’, ‘f’ y ‘g’ C.E.N.)”, sentencia del 24 de mayo de 2016.

Corte IDH, caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 6 de agosto de 2008.

CSJN, “Alianza Frente para la Unidad s oficialización listas de candidatos”, sentencia del 27 de septiembre de 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos en “Case of Scoppola v. Italy”, sentencia del 22 de mayo de 2012.

Páginas web:

- ✓ <http://microjuris.com.ar>
- ✓ <http://www.mininterior.gov.ar/asuntospoliticos/pdf/HistoriaElectoralArgentina.pdf> <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/06/fallos43571.pdf>
- ✓ http://www.planv.com.ec/sites/default/files/pacto_internacional_de_derechos_civiles_y_politicos_version_comentada.pdf