

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

**LA ESPECIAL
TRASCENDENCIA
CONSTITUCIONAL**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i>	17
-------------------------------------------	----

Especial trascendencia constitucional

ÓSCAR URVIOLA HANI <i>Los conceptos de «contenido constitucionalmente relevante» y «especial trascendencia constitucional» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	25
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>La «especial trascendencia constitucional» como causal para el rechazo liminar de recursos de agravio en el Perú</i>	41
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA <i>Razones para comprender la «especial trascendencia constitucional» en el precedente vinculante del Tribunal Constitucional</i>	57
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

ANÍBAL QUIROGA LEÓN <i>El régimen del recurso de agravio constitucional, los precedentes y las sentencias interlocutorias</i>	75
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CÉSAR LANDA ARROYO <i>Límites y alcances de la «especial trascendencia constitucional»</i>	89
-----------------------------------------------------------------------------------------------	----

EDWIN FIGUEROA GUTARRA <i>La exigencia de «especial trascendencia constitucional» en el ordenamiento constitucional peruano. Indeterminación y reconstrucción del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC</i>	111
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

EDGAR CARPIO MARCOS <i>El rol del Tribunal Constitucional: balances, problemas y perspectivas a partir de un precedente</i>	133
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES
*La «especial trascendencia constitucional» del RAC y su relación
con las causales de improcedencia de los procesos constitucionales* 181

JUAN MANUEL SOSA SACIO
*El requisito «especial trascendencia constitucional» como rechazo
in limine exigido por la Constitución* 191

RAÚL GUTIÉRREZ CANALES
*La «especial trascendencia constitucional»: un análisis desde el
derecho comparado y la legitimidad del derecho constitucional* 213

Discursos

ÓSCAR URVIOLA HANI
Presidente del Tribunal Constitucional 241

MANUEL MIRANDA CANALES
Vicepresidente del Tribunal Constitucional 249

JOSÉ LUIS SARDÓN DE TABOADA
Magistrado del Tribunal Constitucional 251

Miscelánea

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA
Poesía y derecho constitucional 257

ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ
*El derecho fundamental de libertad religiosa en la
Constitución del Perú y su desarrollo jurisprudencial* 265

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN
La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico 313

MARCO OLIVETTI

El dilema del prisionero. Reflexiones críticas sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de voto de los condenados

335

Jurisprudencia comentada

JIMMY MARROQUÍN LAZO

El caso Rosalía Huatuco. Comentario a la STC N° 05057-2013-PI/TC, de fecha 16 de abril de 2015

381

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

Demanda de amparo laboral sobre restitución del cargo. Comentario a la STC N° 02383-2013-PA/TC, de fecha 12 de mayo de 2015

385

Reseñas

NADIA IRIARTE PAMO

El control constitucional del poder

391

JIMMY MARROQUÍN LAZO

Cuestiones constitucionales

395

JERJES LOAYZA JAVIER

Justicia, derecho y sociedad. Debates interdisciplinarios para el análisis de la justicia en el Perú

397

ROGER VILCA APAZA

Historia y evolución de la actividad jurisdiccional

401

El dilema del prisionero

Reflexiones críticas sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de voto de los condenados

MARCO OLIVETTI*

Sumario:

1. La restricción del derecho de voto en consecuencia de una condena penal: del derecho penal al derecho constitucional; 2. Los derechos políticos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: las libertades de reunión y de asociación; 3. La garantía de elecciones libres y secretas; 4. Las limitaciones del derecho de voto compatibles con el Convenio y el problema de los condenados a una pena de prisión; 5. La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de voto de los prisioneros: el caso Hirst contra Reino Unido; 6. El caso Frodl v. Austria; 7. El caso Greens y el caso Scoppola; 8. Las decisiones de 2013: los casos Firth, Anchugov and Gladkov y Söyler; 9. Anotaciones críticas, 9.1. Críticas de método, 9.2. Para una justificación teórica plausible de la privación del derecho de voto de los condenados.

335

1. La restricción del derecho de voto en consecuencia de una condena penal: del derecho penal al derecho constitucional

En las últimas dos décadas el tema de la privación del derecho de voto de los autores de crímenes que han sido condenados a una pena que comporta la privación de la libertad personal, se ha convertido en uno de los objetos privilegiados del diálogo entre las jurisdicciones de diferentes sistemas jurídicos¹, que es una de las dimensiones más interesantes del

* Profesor catedrático de derecho constitucional en el Departamento de Derecho de la Universidad de Foggia, Italia. Miembro del Comité de reformas constitucionales nombrado por el gobierno italiano en 2013.

¹ Como es bien sabido, dicho diálogo tiene una dimensión «horizontal», en la cual están involucrados jueces de diferentes ordenes jurídicos estatales, y una dimensión «vertical», que concierne a las relaciones entre jueces internacionales o supranacionales. Para una síntesis de unos problemas planteados por dicho diálogo véase G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

constitucionalismo contemporáneo. Varias sentencias de tribunales supremos o constitucionales fueron emitidas en Sudáfrica², Canadá³, Australia⁴, Israel⁵, Estados Unidos⁶, México⁷. A estas sentencias se añadió después del año 2004 una importante corriente jurisprudencial elaborada en el sistema de protección de derechos humanos del Consejo de Europa.

² *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1, 15 n. 30 (CC) (S. Afr.), que fue adoptada en ausencia de una «disqualifying rule» prevista por la ley y *Minister of Home Affairs v National Institute for Crime Prevention and the Reintegration of Offenders (NICRO)* 2005 (3) SA 280 (CC).

³ *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, (1992), 7 O.R. (3d) 481 (según la cual un «blanket disenfranchisement» es inconstitucional porque el derecho de voto es garantizado por la Carta canadiense de derechos y libertades sin la previsión de limitaciones) y *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68 (según la cual la privación del derecho de voto para los condenados a una pena de más de dos años de reclusión es inconstitucional por la violación del principio de proporcionalidad: el fin legítimo que el gobierno canadiense declaraba perseguir —una punición suplementaria, que fomente la responsabilidad cívica y el estado de derecho— no convenció al Tribunal, y además porque los medios utilizados por el gobierno no eran proporcionales al fin).

⁴ *Roach v. Electoral Commissioner*, [2006] HCA 43, 2.5.2007, según el cual la privación del derecho de voto para todos los prisioneros condenados es inconstitucional, pero el legislador puede establecer la misma medida limitándola a los condenados a una pena de más de tres años.

⁵ *Alrai v. Minister of the Interior* HCJ 2757/06, 50(2) PD 18 [1996] (Isr.).

⁶ La decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974) es la menos recientes de las decisiones aquí citadas y quizá la única adoptada según un criterio de *judicial self-restraint*. No es una coincidencia que dicha decisión haya considerado constitucionalmente legítimas las fuertes limitaciones del derecho de voto previstas en varios estados miembros de Estados Unidos. El argumento central utilizado por *Richardson v. Ramirez* es que la sección 2 de la XIV enmienda a la Constitución, que contempla la privación del derecho de voto por las leyes estatales «por participación en una rebelión o en otro crimen», permite a los estados excluir del derecho de voto a los condenados y no permite a los jueces ejercer un control sobre la legislación estatal desde el punto de vista del respeto del principio de la *equal protection* fundada en la sección 1 de la misma XIV enmienda. Sin embargo, en el fallo *Hunter v. Underwood*, 471 US 222, 233 (1985) el Tribunal supremo declaró inconstitucional una norma de la Constitución de Alabama que había quitado el derecho de voto a las personas condenadas por crímenes de *moral turpitude*, incluso cuando dichos crímenes no eran sancionados con la cárcel. El Tribunal supremo opinó que dicha norma, aun si construida formalmente de manera neutral desde el punto de vista racial, había sido en realidad adoptada con finalidades discriminatorias. Para una exposición de los fallos más recientes sobre este tema, véase M. E. FEINBERG, *Suffering Without Suffrage: Why Felon Disenfranchisement Constitutes Vote Denial Under Section Two of the Voting Rights Act*, in *Hastings Poverty and Law Journal*, 8:2 (2011), p. 61 y ss.

⁷ Debe cotejarse, entre otras, las decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en los fallos SUP-JDC-20/2007, SUP-JUD 98/2010 y SUP-JDC-157/2010. Sobre

Estas sentencias se sitúan al interior de un doble conflicto: uno entre los jueces supremos o constitucionales y las asambleas representativas democráticamente elegidas –que en varios casos introdujeron⁸ o confirmaron⁹ la privación del derecho de voto de los condenados– y el otro entre los tribunales nacionales y los supranacionales, en los casos en los cuales la privación del derecho de voto de los condenados tenía un fundamento constitucional interno¹⁰.

estos fallos v. nuestro comentario en M. Olivetti, *Presunción de inocencia, custodia cautelar y limitaciones al sufragio pasivo*, ponencia en el III Observatorio Judicial Electoral, Ciudad de México, 2011 y L. Ríos Vega, *La suspensión preventiva del sufragio pasivo: ¿prisión, libertad o proporcionalidad?*, Documento de Trabajo para el III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral, TEPJE, Ciudad de México, 2010.

⁸ Es por ej. el caso de Australia (2006) y de Nueva Zelanda [si v. *l'Electoral (Disqualification of sentenced prisoners) Amendment Act 2010*, que añadió la letra (d) al texto del art. 80.1 del *Electoral Act 1983*, según el cual no tiene derecho de voto «a person who is detained in a prison pursuant to a sentence of imprisonment»]. Sobre este último caso, véase la opinión crítica de A. Geddis, *Prisoner Voting and Rights Deliberation: How New Zealand's Parliament Failed*, en *New Zealand Law Review*, 2 (2011) p. 454-455.

⁹ Son, por ej., los casos de Canadá y de Reino Unido. En el primero, después de la primera sentencia *Sauvé*; en el segundo, después de la sentencia *Hirst* del TEDH. Sobre el debate parlamentario en la Cámara de Comunes británica de febrero de 2011 v. House of Commons, *Debates*, vol. 523, col. 493. Al final del debate se rechazó la modificación del *Representation of the People Act 2000* pedida por el TEDH; véase D. Nicol, *Legitimacy of the Commons Debate on Prisoner Voting*, en *Public Law*, oct. 2011, p. 681 y ss. Sin embargo, en noviembre 2012 el Lord Chancellor publicó el *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* y anunció el nombramiento de un *Joint Committee* de las dos Cámaras, encargado de proceder al *pre-legislative scrutiny*. El borrador de proyecto de ley imagina tres soluciones: la solución A y la B reconocen el derecho de voto a todos los que purgan penas de prisión de menos de 4 años o mayores a 6 meses, mientras que la solución C confirmaría la exclusión completa del voto de todos los prisioneros condenados. El 18 de diciembre de 2013 el *Joint Committee* publicó un Informe en el cual afirma: «we recommend that the Government introduce a Bill at the start of the 2014-15 session, which should provide that all prisoners serving sentences of 12 months or less should be entitled to vote in all UK parliamentary, local and European elections; and moreover that prisoners should be entitled to apply, up to 6 months before their scheduled release date, to be registered to vote in the constituency into which they are due to be released». Para el informe ahora citado véase <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtdraftvoting/103/10302.htm>.

¹⁰ Además, en varios estados miembros los Tribunales constitucionales o supremos se han pronunciado sobre el tema en examen en el contexto generado por la jurisprudencia del TEDH: ejemplo de ello son las decisiones del Tribunal constitucional de Austria de 27.11.2003 y de 27.9.2007, y del Tribunal supremo del Reino Unido en *R (on the application of Chester) v Secretary of State for Justice* y *McGeoch (AP) v The Lord President of the Council and another (Scotland)*, del 16.10.2013.

En su conjunto, la jurisprudencia ha desplazado la perspectiva del análisis de este tema –situado «*at the intersection of voting rights and criminal justice*»¹¹– del derecho penal al derecho constitucional, internacional y electoral. Sin embargo, en esta modificación de perspectiva se ha producido una desvalorización de las razones que justificaban –y que a nuestro parecer pueden seguir justificando¹²– la restricción del derecho de voto.

En este ensayo se analizará la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha adoptado varias decisiones sobre este tema entre 2004 y 2013, dando origen a un «recorrido jurisprudencial» no siempre lineal y todavía no acabado. Después de una breve introducción sobre la colocación sistemática del derecho de voto y de los derechos políticos en el sistema del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (parr. 2 y 3), se examinarán las limitaciones a dicho derecho y en particular la de condena penal definitiva (par. 4). Se analizará, entonces, la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de voto de los prisioneros condenados, a fin de poner en evidencia sus elementos de continuidad y sus contradicciones (par. 5-8) y se intentará una crítica general de las posiciones prevalentes en ella (par. 9).

338

2. Los derechos políticos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: las libertades de reunión y de asociación

Los derechos de participación política están situados al margen del *corpus* principal de los derechos fundamentales garantizados por el CEDH, que en su texto originario se presentaba como una codificación limitada a los derechos clásicos de libertad, en el sentido estricto de esta noción; es decir, como limitado a los *Abwehrrechte* (derechos de defensa), o libertades negativas. En comparación con estas últimas, los derechos de participación política constituyen una categoría de derechos distintos, cuya característica común es la de permitir a los ciudadanos participar en la formación de la voluntad del estado¹³; entonces, entre las libertades clásicas y los derechos políticos hay

¹¹ A. C. EWALD, “*Civic death*”: *the ideological paradox of criminal disenfranchisement law in the United States*, en *Wisconsin Law Review*, 2002, p. 1054.

¹² Si v. *infra*, par. 9.2.

¹³ Arndt, *Art. 3, ZP 1*, in U. Karpenstein, F.C. Mayer (a cura di), *EMRK – Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München,

la distancia identificada por Benjamin Constant entre las libertades de los modernos y las libertades de los antiguos.

Sin embargo, la participación de los ciudadanos en la vida política no es un fenómeno extraño al Convenio; en primer lugar, por las razones histórico-políticas que el 4 de noviembre de 1950 fueron la base del Convenio mismo: la de ofrecer una síntesis de los derechos de la tradición liberal-demócrata de Europa Occidental, como alternativa, sea a los fascismos derrotados en la segunda guerra mundial, sea a los regímenes comunistas entonces triunfantes en la Europa del Este bajo dominación soviética.

Además, la importancia de la democracia representativa y, por reflexo, de los derechos de participación política que este tipo de régimen político supone, se percibe, en el texto originario del Convenio, por lo menos en dos aspectos: de un lado la referencia a una sociedad democrática como contexto en el cual se sitúan los derechos garantizados por el Convenio¹⁴; de otro lado la inclusión, entre los derechos protegidos por el CEDH, de unas libertades que desarrollan un papel de «puentes» entre las libertades privadas y la participación a la vida política: es el caso de los derechos de reunión y asociación, garantizados por el art. 11° del CEDH, cuya proyección política deriva de su carácter de derechos individuales de libertad con ejercicio colectivo. Si es cierto que las libertades de reunión y de asociación son relevantes también en la perspectiva de la vida privada y social (pero “pre-política”) de las personas (como se ve de la explícita mención que se hace en el art. 11° sobre la libertad de asociación en sindicatos), es también claro que dichas libertades –así como la libertad de opinión protegida por el art. 10°– permiten al ciu-

2012, p. 390 subraya que se trata de un „Teilhaberecht“ y que el art. 3 del Prot. Ad. n. 1 requiere que los estados adopten medidas positivas. El TEDH, en el fallo *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece [GC]*, App. no. 42202/07, § 67, 15.3.2012 comentó que «In the context of Article 3 of Protocol No. 1, the primary obligation is not one of abstention or non-interference, as with the majority of civil and political rights, but one of adoption by the State of positive measures to “hold democratic elections”». Sobre el voto como *status activus civitatis* ver G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr, Tübingen, 1905, p. 136 y ss. y 159 y ss.

¹⁴ Véase el Preámbulo (cf. *Zdanoka v. Latvia - GC*, App. 58278/00, dec. 16.3.2006, § 98 y ss) y los art. 9.2, 10.2 y 11.2 del CEDH.

dadano, y a los ciudadanos organizados, influir en la esfera pública y en la vida política. Esta relevancia «pública» de los derechos protegidos por el art. 11° es confirmada por la jurisprudencia del TEDH, que incluye la libertad de asociación en los partidos políticos entre las diferentes formas de la libertad de asociación protegida por el Convenio. El Tribunal ha subrayado que dicho perfil de la libertad de asociación goza de una protección reforzada, con la consecuencia de que en las limitaciones a la libertad de los partidos, los Estados miembros disponen de un margen de apreciación más estricto¹⁵.

3. La garantía de elecciones libres y secretas

En el sistema jurídico del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, el derecho de voto (el más importante de los derechos de participación política) es objeto de una regulación escrita solo gracias al primer Protocolo adicional al Convenio, firmado en París el 20 de marzo de 1952 y en vigor el 18 de mayo de 1954. Y además esta regulación se refiere al derecho de voto solo en forma indirecta: el artículo 3°, de hecho no adopta la perspectiva más amplia que se encuentra en la Declaración universal de los derechos humanos de 1848 (art. 21°)¹⁶, en el Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos de 1966 (art. 25°)¹⁷, en la Convención Americana sobre derechos

340

¹⁵ *United Communist Party of Turkey v. Turkey*, App. 133/1996/752/951, 30.1.1998, § 46. Sin embargo, según el TEDH, tampoco este perfil de la libertad de asociación es exente de límites y los partidos que persiguen un programa político incompatible con los valores democráticos consagrados en el Convenio pueden ser disueltos por los estados miembros (*Refah Partisi et al. C. Turquie*, Req. 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, dec. 13.2.2003 § 100, 102 y ss.; *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, Req. 25803/04 et 25817/04, dec. 30.6.2009 § 63-64, 78, 82).

¹⁶ «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».

¹⁷ « Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 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;

humanos de 1969 (art. 23º)¹⁸ y en la Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (art. 13º)¹⁹, que garantizan el derecho de participar a la dirección de los asuntos públicos, el derecho de votar y de ser votado y el derecho al igual acceso a las funciones públicas de su propio país. Al contrario, el art. 3º del I Protocolo Adicional contiene una formulación más restrictiva²⁰:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

Formalmente, entonces, el art. 3º no utiliza la expresión «derecho de votar» y por esto no parecería posible razonar sobre si se trata de una garantía del derecho subjetivo de votar y de ser votado. La naturaleza de la garantía contenida en el art. 3º del Protocolo Adicional núm. 1 es en primer lugar *objetiva*: las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar elecciones libres. Aparentemente esta parecía ser solo una obligación recíproca de los

-
- 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».

¹⁸ «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».

¹⁹ «Todo ciudadano tendrá derecho a participar libremente en el gobierno de su país, ya sea de modo directo o a través de representantes libremente escogidos de conformidad con las disposiciones de la ley.

2. Todo ciudadano tendrá derecho a acceder al servicio público de su país.

3. Todo individuo tendrá derecho a acceder a la propiedad y a los servicios públicos en estricta igualdad con todas las personas ante la ley».

²⁰ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, VII ed., Puf, Paris, 2005, p. 478-479.

Estados miembros y no un derecho individual de los ciudadanos: entonces, de un lado este artículo podría quizá compararse con las cláusulas de homogeneidad políticas previstas en las Constituciones de los Estados federales, con la finalidad de armonizar las estructuras políticas de los estados miembros²¹. De otro lado, este artículo parecería tener relevancia solo en el marco del procedimiento de garantía colectiva previsto por el Convenio, es decir, en cuanto a los procedimientos entre Estados²², y no en el marco del recurso individual.

De hecho, las primeras decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos²³ habían interpretado el artículo 3° del Protocolo Adicional como una garantía institucional y no como un derecho subjetivo, y habían afirmado que dicho artículo no garantizaba el derecho individual de votar, sino solo el derecho a que los Estados miembros organizaran elecciones libres²⁴ y que las elecciones libres mencionadas por el art. 3° implicaban el sufragio universal²⁵.

²¹ El ejemplo más conocido es la garantía a los Estados miembros de una forma de gobierno republicana, prevista por el art. IV, sec. 4 de la Constitución de Estados Unidos. Cláusulas similares se encuentran también en la Constitución suiza (art. 5), en la argentina (art. 5) y en la alemana (art. 28). Sobre este problema véase v. M. Olivetti, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 44 y ss.

²² S. Marcus-Helmons, *Article 3*, en L.-E. Petitti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, II ed., Economica, Paris, 1999, p. 1013, que cita como ejemplo la demanda de Dinamarca, Noruega, Suecia y Holanda contra Grecia en 1969 por violación de este artículo después del golpe de estado de 1967.

²³ Hasta la modificación del Convenio con el Protocolo n. 11 (que fue adoptado el 11 de mayo de 1994 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1998), la Comisión Europea de Derechos Humanos era el órgano al cual se sometían sea las demandas de los estados sea las demandas individuales, estas últimas solo en el caso de que el estado miembro afectado hubiese aceptado específicamente este procedimiento, que entonces era facultativo. Después de la decisión de la Comisión, el asunto podía llegar al Tribunal, lo que, sin embargo, pasaba solo en un número limitado de casos. F. Sudre, *Droit européen*, cit., p. 534 recuerda que el Tribunal adoptó 36 sentencias entre 1960 y 1979, 119 sentencias entre 1980 y 1989 y 389 sentencias entre 1994 y 1998; es decir, en este último periodo, un promedio de 75 sentencias cada año, más que en todo el periodo 1959-82.

²⁴ Si v. i casi decisi dalla Corte sulla base di Req. 530/59 e 1065/61 *X and others v. Belgium*, Com. Dec. 18.9.1961. Sobre la evolución de la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal se v. C. Pinelli, *Protocollo I – Art. 3*, en S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (cur.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 847 y ss.

²⁵ *X. v. Federal Republic of Germany*, App. 2728/66, dec. 6.10.1967.

No era entonces cierto que fuese posible derivar del art. 3º del Prot. Ad. núm. 1 un derecho subjetivo. Sin embargo, ya en 1975 la Comisión Europea de los Derechos Humanos había llegado a la conclusión de que dicho artículo garantiza un derecho subjetivo individual²⁶ y el TEDH, en el caso *Mathieu-Mohin*, en 1981, el primero en el cual se ocupó del art. 3º, confirmó y desarrolló esta orientación.

«Mientras que todas las demás cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos núms. 1, 4, 6 y 7 (P1, P4, P6, P7) utilizan palabras como «Toute personne a droit» o «Nul ne peut», el artículo 3º (P1-3) utiliza la expresión «Les Hautes Parties Contractantes s'engagent». Tal vez se ha deducido de esto que el art. 3 no crea derechos y libertades individuales «directamente reconocidas a todos los que» están sometidos a la jurisdicción de dichas partes (sentencia Irlanda contra Reino Unido del 18 de enero de 1978, série A nº 25, p. 91, § 239), sino que crea únicamente obligaciones entre estados. (...) Una interpretación tan restrictiva no resiste a l'examen [...].

Los trabajos preparatorios del Convenio no revelan ninguna intención de excluir, en el campo del art. 3º (P1-3), el juego del derecho individual, mientras que se pensó por mucho tiempo en excluir el control de la Corte. Además, en los trabajos preparatorios se encuentran frecuentes menciones de la «libertad política», de los «derechos políticos», de los «derechos y libertades políticas del individuo», del «derecho a elecciones libres» y del «derecho de voto».

Entonces... la «coloración interestadual» de la formulación del artículo 3º (P1-3) no refleja ninguna diferencia de fondo con las demás cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos. Ella parece explicable con la voluntad de dar más solemnidad a la tarea asumida y con la circunstancia de que en el campo considerado se encuentra en primer plano no una obligación de abstención o de no interferencia, como por la mayoría de los derechos civiles y políticos, sino la obligación, a cargo del estado, de adoptar medidas positivas para «organizar» elecciones democráticas²⁷.

²⁶ *W., X, Y et Z. Contre Belgique*, Req. 6745/74 y 6746/74, dec. 30.5.1975.

²⁷ *Mathieu Mohin et Cleyrfaüt c. Belgique*, Req. 9267/81, dec. 2.3.1987, n. 48-50; *Zdanoka v. Latvia*, n. 102.

Se trata de una interpretación extensiva del texto del art. 3° del Prot. Ad. n. 1, que parece discutible sea desde el punto de vista literal, sea desde el punto de vista histórico, sea desde el punto de vista sistemático²⁸.

En lo que concierne a la letra del art. 3°, es claro que no hay ninguna mención de la dimensión subjetiva de la garantía de elecciones libres, y menos aún de un derecho individual de voto.

En lo que se refiere a los trabajos preparatorios²⁹, el TEDH puede encontrar en ellos solo referencias genéricas a los derechos políticos y puede hacer hincapié únicamente sobre un argumento «negativo», según el cual, no había ninguna intención de excluir el recurso individual.

Por fin, el sistema de los derechos garantizados por el CEDH autoriza una conclusión diferente a la que adoptó el TEDH; por la naturaleza misma de los derechos políticos, que son al mismo tiempo una forma de participación del ciudadano a una función pública, antes de ser derechos subjetivos e individuales. Y el texto del art. 3° se refiere a dichos derechos exactamente en esta perspectiva, considerando los intereses individuales en este ámbito como reflejos de una garantía objetiva: la de elecciones libres. En otras palabras: el art. 3° reconoce el derecho de voto para realizar elecciones libres, no el revés (es decir: no reconoce las elecciones libres para permitir a la dignidad de la persona de expresarse en el voto).

344

Sin embargo, estas observaciones tienen solo la función de subrayar que lo que explica la «subjetivización» del derecho de voto es el activismo judicial del TEDH y no el texto del CEDH y de sus protocolos, interpretados según las reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica. Se trata, entonces (como en muchos otros aspectos de la jurisprudencia de los jueces de Estrasburgo), de actos de voluntad y no de razón, y el derecho individual de votar

²⁸ De hecho, aun al final de los años noventa un autor comentaba que el reconocimiento de un derecho subjetivo individual de voto era «le point le plus étonnant» de la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal: S. Marcus-Helmons, *Article 3*, cit., p. 1020.

²⁹ Sobre el origen del art. 3 ver R. Goy, *La garantie européenne du droit à des libres élections législatives: l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention de Rome*, en *Revue du droit public et de la science politique*, 1986, p. 1278 y ss.

y de ser votado es entonces un derecho «descubierto» por la Corte europea, de creación «pretoria»³⁰. De toda manera, es difícil negar hoy que la jurisprudencia del TEDH sobre la existencia en el art. 3° de un derecho subjetivo de votar y de ser votado se haya consolidado y el jurista positivo tiene que aceptar este hecho consumado.

4. Las limitaciones del derecho de voto compatibles con el Convenio y el problema de los condenados a una pena de prisión

A) En su jurisprudencia, el TEDH subraya constantemente la importancia central de este derecho en el sistema del Convenio europeo de derechos humanos. Sin embargo, también en este caso, la jurisprudencia de Estrasburgo repite su afirmación clásica, según la cual el derecho de voto no es absoluto³¹ y los Estados pueden limitar los derechos garantizados por el artículo 3° por varios tipos de finalidades:

Los derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo núm. 1° son muy importantes para la creación y la preservación de una verdadera democracia fundada sobre la prevalencia del derecho. Sin embargo, dichos derechos no son absolutos. Hay margen para «limitaciones implícitas», y a los Estados contratantes debe reconocérseles un margen de apreciación en la materia³².

345

Según el TEDH, la ausencia de una enumeración de los motivos de las limitaciones deja a los Estados miembros un margen de apreciación más extenso de lo que pasa con los derechos –como los de reunión y de asociación–, en los cuales el Convenio mismo menciona las razones por las cuales los Estados pueden limitar el derecho en cuestión³³. En una decisión reciente el TEDH ha llegado a comentar que:

«Given that Article 3 of Protocol No. 1 is not limited by a specific list of “legitimate aims”, the Contracting States can justify a restriction by

³⁰ F. Sudre, *Droit international et européen*, cit., p. 482 y 484.

³¹ M. Starita, *Art. 3 Prot. Ad. n. 1*, en S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, p. 842.

³² *Zdanoka c. Lettonie*, n. 98 y 103.

³³ *Zdanoka c. Lettonie*, n. 86. Se vea M. Starita, *Art. 3 Prot. Ad. n. 1*, cit., p. 834.

reference to any aim which is compatible with the principle of the rule of law and with the general objectives of the Convention»³⁴.

Considerado que en su estructura textual el artículo 3° no menciona el derecho de voto, no puede sorprender que dicho artículo tampoco mencione las finalidades por las cuales se permiten las limitaciones de dicho derecho. Las restricciones están sometidas al respeto del principio de proporcionalidad, es decir:

- a) tiene que perseguir un fin legítimo;
- b) tienen que ser necesarias para conseguir el fin;
- c) no deben existir alternativas menos restrictivas para el titular del derecho.

El Tribunal de Estrasburgo ha subrayado que los derechos de votar y de ser votado no deben ser limitados «en su misma sustancia» ni privados de su efectividad³⁵. El TEDH utiliza un criterio más estricto en el control sobre las limitaciones al derecho de votar que sobre las al derecho a ser votado. El margen de apreciación nacional, ya amplio en el derecho de votar, es aún más amplio en el derecho de ser votado.

346

B) La jurisprudencia de la Comisión de derechos humanos permitía inicialmente que algunas categorías de personas, como los encarcelados por ejecución de una condena penal, fueran privadas del derecho de votar³⁶. En el fallo *X. v. Federal Republic of Germany*, la Comisión había afirmado que la restricción del derecho de voto de

«convicted prisoners serving their sentence [...] do not affect the “free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature” within the meaning of article 3° of the Protocol (P1-3)»³⁷.

³⁴ *Shindler v. The United Kingdom*, App. 19840/09, dec. 7.5.2013, n. 101

³⁵ *Matthews v. The United Kingdom*, App. 24833/94, dec. 18.2.1999, n. 65, *Labita c. Italie*, Req. 26772/95, dec. 6.4.2000, n. 201.

³⁶ *X v. Federal Republic of Germany*, App. 2728/66, dec. 6.10.1967. Nello stesso senso si v. *X v. United Kingdom*, App. 7730/76, dec. 28.2.1979.

³⁷ *X v. Federal Republic of Germany*, App. 2728/66, dec. 6.10.1967. Nello stesso senso si v. *X v. United Kingdom*, App. 7730/76, dec. 28.2.1979.

Y en el fallo *H. v. The Netherlands*, la misma Comisión había afirmado que

«Este tipo de limitaciones se explican con la idea que unas condenas marcan de infamia para un periodo determinado que puede ser tenido en consideración por la legislación en lo que se refiere al ejercicio de los derechos políticos. Aún si puede parecer rígido que una condena superior a un año tenga siempre como consecuencia una suspensión del derecho de voto por tres años, la Comisión no cree que una medida de este tipo exceda las limitaciones que pueden ser justificadas en el marco del artículo 3 del Protocolo Adicional»³⁸.

Hay que subrayar que en el fallo que se acaba de citar la condena de la cual derivaba la suspensión del derecho de votar era una condena por rechazo de prestar el servicio armado por una persona que no había respetado las formalidades previstas en la ley para ser calificado como objetor de conciencia: entonces sin dudas una condena por un crimen de relevancia menor. Además, en la decisión que se acaba de citar, la misma Comisión había reconocido

«la existencia de un principio generalmente reconocido según el cual ciertas restricciones que se refieren al derecho de voto pueden ser impuestas a los condenados a ciertas penas de prisión»³⁹.

La Comisión había entonces llegado a la conclusión (que nos parece razonable) que las limitaciones del derecho de voto de este tipo no violaban el principio de elecciones libres e idóneas a permitir la libre expresión de la opinión del pueblo.

Aun recientemente, en el caso *M.D.U. c. Italie*, 28.1.2003, el TEDH había considerado que la suspensión por dos años del derecho de voto de una persona condenada por fraude fiscal, podía ser justificada por el fin de proteger «the proper functioning and preservation of the democratic regime»⁴⁰ y no había considerado necesario proceder a un text detallado de proporcionalidad: al contrario, el TEDH había rechazado el recurso como

³⁸ *H. v. The Netherlands*, Req. 9914/82, dec. 4.7.1983.

³⁹ *H. v. The Netherlands*, Req. 9914/82, dec. 4.7.1983.

⁴⁰ *Si. v. M.D.U. c. Italie*, Req. 58540/00, dec. 28.1.2003, n. 14.

manifiestamente infundado. Esta tendencia a dejar un margen de apreciación bastante amplio a los estados fue abandonada en unos casos más recientes, que involucraron el Reino Unido, Rumania, Austria e Italia, en los cuales el TEDH adoptó una interpretación más restrictiva –y todavía muy discutida– que considera la restricción del derecho de voto como una regla muy problemática a la luz del art. 3º del Protocolo Adicional n. 1. Después de un parcial cambio de jurisprudencia en una sentencia de la Gran Cámara sobre un caso italiano, el criterio restrictivo adoptado por el TEDH se ha manifestado de nuevo en dos decisiones relativas a Rusia y a Turquía. Es entonces necesario examinar en el detalle los casos *Hirst v. United Kingdom*, *Frödl v. Austria*, *Scoppola c. Italie* y los casos de 2013: sobre el primero y el tercero de estos casos se ha pronunciado no solo una sala del Tribunal, sino también la Gran Cámara.

5. La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de voto de los prisioneros: el caso *Hirst* contra Reino Unido

348

A) La sentencia *Hirst* representó un dramático cambio en comparación con la jurisprudencia anterior del TEDH: de hecho, todos los fallos sobre el derecho de voto de los condenados sucesivos a esta sentencia utilizan los argumentos expuestos por primera vez en esta decisión, especialmente en la versión de la Gran Cámara, como base para la decisión, que, a su vez retoma unos argumentos de la sentencia *Savué v. Canada (Chief Electoral Officer)*.

La legislación del Reino Unido establecía (y sigue estableciendo⁴¹) la suspensión del derecho de votar para todos los condenados a penas que consistan en la privación de la libertad personal, con la excepción de los condenados por *contempt of the court* y por no haber pagado una multa, y sin ninguna distinción basada en la gravedad del crimen. Al mismo tiempo, según la legislación británica, el *disenfranchisement* es una consecuencia automática y general de la condena, que opera sin intermediación del juez en la aplicación de la medida de la privación del derecho de voto. La legislación del Reino Unido incluye desde tiempos muy antiguos la privación del derecho de voto entre las consecuencias de la condena, y esta limitación fue confirmada por

⁴¹ Se vea *supra* nota 9.

las leyes electorales que se adoptaron sucesivamente⁴². En 2000 dicha legislación había sido modificada, en cierta medida suavizandola, reconociendo el derecho de voto a las personas detenidas por enfermedades mentales en ausencia de una condena y a los detenidos todavía no condenados⁴³.

En la decisión de primera instancia *Hirst v. The United Kingdom (no. 2)*, del 30.3.2004, la IV sala del Tribunal consideró desproporcionada la legislación del Reino Unido. El TEDH confirmó su jurisprudencia, según la cual los derechos de votar y de ser votado son fundamentales pero no son absolutos y confirmó que los estados disponen de un margen de apreciación en el marco del cual pueden establecer limitaciones: pero dichas restricciones no pueden afectar a la substancia misma de los derechos de votar y de ser votado, ni privarlos de efectividad⁴⁴. El TEDH ha reconocido que el margen de apreciación del cual disponen los estados en la reglamentación de las condiciones que rigen el derecho de voto depende también de la ausencia de un consenso en las normas y en las prácticas de los estados miembros⁴⁵. Según el Tribunal, los estados tienen que utilizar este margen de apreciación intentando realizar un balance entre el derecho de voto y las restricciones previstas por la ley; pero el TEDH observó que en el Reino Unido las restricciones al derecho de voto nunca fueron objeto de un debate detallado ante los órganos legislativos con la finalidad de encontrar un equilibrio entre los intereses que están en juego, y que dependen exclusivamente de una fidelidad a la tradición histórica⁴⁶.

⁴² La raíz se encuentra en la llamada «muerte civil» (*civic death*) que consistía en la privación de unos derechos de un condenado desde los tiempos del Rey Eduardo III. Dichas limitaciones fueron confirmadas por el *Forfeiture Act 1870* (sobre el cual W. Anson, *The Law and Custom of the Constitution*, vol. I, *Parliament*, V ed., Clarendon Press, Oxford, 1922, p. 131-132 comentaba que «conviction of treason or felony is a disqualification, unless either the term of punishment has been served or a free pardon has been obtained») y por el *Representation of the People Act 1969*.

⁴³ *Representation of the People Act 2000*, sec. 3.

⁴⁴ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, App. 74025/01, n. 36.

⁴⁵ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 40. En el mismo sentido v. también *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. 10226/03, 8.7.2008, n 109 e *Communist Party of Russia and others v. Russia*, App. 29400/05, dec. 19.6.2002, n. 109.

⁴⁶ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 41.

Aplicando el *test* de proporcionalidad, el TEDH se ha preguntado en primer lugar si la restricción del derecho de voto perseguía un fin legítimo, y ha considerado como fines en abstracto admisibles de un lado la prevención del crimen y la punición de los reos y del otro el reforzamiento del sentido cívico y el respeto del estado de derecho, con la consecuencia que las personas que cometieron graves violaciones de la ley penal pueden ser privadas del derecho de participar en la formación de estas reglas por el período de expiación de su pena⁴⁷. Después de haber analizado los argumentos de la Corte Suprema de Canadá en los casos *Sauvé 1* y *Sauvé 2* (llegando a la conclusión que dichos argumentos pueden ser utilizados para el caso en examen⁴⁸) el TEDH manifestó dudas sobre la legitimidad de los fines mencionados (subrayando que, a su parecer, la privación del derecho de voto no favorece la rehabilitación del condenado), pero prefirió no adoptar una posición porque le pareció que la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto fuera suficiente para resolver el caso⁴⁹.

En lo que se refiere a la proporcionalidad en sentido estricto, la Corte opinó que

350

«la disposición en cuestión priva del derecho de voto, garantizado por el Convenio, una gran cantidad de personal (más de 70 000) en forma indiscriminada. De hecho, ella establece una restricción global para todos los detenidos condenados con sentencia definitiva y se aplica automáticamente a todos ellos, cual que sea la duración de su pena y independientemente de la naturaleza o de la gravedad de la violación que hayan cometido»⁵⁰.

B) El gobierno del Reino Unido pidió que la decisión de la IV sala del TEDH fuese remitida a la *Grande Chambre* del mismo Tribunal y dicha petición fue aceptada bajo el art. 43° del CEDH. Sin embargo, la Gran Cámara, en su sentencia *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, del 6.10.2005 confirmó en su esencia la decisión de la IV sala, aún si modificó unas argumentaciones, esencialmente aceptando la tesis del gobierno del Reino Unido sobre la existen-

⁴⁷ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 42.

⁴⁸ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 47.

⁴⁹ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 47.

⁵⁰ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 49.

cia de un fin legítimo, pero considerando desproporcionadas las limitaciones del derecho de voto previstas para realizarlas. La decisión de la Gran Cámara fue adoptada con una mayoría de 12 votos contra 5 y los jueces disidentes redactaron dos votos particulares, que contestaron la decisión de la mayoría con argumentos de una cierta importancia.

La Gran Cámara describió en primer lugar el marco general en materia de derecho de voto de los prisioneros. El TEDH subrayó que los prisioneros guardan en general todos los derechos y libertades fundamentales garantizados por el Convenio, con la excepción del derecho de libertad y que todas las restricciones a dichos derechos tienen que ser justificadas, por ejemplo con exigencias de seguridad o de prevención del crimen⁵¹. La Gran Cámara excluyó de manera muy rotunda que el prisionero pierda sus derechos simplemente en consecuencia de su encarcelación y afirmó que no hay lugar en el sistema del Convenio por una privación automática del derecho de voto basada simplemente en lo que puede ofender a la opinión pública⁵². Los estándares de tolerancia del Convenio no impiden a la sociedad de adoptar medidas en contra de los que intentan destruir los derechos garantizados por el Convenio mismo y las restricciones de los derechos electorales pueden ser adoptadas en contra de individuos que abusaron de un cargo público o que amenazaron el estado de derecho o los fundamentos de la democracia⁵³. Pero la medida del *disenfranchisement* puede ser adoptada solo si, bajo el principio de proporcionalidad, hay «una conexión ininteligible y suficiente entre la sanción y la conducta y las circunstancias del individuo afectado»⁵⁴.

A diferencia de la IV sala del TEDH, la *Grande Chambre* opinó que el fin perseguido por la legislación inglesa con la privación general del derecho de voto para los prisioneros condenados fuese finalizada a «prevenir el crimen sancionando la conducta de los prisioneros condenados y también de fortalecer la responsabilidad cívica y el estado de derecho» y aceptó esta finalidad como un fin legítimo en la perspectiva del principio de proporcionalidad⁵⁵.

⁵¹ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 69.

⁵² *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 70.

⁵³ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 71.

⁵⁴ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 71.

⁵⁵ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 74-75.

Sin embargo, el Tribunal llegó a la conclusión que la privación en vía general del derecho de voto para todos los condenados a una pena de detención de más de 2 años era desproporcionada, sea porqué la ley británica no hacía (y no hace) distinciones entre condenas de diferente gravedad, sea en cuanto la misma ley se aplica en forma general y automática y no deja al juez ninguna evaluación sobre la aplicación de la suspensión del derecho de voto al caso concreto⁵⁶.

En conclusión, el Tribunal definió la disciplina del Reino Unido como

«un instrumento sin matices, que priva del derecho de voto, garantizado por el Convenio, un gran número de individuos, y de forma indiferenciada. Esta disposición inflige una restricción global a todos los detenidos condenados que están sirviendo su pena y se aplica automáticamente a ellos, cual que sea la duración de su pena y independientemente de la naturaleza o de la gravedad de la infracción que hayan cometido y de su situación personal. Es necesario opinar que una restricción general, automática y indiferenciada, de un derecho consagrado por el Convenio y que tiene una importancia crucial, va más allá del margen de apreciación aceptable, por amplio que sea, y es incompatible con el art. 3 del Protocolo nº 1»⁵⁷.

352

El TEDH, entonces, atribuyó una importancia central a la conexión entre la privación del derecho de voto y las circunstancias particulares del crimen cometido, retomando, también sobre este punto, un argumento del Tribunal Supremo de Canadá en el fallo *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*.

La Gran Cámara constató la ausencia de consenso sobre este tema entre los estados contractantes, y reconoció que los estados miembros tienen un margen de apreciación nacional amplio en la definición de las restricciones del derecho de voto, en particular para los prisioneros. Pero al mismo tiempo subrayó que dicho margen no es ilimitado⁵⁸ y llegó a la conclusión que la privación automática del derecho de voto en consecuencia de una con-

⁵⁶ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 77.

⁵⁷ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 82.

⁵⁸ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 83.

dena definitiva queda fuera de dicho margen. Pero reconoció que los estados pueden utilizar varias y diferentes medidas para hacer frente a la cuestión del derecho de los prisioneros de votar⁵⁹.

La decisión de la Gran Cámara es interesante también por la opinión disidente de los jueces Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler y Jebens, que formularon una crítica muy bien argumentada a la posición de la mayoría. En particular, los jueces disidentes afirmaron que «el Tribunal ha constantemente afirmado en su jurisprudencia que los estados contractantes benefician de un amplio margen de apreciación» en la materia del derecho de voto y que «el art. 3 del Prot. Ad. n. 1 prohíbe las restricciones al derecho de voto que tengan naturaleza general, bajo reserva que no sean arbitrarias y no obstaculen la “la libera expresión de la opinión del pueblo”, lo que pasa por ejemplo con las restricciones basadas sobre la edad, la nacionalidad o la residencia».

«Contrariamente a la mayoría nosotros no pensamos que una limitación general al derecho de voto de los detenidos tenga que ser evaluada en manera en principio diferente y hasta hoy la jurisprudencia de los órganos del Convenio nunca ha llegado a una conclusión diferente.

353

Nosotros no creemos tampoco que sea necesaria una decisión del juez en cada caso concreto. Al contrario, es evidentemente compatible con la garantía del derecho de voto que dicha cuestión sea resuelta en abstracto por el legislador»⁶⁰.

Según el voto particular, habría sido preferible una actitud inspirada a la prudencia:

«Si las restricciones no afectan la substancia misma del derecho de voto y si no son arbitrarias, se debe declarar la legislación nacional sobre el derecho de voto incompatible con el art. 3 solo si de razones poderosas justifican una conclusión de este tipo. Nosotros no creemos que razones de este tipo hayan sido formuladas»⁶¹.

⁵⁹ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 84.

⁶⁰ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, voto particular, n. 4.

⁶¹ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, voto particular, n. 5.

El voto particular considera que la interpretación adoptada por la mayoría en el caso *Hirst* es de tipo dinámico-evolutivo y que una interpretación de este tipo necesita de una base en cambios en las sociedades de los estados contratantes y una tendencia al consenso entre sus legislaciones. Esto es esencial porqué el Tribunal es un juez y no un legislador⁶².

En otro voto particular el juez Costa subraya que la decisión ha privado el estado contratante de todo margen de apreciación en un derecho (el derecho de voto), que es de creación jurisprudencial⁶³.

6. El caso *Frodl v. Austria*

Las principales argumentaciones de la *Grande Chambre* en el caso *Hirst* fueron en seguida aceptados, y ulteriormente desarrollados, por la III sala del TEDH en el fallo *Calmanovici c. Roumanie* (1.7.2008)⁶⁴ y por la I sala del mismo Tribunal el caso *Frodl v. Austria* (8.4.2010). Considerada la casi total identidad de argumentos en los dos fallos, se sintetizarán aquí solo los de la segunda de estas dos sentencias.

354

Según el sistema jurídico austriaco⁶⁵, la privación del derecho de voto no se aplica a todos los condenados por violaciones de normas penales, sino solo a los condenados: a) con sentencia definitiva; b) por crímenes intencionales; c) por una pena de por lo menos un año de prisión (excluyendo las multas y las detención por meno de un año). Según el Tribunal constitucional de Austria, que se había pronunciado sobre la conformidad de este sistema al CEDH, estas limitaciones a la aplicación del *disenfranchisement* diferencian el sistema adoptado en Austria del sistema británico sancionado por la sentencia *Hirst* y permiten a la legislación austriaca respetar el principio de proporcionalidad, quedándose al interior del margen de apreciación nacional⁶⁶.

⁶² *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, voto particular, n. 5.

⁶³ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, voto particular, n. 9.

⁶⁴ A conclusiones parecidas a las de *Calmanovici v. Romania*, App. 42250/02, dec. 10.2.2009, el TEDH llegó otra vez en el fallo *Cucu v. Romania*, App. 22362/06, 13.11.2012, en partic. N. 111.

⁶⁵ Art. 26° de la Constitución federal, art. 22° del Reglamento de la Asamblea nacional, art. 44 del código penal.

⁶⁶ Se v. las sentencias citadas supra en la nota 7.

En su sentencia, la I sala del TEDH sintetizó la jurisprudencia ya elaborada en el caso *Hirst* sobre la existencia de un derecho individual de votar y la admisibilidad de limitaciones a dicho derecho⁶⁷; la contradicción con el Convenio de que existan limitaciones que afecten la esencia misma del derecho en cuestión⁶⁸; la titularidad de los derechos por los condenados («los prisioneros en general guardan todos los derechos y libertades fundamentales garantizados bajo el Convenio, con la excepción del derecho de libertad») y la inaceptabilidad de un sistema en el cual la privación del derecho de voto sea una simple y automática consecuencia de una condena a una pena de prisión («bajo el sistema del Convenio, en el cual la tolerancia y la apertura mental son caracteres distintivos de una sociedad democrática, no hay ningún lugar para una privación automática del derecho de voto basada solo en lo que puede ofender a la opinión pública»⁶⁹). Establecido este marco conceptual, el TEDH ha reconocido de nuevo la posibilidad de limitaciones al derecho de voto, pero con la condición de que sea respetado el principio de proporcionalidad⁷⁰.

El TEDH opinó que la limitación del derecho de voto de los prisioneros prevista por la legislación austriaca correspondía al fin legítimo de prevención del crimen y reforzamiento de la responsabilidad cívica⁷¹, aceptando el argumento del gobierno de Austria, según el cual el sistema era más matizado y menos indiferenciado del sistema británico. Sin embargo, eso no fue suficiente, porque el Tribunal llegó a la conclusión que el sistema austriaco es compatible con el Convenio.

Citando su decisión en el caso *Hirst*, pero llegando más allá de lo que había afirmado literalmente en aquel fallo, el TEDH estableció tres condiciones para que la privación del derecho de voto de los condenados sea compatible con el art. 3 del Protocolo Adicional n. 1:

- 1) La exclusión del derecho de voto puede ser prevista solo para un grupo estrictamente definido de condenados que estén expiando una

⁶⁷ *Frodl v. Austria*, App. 20201/04, dec. 8.4.2010, n. 23.

⁶⁸ *Frodl v. Austria*, n. 24.

⁶⁹ *Frodl v. Austria*, n. 25.

⁷⁰ *Frodl v. Austria*, n. 26.

⁷¹ *Frodl v. Austria*, n. 30.

condena de duración larga; 2) es necesaria una conexión directa entre los hechos sobre los cuales la condena está basada y la sanción de la privación del derecho de voto; 3) dicha medida tiene que ser dispuesta preferiblemente no como consecuencia directa de una ley, sino por la decisión de un juez después de un procedimiento judicial⁷².

La finalidad de dichos criterios, según el TEDH, es establecer que la privación del derecho de voto de los condenados –aún si es admisible– sea configurada como una excepción y no como la regla⁷³. Por esta razón,

[...] es esencial que la decisión sobre la privación del derecho de voto sea adoptada por un juez, tomando en cuenta las circunstancias específicas, y que exista una conexión entre el crimen cometido y los asuntos relativos a elecciones y a instituciones democráticas.

Este argumento del Tribunal –que fue en seguida abandonado en la decisión de la Gran Cámara en el caso *Scoppola-3*– fue expuesto de manera parecida también en el fallo *Calmanovici*:

356

[...] el principio de proporcionalidad exige la existencia de una conexión visible y suficiente entre la sanción y el comportamiento así como la situación de la persona afectada. El Tribunal consideró también la recomendación de la Comisión de Venecia, según la cual la privación de los derechos políticos tiene que ser pronunciada por un juez en una decisión específica, porque un tribunal independiente que utiliza un procedimiento contradictorio ofrece una buena garantía contra la arbitrariedad [...] ⁷⁴.

Este argumento, sin embargo, es discutible desde diferentes puntos de vista. Se introduce de esta manera una técnica que en la doctrina italiana se suele llamar «reserva de jurisdicción»; es decir, se permite la limitación del derecho solo bajo previa y específica decisión judicial en el fallo concreto. En primer lugar, hay que subrayar que el sistema del Convenio y la tradición constitucional y legislativa de los estados miembros no soportan una conclusión de este tipo:

⁷² *Frodl v. Austria*, n. 28, citando los n. 77 y 78 de la sentencia *Hirst - GC*.

⁷³ *Frodl v. Austria*, n. 35.

⁷⁴ *Calmanovici c. Roumanie*, § 153.

la necesidad de que los derechos puedan ser limitados exclusivamente bajo una específica decisión judicial no es general, sino que es propia de derechos como los de libertad personal, de domicilio, de correspondencia, de prensa, etc. (en el caso, por ejemplo, de la Constitución italiana).

De otro lado, la limitación del derecho de voto como consecuencia de una condena penal tiene su origen, de un lado, en una ponderación de intereses realizada por el legislador (que establece dicha consecuencia de una condena), y de otro lado en una decisión judicial sobre la aplicación de la ley al fallo concreto. La intervención preventiva del juez, que según el Tribunal desarrolla la función de garantizar el respeto del principio de proporcionalidad, es necesaria para imponer la sanción penal en el caso concreto pero no es una condición imprescindible para la privación del derecho de voto que es consecuencia de dicha sanción: si existe una exigencia de proporcionalidad, es entre unos tipos de crímenes y la privación del derecho de voto, pero a dicha exigencia puede hacerse frente con una ponderación de intereses realizada por el legislador *in abstracto*. Por el contrario, una intervención del juez lleva consigo el riesgo de una evaluación caso por caso, con lesión del principio de igualdad, que en la limitación de los derechos políticos tiene que ser respetado de manera particularmente rigurosa, no solo en el interés de sú titular, sino también por exigencias de regularidad del proceso democrático, para cuya protección está previsto el art. 3 del Prot. Ad. n. 1.

Después de la sentencia en el caso *Frodl*, la República de Austria pidió que el fallo fuese remitido a la Gran Cámara, pero su petición fue declarada inadmisibile por el Tribunal, basándose en el art. 44.2 del CEDH.

7. El caso Greens y el caso Scoppola 3

A) En el caso *Greens and M.T. v. The United Kingdom* (22-11-2010), la IV sala del Tribunal volvió a pronunciarse sobre la legislación de Reino Unido, examinando las tentativas del gobierno británico de implementar la decisión de la Corte en el caso *Hirst*. El TEDH constató que los jueces británicos rechazaron inaplicar («reading down») el art. 8 de la ley de 2002 sobre las elecciones de los representantes británicos en el Parlamento europeo, que establece la privación del derecho de voto de los condenados prevista por, y que además esta posibilidad no habría influenciado en la prohibición prevista

por el *Representation of the People Act 2000* para las elecciones nacionales⁷⁵. El TEDH comentó que ningún cambio había sido introducido en la legislación británica y entonces constató la violación del Prot. Ad. n. 1⁷⁶. Considerado que dicha prohibición afectaba a un gran número de prisioneros condenados (en el n. 75 se cita la opinión de la *Equality and Human Rights Commission*, según la cual dicho número es de 100.000 electores), el Tribunal aplicó el procedimiento por los llamados sentencias «pilotos», porqué la violación del art. 3 tenía su origen en una situación normativa consolidada.

Subrayando la existencia de un amplio margen de apreciación que el Reino Unido podía utilizar para decidir como adecuar su ordenamiento jurídico a la jurisprudencia *Hirst*⁷⁷, y evidenciado el retraso del gobierno británico en la implementación de dicha jurisprudencia⁷⁸, el TEDH no expuso soluciones específicas y estableció, para la presentación de una propuesta de ley tendiente a modificar el art. 3° del *Representation of the People Act 2000* y el art. 8° de la ley sobre la elección de los representantes británicos al Parlamento europeo, un plazo de seis meses después del cual la sentencia *Greens* se convertiría en definitiva⁷⁹. El Tribunal decidió, entonces, interrumpir el examen de todos los fallos parecidos que se refiriesen al Reino Unido, en los cuales se plantease la violación del art. 3° del Prot. Ad. n. 1⁸⁰.

358

La petición del gobierno inglés de remitir el fallo ante la Gran Cámara fue rechazada por el *panel* del Tribunal el 11 de abril de 2011. Sin embargo, en agosto de 2011, el Tribunal mismo aceptó otra petición del gobierno británico de modificar la fecha para eliminar la violación estructural del Convenio establecida en la sentencia *Greens*, precisando como *dies a quo* del plazo de seis meses no el día en el cual la sentencia sobre el caso *Greens* se había convertido en definitiva (el 11 de abril de 2011), sino el día de la sentencia de la Gran Cámara en el caso *Scoppola-3*, sobre el cual la II sala del Tribunal acababa de decidir y acerca de cuya decisión el Tribunal mismo había acepta-

⁷⁵ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, App. 60041/08 and 60054/08, n. 69.

⁷⁶ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, n. 78.

⁷⁷ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 113-114.

⁷⁸ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 105.

⁷⁹ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 115.

⁸⁰ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 120-121.

do la petición del gobierno italiano de remitir el fallo a la *Grande Chambre*. De esta manera, el gobierno británico tenía otra oportunidad para exponer otra vez sus argumentos en dicho procedimiento⁸¹.

B) En el caso *Scoppola contra Italia* (n. 3), del 18.1.2011, la II sala del Tribunal tuvo la oportunidad de evaluar el sistema italiano de las llamadas «penas accesorias», entre las cuales está incluida la interdicción de los cargos públicos, que tiene como consecuencia la privación del derecho de voto. Este sistema es en parte similar y en parte diferente del sistema inglés, porque es menos automático y general y distingue entre tres hipótesis de base:

- a) los crímenes sancionados con una condena de menos de tres años, por los cuales no hay privación del derecho de voto;
- b) los crímenes sancionados con una condena por un período de un mínimo de tres años y un máximo de cinco, por los cuales se aplica la privación temporal del derecho de voto por 5 años; y
- c) los crímenes para los que está prevista una pena de más de cinco años, y a los que se aplica la privación perpetua del derecho de voto (se trata, entonces, de una forma de *life disenfranchisement*, que puede ser eliminada como consecuencia de la rehabilitación del condenado).

359

A estos tres casos puede añadirse el de los crímenes que, aun siendo sancionados con una pena de menos de tres años, fueron cometidos con abuso de poderes o con violación de los deberes que dependen de una función pública, y para los cuales se aplica la interdicción de los cargos públicos, la privación del derecho de voto por un período igual a la duración de la pena, y la de los delitos electorales.

Entonces, se puede afirmar que dicho sistema distingue entre casos más graves y casos menos graves, bajo un criterio de proporcionalidad. Sin embargo, el sistema italiano es, por algunos aspectos, más radical que el sistema inglés, porque cuando se aplica la privación perpetua del derecho de

⁸¹ A. Colella, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n. 3): la disciplina italiana della decadenza dal diritto di voto dei detenuti non contrasta con l'art. 3 Prot. 1*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.5.2012.

voto, el condenado no recupera su derecho de votar ni tampoco después de la expiación de su condena⁸².

Otro perfil relevante en el caso *Scoppola 3* es si en el sistema italiano se realiza una intervención caso por caso del juez en la aplicación de la pena acesoria de la privación del derecho de voto. Según la II sala del TEDH, es esencial que la decisión sobre la interdicción del derecho de voto sea adoptada por un juez y que sea adecuadamente motivada: esta decisión tiene que explicar especialmente las razones por las cuales, consideradas las circunstancias particulares de cada caso, la privación del derecho de voto es necesaria⁸³.

El Tribunal concentró su análisis sobre la naturaleza automática de la limitación del derecho de voto, y comentó que «la cuestión que se plantea es saber si la privación del derecho de voto presenta las características de generalidad y de automaticidad enumeradas por la Gran Cámara en el fallo *Hirst c. Royaume-Uni (nº 2)*»⁸⁴; llegó a la conclusión que

360

la interdicción perpetua del derecho de voto que ha afectado al apelante era una consecuencia de la aplicación de la pena acesoria de la interdicción de las funciones públicas. Esta última deriva automáticamente de la aplicación de la pena principal, que consiste en la condena del apelante a la reclusión por la vida. Es entonces necesario constatar que la aplicación de la medida era de naturaleza automática. Hay que subrayar que, como observa el apelante, en las decisiones judiciales de condena del apelante no se hace ninguna mención de esta medida (n. 48).

En lo que se refiere a los caracteres de generalidad y de aplicación indiferenciada, el Tribunal considera que el criterio establecido por la ley no tiene, en el caso concreto, una naturaleza basada en la duración de la pena, porque el apelante ha perdido el derecho de voto como consecuencia de la pena de privación de su libertad, independientemente del crimen cometido y de cualquier examen del juez de la causa sobre la naturaleza y la gravedad de esto (*Frodal c. Austria*, citado, §§ 34 et 35).

⁸² Este segundo aspecto de la legislación italiana es subrayado correctamente por el juez David Thór Björgvinsson en la decisión de la Gran Cámara en el caso *Scoppola 3*.

⁸³ *Scoppola v. Italy (no. 3)*, App. 126/05, dec. 18.1.2011, n. 43.

⁸⁴ *Scoppola v. Italy (no. 3)*, n. 47.

Según el Tribunal, en este contexto, la evaluación del juez al momento de la determinación de la pena y la posibilidad por la persona condenada de obtener a futuro su rehabilitación... no modifica esta constatación.

La legislación italiana fue entonces considerada en contraste con el art. 3 del Prot. Ad. n. 1 por la modalidad automática con la cual la interdicción de los cargos públicos produce sus efectos, y en particular por la falta de una decisión judicial específica en la implementación de dicha medida en los fallos concretos.

C) Después de la sentencia de la II sala en el fallo *Scoppola-3*, el gobierno italiano pidió que el fallo fuese remitido a la Gran Cámara y –a diferencia de lo que había pasado en los casos *Frodl* y *Green*– su petición fue aceptada bajo el art. 43.3. del CEDH.

La decisión de la Gran Cámara en el caso *Scoppola-3* es un primer paso atrás en la jurisprudencia de la Corte sobre la privación del derecho de voto de los condenados, que en los casos *Hirst*, *Calmanovici*, *Frodl* y *Scoppola 3 (II sala)* había conocido un desarrollo hasta entonces lineal, sino expansivo. Como ya se decía, en este fallo la *Grande Chambre* tuvo que hacer frente no solo a la petición del gobierno italiano, sino también a una intervención del gobierno del Reino Unido, que había pedido una revisión de la jurisprudencia *Hirst*. Además, la decisión llegó en un contexto en el cual el gobierno británico había criticado varias veces el activismo del Tribunal y había propuesto, en el período de su presidencia de rotación del Consejo de Europa, modificar al CEDH para subrayar con mayor claridad su papel subsidiario respecto a los sistemas nacionales de protección de los derechos, y para añadir en el Preámbulo al Convenio la mención expresa del margen de apreciación nacional (dichas propuestas son mencionadas también en la llamada Declaración de Brighton)⁸⁵.

La Gran Cámara no abandonó las posiciones tomadas en *Hirst*, pero las interpretó de manera restrictiva y procedió a un *overruling* de un punto

⁸⁵ Su queste vicende v. D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 139 ss. Rileva il nesso fra la decisione della *Grande Chambre* e la posizione assunta dall'opinione pubblica inglese sul diritto di voto dei detenuti anche A. Colella, *La Grande Camera*, cit.

central de los casos *Calmanovici y Frodl*: la necesidad de la intervención previa de un juez para privar un condenado del derecho de voto. En el punto 99 de su decisión en el caso *Scoppola-3 (GC)* afirma:

«El Tribunal subraya que la decisión en el fallo Hirst no menciona explícitamente la intervención de un juez entre los criterios esenciales para determinar la proporcionalidad de una medida de privación del derecho de voto. Los criterios relevantes se refieren solo a si la medida es aplicable de manera general, automática e indiscriminada [...]. Si la intervención de un juez en principio adapta a garantizar la proporcionalidad de restricciones a los derechos de votos de los prisioneros, dichas restricciones no son necesariamente automáticas, generales e indiscriminadas solo porque no han sido ordenadas por un juez. De hecho, las circunstancias en las cuales una persona es privada del derecho de voto pueden ser especificadas por la ley, condicionando su aplicación a factores como la naturaleza o la gravedad de la ofensa cometida».

Modificando la decisión de la II sala, la Gran Cámara ha llegado entonces a la conclusión de que la «privación del derecho de voto sin una decisión judicial *ad hoc* no causa, en sí, una violación del art. 3º del Protocolo n. 1»⁸⁶.

362

Según la Gran Cámara, las distinciones previstas por la legislación italiana entre los casos en los cuales se limita el derecho de voto de los condenados, «muestran la preocupación del legislador italiano de matizar la aplicación de la medida a las circunstancias particulares del caso concreto, tomando en consideración factores como la gravedad de la ofensa cometida y la conducta del ofensor». Entonces, según la Corte, el sistema italiano no tiene el carácter general y automático que caracteriza el sistema británico, sea porque los condenados por ofensas de menor gravedad no pierden el derecho de voto, sea porque se toma en cuenta las circunstancias en las cuales los delitos fueron cometidos y la personalidad del condenado. Sin embargo, cabe subrayar que tampoco en el sistema italiano existe una relación entre el tipo de crimen cometido y la suspensión del derecho de voto; el poder de ponderación del juez existe solo para los crímenes de menor entidad. Entonces la exigencia de proporcionalidad, sobre la cual el TEDH insiste mucho, es respetada solo si se in-

⁸⁶ *Scoppola v. Italy (no. 3) – GC*, n. 104.

terpreta a este principio de una manera muy genérica y mínima; y, sobre todo, diferenciándolo claramente de la acogida en el caso *Hirst*, en el cual el Tribunal había considerado esencial la existencia de una conexión entre el tipo de delito cometido, la privación del derecho de voto y la ponderación entre delito y pena acesoria al momento de la condena⁸⁷. De hecho, si se acepta la perspectiva del caso *Hirst*, la decisión de la Gran Cámara en el caso *Scoppola-3* parece más una marcha atrás que una confirmación de la jurisprudencia anterior.

8. Las decisiones de 2013: los casos *Firth*, *Anchugov and Gladkov* y *Söyler*

Después del parcial *overruling* de su propia jurisprudencia en el caso *Scoppola-3*, el TEDH ha tenido la oportunidad de volver sobre el asunto del derecho de voto de los condenados en tres circunstancias diferentes.

A) En primer lugar, queda pendiente la situación de Reino Unido. El Parlamento británico, hasta la fecha, ha rechazado una modificación de su sistema de privación general y automática del derecho de voto. Los jueces británicos adoptaron unas declaraciones de incompatibilidad entre el *Representation of the People Act* y el *Human Rights Act*, pero siguieron aplicando la ley británica, bajo el principio de la soberanía del Parlamento. El mismo Tribunal supremo del Reino Unido, en una decisión muy reciente⁸⁸, aun aceptando los principios desarrollados en el caso *Hirst* como interpretación correcta del art. 3 del Protocolo Adicional n. 1 (y rechazando una petición del gobierno de declarar que la interpretación adoptada por el TEDH no era compatible con dicha disposición), no aceptó las demandas de unos apelantes que pedían el reconocimiento de su derecho de votar. Y el TEDH, en el fallo *Firth and 2353 others vs. United Kingdom* (12.3.2013), por el momento ha decidido reenviar el examen de otras controversias contra el gobierno británico fundadas en el art. 3 del Prot. Ad. n. 1.

⁸⁷ Subraya la diferencia entre los criterios de proporcionalidad adoptados en el caso *Hirst* y los del caso *Scoppola-3* G.C.E.C. Lang, *A Disproportionate Response: Scoppola v. Italy (No. 3) and Criminal disenfranchisement in the European Court of Human Rights*, en *American University International Law Review*, 28:3 (2013), p. 854-855.

⁸⁸ Véase la sentencia en los casos *R (on the application of Chester) v Secretary of State for Justice* y *McGeoch (AP) v The Lord President of the Council and another (Scotland)*, del 16.10.2013.

En la segunda mitad de 2013, sin embargo, el TEDH ha vuelto sobre el asunto en dos casos que conciernen a Rusia y Turquía, en los cuales ha constatado de nuevo la violación del art. 3º del primer Protocolo adicional.

B) En el caso *Anchugov and Gladkov v. Russia* (4.7.2013), la I sala del Tribunal ha analizado otra vez el tema en su conjunto y ha considerado que el sistema de privación del derecho de voto, previsto en general para los condenados en Rusia, es parecido al sistema británico⁸⁹ y, por lo tanto, es incompatible con el Convenio porque no respeta el principio de proporcionalidad. En particular, el TEDH ha considerado que no es relevante que la gravedad de la ofensa cometida sea tomada en cuenta por el Tribunal que adopta la sanción penal de la cual consigue la privación del derecho de voto, porque «no hay ninguna prueba de que, cuando deciden si una sentencia de reclusión tiene o no tiene que ser impuesta, los jueces tomen en cuenta que dicha sentencia determinará la privación del derecho de voto»⁹⁰. Según el TEDH, hace falta, en el sistema ruso, una intervención judicial en la aplicación de la medida de la privación del derecho de voto, o disposiciones legislativas que diferencien entre los varios casos⁹¹. En particular, la sala repite en forma nueva una de las afirmaciones que caracterizan esta jurisprudencia del TEDH (y que nos parecen totalmente infundadas: se vea *infra*, par. 9.2):

364

In the light of modern-day penal policy and of current human rights standards, valid and convincing reasons should be put forward for the continued justification of maintaining such a general restriction on the right of prisoners to vote as that provided by art. 32 § 3 of the Russian Constitution.

Además, el caso *Anchugov and Gladkov* es interesante porque el TEDH analiza la cuestión de la relación entre una norma constitucional interna y el Convenio y llega a la conclusión de que la naturaleza constitucional de la norma que establece la privación del derecho de voto de los condenados –en este caso el art. 32.2 de la Constitución Rusa– es irrelevante⁹². Sobre

⁸⁹ *Anchugov and Gladkov v. Russia*, App. 11157/04 e 15162/05, dec. 4.7.2013, n. 101.

⁹⁰ *Anchugov and Gladkov v. Russia*, n. 106.

⁹¹ *Anchugov and Gladkov v. Russia*, n. 107.

⁹² *Anchugov and Gladkov v. Russia*, n. 111. En este sentido v. ya anteriormente Parti Communiste unifié de Turquie c. Turquie, dec. 30.1.1998, n. 50.

este punto hay una contradicción: el TEDH subraya que según el derecho internacional, los Estados no pueden justificar la falta de cumplimiento de una norma de un tratado con el argumento que existe una norma constitucional que lo impide, pero de hecho ningún Estado miembro del Consejo de Europa ha asumido la obligación de permitir a los condenados votar: esta obligación no deriva del Convenio, sino de una opción jurisprudencial (muy discutible) del TEDH⁹³.

La petición del gobierno ruso de remitir el fallo ante la *Grande Chambre* fue rechazada por el *panel* del Tribunal el 9 de diciembre de 2013⁹⁴, y la sentencia es por lo tanto definitiva.

C) En el caso *Söyler v. Turkey* (17.9.2013), el TEDH llegó a la conclusión de que también el sistema turco de privación del derecho de voto de los condenados contraviene el art. 3 del Protocolo Adicional n.1, porque las limitaciones que establece no respetan el principio de proporcionalidad. En el sistema jurídico turco, el *disenfranchisement* afecta a todos los condenados a una pena de prisión que hayan cometido crímenes intencionales: en comparación con la privación general del derecho de voto para todas las personas encarceladas, originariamente prevista por la Constitución de 1982, hay dos excepciones al *disenfranchisement* de los prisioneros: los prisioneros en espera de juicio y los condenados por crímenes no intencionales.

Según la I sala del TEDH, la distinción prevista en la legislación turca entre los crímenes en consecuencia de los cuales el condenado es privado del derecho de voto y los crímenes (los menos graves) por los cuales esta consecuencia no se produce no es suficiente para producir la diferenciación entre los diversos tipos de delitos que es necesaria para que el principio de proporcionalidad, interpretado por el mismo TEDH, sea respetado. El Tribunal llegó a esta conclusión utilizando una pluralidad de criterios: no está prevista la intervención de un juez (pese a que la misma sala precisó que no se

⁹³ Esto es muy claro en los puntos de las decisiones en los cuales se reconstruyen los “principios” que regulan el derecho de voto de los condenados: el TEDH es obligado a mencionar solo sus sentencias, porque este criterio es de origen únicamente jurisprudencial: véase *Söyler v. Turkey*, App. 29411/07, dec. 17.9.2013, n. 31.

⁹⁴ Se v. el *Press Release* del 10 diciembre 2013.

trataba de un criterio esencial⁹⁵) y la restricción del derecho de voto no toma en consideración la gravedad del crimen ni las circunstancias individuales en las cuales fue cometido⁹⁶. Como en el caso *Frodl*, la limitación del *disenfranchisement* a los crímenes intencionales no fue considerada suficiente por la I sala, con el argumento de que «el gobierno no ha intentado de explicar como y porqué la exclusión de todas las personas condenadas por crímenes intencionales sería compatible con las finalidades perseguidas por el art. 3 del Protocolo adicional I»⁹⁷.

En *Söyler* reaparecieron unos argumentos que habían sido marginalizados en *Scoppola-3 GC*: la gravedad del crimen (la sala comparó el delito cometido por Söyler con el cometido por Scoppola, subrayando que en el caso en examen el crimen era mucho meno grave⁹⁸), la conexión racional entre la sanción de la privación del voto y «la conducta y la circunstancia del apelante»⁹⁹. El *disenfranchisement* turco aparece ante el TEDH como una medida automática e indiscriminada¹⁰⁰, más dura y extensiva que las previstas en Austria, Italia y Reino Unido¹⁰¹.

366

D) En su conjunto, entonces, la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el derecho de voto de los presos es bastante contradictoria. Los Estados miembros del Consejo de Europa pueden quitar el derecho de voto a los presos condenados en forma definitiva, justificando esta medida en el fin legítimo de la prevención del crimen, el fortalecimiento de la responsabilidad cívica y el respeto del estado de derecho. Sin embargo, dicha limitación, para respetar el principio de proporcionalidad en sentido estricto, no puede ser general: el legislador tiene que prever una distinción entre los casos en los cuales a la condena penal sigue la privación del derecho de voto y los casos en los cuales esta consecuencia no se produce. La distinción, pues, tiene que ser articulada y no puede limitarse a distinguir entre los crímenes intencionales

⁹⁵ *Söyler v. Turkey*, n. 39.

⁹⁶ *Söyler v. Turkey*, n. 41.

⁹⁷ *Söyler v. Turkey*, n. 42.

⁹⁸ *Söyler v. Turkey*, n. 44.

⁹⁹ *Söyler v. Turkey*, n. 45.

¹⁰⁰ *Söyler v. Turkey*, n. 47.

¹⁰¹ *Söyler v. Turkey*, n. 38.

y los no intencionales. La intervención de un juez que establezca en concreto la privación del derecho de voto es una modalidad que el Tribunal considera idónea para asegurar el respeto del principio de proporcionalidad, pero no es necesaria en todos los casos. Sobre este último punto, el paso atrás del Tribunal con la sentencia de la *Grande Chambre* en el caso *Scoppola v. Italy-3 GC* ha añadido flexibilidad al sistema de vínculos construidos por el TEDH (y ha entonces ampliado el margen de apreciación nacional), pero ha atenuado la coherencia de dicha jurisprudencia, cuyo elemento central parece ahora ser esencialmente la exclusión de la automaticidad entre la condena a la cárcel y la privación del derecho de voto, que según el TEDH determina una violación del principio de proporcionalidad.

Este punto de llegada de la jurisprudencia del TEDH nos parece discutible: pero es ahora necesario situar a esta crítica al exterior de la jurisprudencia misma, que hasta ahora hemos examinado solo desde el punto de vista de su coherencia interior.

9. Anotaciones críticas

367

Después del análisis de los casos, en los cuales se ha intentado poner en evidencia la evolución de la jurisprudencia, limitando a unas cuestiones específicas las observaciones críticas, es oportuno ahora formular unas consideraciones de conjunto sobre la privación del derecho de voto de los prisioneros condenados desde el punto de vista de la teoría constitucional, en cierta medida «exterior» a las argumentaciones adoptadas por el TEDH (en el sentido de independiente de las opciones de política de los derechos fundamentales adoptadas por el Tribunal mismo). Esta perspectiva parte de la idea de que entre las tareas de la doctrina existe la de una vigilancia crítica hacia las opciones valorativas, ideológicas o políticas de los órganos jurisdiccionales, especialmente cuando estas estén basadas en actitudes activistas (*judicial activism*) y se aprecien fuera de las tradiciones legislativas y constitucionales consolidadas.

9.1. Críticas de método

Toda la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de voto de los condenados tiene características criticables, en primer lugar por ser abstracta y autoreferencial.

En esta jurisprudencia falta un estudio detallado de las constituciones nacionales. Estas constituciones, como Cartas de derechos, son parte esencial del patrimonio constitucional europeo y no pueden ser reducidas a simples objetos de evaluación del Tribunal de Estrasburgo, como si fueran una ley cualquiera o un reglamento municipal. Si se analizan las constituciones escritas europeas, la regulación del derecho de voto muestra una apertura a la posibilidad de limitaciones del derecho de voto por varias razones específicas, que en unos casos son dejadas simplemente a las opciones del legislador¹⁰², mientras que en otros casos son mencionadas explícitamente. Y no es infrecuente encontrar, entre las causas mencionadas por la Constitución por las cuales la ley es autorizada o vinculada a limitar el derecho de voto, la condena penal irrevocable: es el caso del art. 54.2-a de la Constitución de Holanda de 1983¹⁰³; del art. 48 de la Constitución italiana de 1947¹⁰⁴; del art. 32.3. de la Constitución de la Federación Rusa de 1993¹⁰⁵; del art. 29.1 de la Constitución de Dinamarca de 1953¹⁰⁶; del art. 53.1 de la Constitución de Luxemburgo de 1868 (en el texto que resulta de la revisión de 1989¹⁰⁷); del art. 51.3 de la Constitución de Grecia de 1975¹⁰⁸; del art. 26.5 de la Constitución de

¹⁰² Art. 16 de la Constitución de Irlanda de 1937, art. 49 de la Constitución de Portugal de 1976, art. 61 de la Constitución de Bélgica de 1993, art. 38.2 de la Constitución de Moldavia de 1991, art. 20 de la Constitución de la República Checa de 1992, que deja al legislador la determinación de las condiciones adicionales para el ejercicio del sufragio.

¹⁰³ «2. Est privé du droit de vote: a. celui qui, pour avoir commis une infraction spécifiée à cet effet par la loi, a été, par une décision judiciaire irrévocable, condamné à une peine privative de liberté d'au moins un an et déchu en même temps du droit de vote; [...]».

¹⁰⁴ «4. El derecho de voto no puede sufrir limitaciones sino por motivos de incapacidad civil o por efecto de sentencia penal firme o en los supuestos de indignidad moral especificados por la ley».

¹⁰⁵ «[...] citizens detained in a detention facility pursuant to a sentence imposed by a court shall not have the right to vote or to stand for election».

¹⁰⁶ «1. Est électeur au *Folketing* toute personne de nationalité danoise qui a fixé son domicile dans le Royaume et qui a atteint l'âge requis pour l'exercice du droit de vote comme prévu au paragraphe 2 cidessous, à moins que cette personne n'ait été interdite. Une loi déterminera dans quelle mesure une condamnation pénale et des subventions qualifiées par la loi de secours de l'Assistance publique entraîneront la déchéance du droit de vote».

¹⁰⁷ «Ne peuvent être ni électeurs ni éligibles: 1° les condamnés à des peines criminelles; 2° ceux qui, en matière correctionnelle, sont privés du droit de vote par condamnation; (...).».

¹⁰⁸ «3. The Members of Parliament shall be elected through direct, universal and secret ballot by the citizens who have the right to vote, as specified by law. The law cannot abridge the right to vote except in cases where a minimum age has not been attained or in cases of legal incapacity or as a result of irrevocable criminal conviction for certain felonies».

Austria de 1920¹⁰⁹; del art. 64.c Constitución de Chipre de 196¹¹⁰; del art. 62.2. de la Constitución de Polonia de 1991¹¹¹; del art. 34.2 de la Constitución de Rumania de 1991¹¹²; del art. 65 de la Constitución de Bulgaria de 1991¹¹³; del art. 58 de la Constitución de Estonia de 1991¹¹⁴; del art. 58 de la Constitución de Malta¹¹⁵ y del art. 67.5, I cláusula, de la Constitución de Turquía (en el texto modificado en 2001)¹¹⁶. Considerando la relevancia de este material constitucional en su conjunto, sorprende que el TEDH lo haya ignorado, y que lo haya considerado solo como un problema y no como una llave para llegar a la solución. Bajo el examen del derecho constitucional nacional, el TEDH habría tenido que ver en la condena penal irrevocable una condición subjetiva que impide, en principio, el ejercicio del derecho de voto, con la excepción de los casos en los cuales los Estados decidan de

¹⁰⁹ «Forfeiture of the right to vote and to stand for election can only ensue from a court sentence».

¹¹⁰ «A person shall be qualified to be a candidate for election as a Representative if at the time of the election that person –(...) (c) has not been, on or after the date of the coming into operation of this Constitution, convicted of an offence involving dishonesty or moral turpitude or is not under any disqualification imposed by a competent court for any electoral offence; (...)».

¹¹¹ «(2) Persons who, by a final judgment of a court, have been subjected to legal incapacitation or deprived of public or electoral rights, shall have no right to participate in a referendum nor a right to vote».

¹¹² «(2) Mentally deficient or alienated, laid under interdiction, as well as persons disenfranchised by a final decision of the court cannot vote».

¹¹³ «(1) Tout citoyen bulgare qui n'a pas d'autre nationalité, a 21 ans révolus, n'est pas mis sous tutelle et ne purge pas une peine de privation de liberté peut être élu député».

¹¹⁴ «The participation in elections of Estonian citizens who have been convicted by a court of law and who are serving a sentence in a place of detention may be restricted by law».

¹¹⁵ Section 58 [Disqualification from Voting] - «No person shall be qualified to be registered as a voter for the election of members of the House of Representatives if –

(a) he is interdicted or incapacitated for any mental infirmity by a court in Malta or is otherwise determined in Malta to be of unsound mind;

(b) he is under sentence of death imposed on him by any court in Malta or is serving a sentence of imprisonment (by whatever name called) exceeding twelve months imposed on him by such a court or substituted by competent authority for some other sentence imposed on him by such a court, or is under such a sentence of imprisonment the execution of which has been suspended; or

(c) he is disqualified for registration as a voter by or under any law for the time being in force in Malta by reason of his having been convicted of any offence connected with the election of members of the House of Representatives».

¹¹⁶ «Privates and corporals serving in the armed services, students in military schools, and convicts in penal execution excluding those convicted of negligent offences cannot vote».

manera diferente. De las constituciones nacionales parece de hecho posible desprender que la privación del derecho de voto de los condenados puede ser interpretada como una forma de protección de la democracia¹¹⁷ (o –para ser más exactos– de la representación política) *ante litteram*, o como una consecuencia necesaria de la naturaleza de la institución de la cárcel.

Una actitud más «histórica» y respetuosa de las tradiciones constitucionales nacionales¹¹⁸ habría evitado al TEDH gastar inútilmente mucho tiempo (y dinero público) sobre una cuestión –el pretendido derecho de voto de los condenados– que ha sido creada en abstracto por una orientación jurisprudencial del Tribunal mismo, tomando como base discutibles decisiones judiciales emitidas en países adscritos a la tradición del *common law* y que no tienen bases suficientes ni en el texto del Convenio, ni en las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros. No se trata solo de subrayar la existencia de un margen de apreciación nacional amplio, que el mismo Tribunal reconoce sobre este asunto, aun sin mucha claridad en la definición de su extensión. Se trata de reconstruir el alcance de los derechos garantizados por el Convenio utilizando las constituciones nacionales como instrumento de delimitación de la discrecionalidad y del arbitrio del TEDH. En fin, el de los «prisoners' voting rights» es un tema en el cual muy frecuentemente los jueces supremos han intentado imponer una visión ideológica de los derechos fundamentales a los equilibrios históricamente consolidados de los estados liberales-demócratas contemporáneos y a sus textos constitucionales: se trata de un ámbito privilegiado del activismo judicial.

370

9. 2. Para una justificación teórica plausible de la privación del derecho de voto de los condenados

En los casos analizados en este ensayo se mencionaron varias tentativas de justificación de las normas que, en muchos sistemas jurídicos, prohíben a los condenados a la pena de la reclusión, o a los condenados por crímenes especialmente graves, o por unos tipos de crímenes, el ejercicio del derecho

¹¹⁷ Nos referimos al concepto de origen alemana de «wehrhafte Demokratie» o de democracia protegida.

¹¹⁸ Ignorando la tradición constitucional en favor de una razón abstracta construida ex nihilo por los mismos jueces (apoyándose, en este caso, sobre decisiones judiciales adoptadas

de voto. Y se analizaron las objeciones que el TEDH ha opuesto a muchos de estas tentativas de justificación, que en su forma de juzgar juegan el papel del «fin legítimo» que justifica la limitación del derecho en la perspectiva del principio de proporcionalidad.

Concluyendo este ensayo, es oportuno intentar explicar por qué la exclusión del derecho de voto de los prisioneros condenados nos parece en general justificada: y esto no solo en la perspectiva del derecho positivo (es decir, en este caso, en el intento de interpretar el art. 3 del Prot. Ad. n. 1) que se ha adoptado en los párrafos anteriores, sino en una perspectiva de teoría constitucional.

A nuestro parecer, la solución más coherente con una buena teoría de los derechos fundamentales es la adoptada por el *Representation of the People Act* 1983 del Reino Unido y, aún más, por el artículo 32.2 de la Constitución de la Federación Rusa de 1993: es decir, la prohibición de votar para todos los condenados, por el período en el cual se purga la condena y, en caso de crímenes de especial gravedad, quizá por toda la vida.

La primera razón que sustenta esta perspectiva es la mencionada en varias defensas de los gobiernos acusados en los casos estudiados en este ensayo¹¹⁹: es fuertemente oportuno que las personas que violaron la ley penal, y que la violaron en manera tan grave que fueron condenados a una pena de prisión, no puedan participar a la elección de los órganos representativos, que tienen, entre otras cosas, el poder de definir la orientación política del país y de aprobar las normas más importantes que componen sus ordenamientos jurídicos, las de rango legislativo (y entre ellas las normas penales). Se trata de un argumento que es compatible tanto con concepciones políticas de corte liberal¹²⁰, como con interpretaciones republicanas¹²¹ de la política y de la democracia. La tesis según la cual este sería un objetivo «indefini-

en los últimos diez años), el TEDH se priva de la posibilidad de utilizar la sabiduría que en el pasar de las décadas, y en unos casos (Reino Unido) de los siglos, se ha depositado en las normas y en las instituciones que crearon la misma cultura de los derechos humanos que el Tribunal tendría que fomentar.

¹¹⁹ Cf. por ej. *Calmanovici c. Roumanie*, § 148. Pero este argumento se encontraba ya en la posición del gobierno canadiense en *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*.

¹²⁰ A. C. Ewald, “*Civic death*”, cit., p. 1072 ss., que cita entre las autoridades liberales Locke, Rousseau, Paine y –con unas cautelas– el mismo Rawls (nota 148).

¹²¹ A. C. Ewald, “*Civic death*”, cit., p. 1082 ss.

do y simbólico», formulada con un exceso de arrogancia intelectual por el Tribunal Supremo de Canadá en el fallo *Sauvé*¹²², es ahora rechazada en las sentencias del TEDH discutidas en este ensayo¹²³.

Es verdad que —como afirma en varias sentencias el TEDH— la condena a la prisión no priva los condenados de todos los derechos fundamentales, pero no es exacto que ellos conserven todos los derechos que no son incompatibles con la condición de presos: la lógica de los sistemas constitucionales contemporáneos exige únicamente que los condenados no sean privados de los derechos que son inmanentes a su dignidad *humana*, la cual no puede en ningún caso ser vulnerada¹²⁴; pero ellos pierden, por el período de la detención, los derechos de *participar en la vida social*, como consecuencia de la naturaleza de la cárcel, que es una institución separada de la sociedad¹²⁵; los derechos de reunión y de asociación y, en general, los derechos de participación política¹²⁶. Es su igual dignidad social, y no su dignidad humana, la que es comprimida como consecuencia de la condena. Solo los individuos libres, que puedan discutir, asociarse y reunirse en público, pueden ejercer razonablemente el derecho de voto¹²⁷. Desde esta perspectiva, la posición adoptada por

¹²² Cf. *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, § 16 e 22. Nos parece, al contrario, indefinidas y no demostradas las tesis contenidas en dicha sentencia, según las cuales «to deny prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility» e «the negative effects of denying citizens the right to vote would greatly outweigh the tenuous benefits that might ensue. Denying prisoners the right to vote imposes negative costs on prisoners and on the penal system. It removes a route to social development and undermines correctional law and policy directed towards rehabilitation and integration».

¹²³ Esto es muy claro, aun si dichas sentencias llegan a conclusiones diferentes de las aceptadas en este ensayo por una utilización no correcta del *test* de subsidiariedad.

¹²⁴ El Tribunal constitucional italiano, en la sentencia n. 349 de 1993, afirmó que «quien se encuentra en un estado de detención, aun si es privado de la mayor parte de su libertad, guarda siempre un residuo de la misma, que es especialmente importante porque constituye el último ámbito en el cual puede desarrollarse su personalidad individual».

¹²⁵ En este sentido M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Turin, 2002, p. 163 (pero el autor, aun constatando el estado actual del derecho objetivo, expresa su esperanza de que dicha separación sea reducida o eliminada).

¹²⁶ Para este comentario ver P. Ramsay, *Faking Democracy with Prisoners' Voting Rights*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2013, p. 9 (http://eprints.lse.ac.uk/48985/1/WPS2013-07_Ramsay.pdf).

¹²⁷ Este argumento fue propuesto por el gobierno ruso en el caso *Anchugov and Gladkov* (v. n. 89), pero fue ignorado por la I sala del TEDH.

el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en 1999, según la cual «the vote of each and every citizen is a badge of dignity and personhood», si bien es cierto que puede explicarse en el contexto de la historia de ese país, no es aceptable como afirmación de teoría constitucional¹²⁸. Es claro que eso no significa que el voto sea un privilegio¹²⁹ y no un derecho: solo significa que el voto es un derecho cuya titularidad y cuyo ejercicio depende de determinados supuestos, como la edad, la ciudadanía, en unos casos la residencia¹³⁰ y de la ausencia de requisitos negativos, entre los cuales está tradicionalmente la condena a una pena de prisión.

Y si bien el derecho de voto es un un derecho individual, es también verdad que se trata de un derecho cuyo ejercicio tiene que ser necesariamente colectivo, como los derechos de reunión y de asociación: el voto, como acto individual y aislado, no tiene sentido, de la misma manera como la que no tiene sentido una reunión o una asociación en la cual participe solo una persona. La dialéctica del derecho de voto –bien sintetizada por Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución*¹³¹– incluye estas dos «polaridades»: la liberal y la democrata; o, dicho con otras palabras, la individual y la social. No se trata de un «derecho de defensa», como los clásicos derechos de libertad, que son reconocidos a sus titulares para que hagan de ellos el uso que más le agrade,

¹²⁸ Según M.Á. Presno Linera, *Ed derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 143, el que cumple una condena privativa de libertad no carece de capacidad para autodeterminarse políticamente y, además, esa circunstancia no convierte a quien se encuentra en ella en una persona carente de dignidad, por lo que la sanción consistente en la privación del sufragio activo por ese motivo no es en absoluto compatible con el mandato contenido en el artículo 25.2 de la Constitución». Sin embargo, a nuestro parecer, la capacidad de autodeterminación política es estructuralmente limitada por la institución de la cárcel. Es exacto que el que se encuentra en la condición de privación de libertad no pierde su dignidad humana, pero el derecho de voto no es una consecuencia inmediata de esta última, como resulta del hecho de que la titularidad de dicho derecho depende de varios requisitos ulteriores respecto a la capacidad jurídica.

¹²⁹ El argumento según el cual el voto es un derecho y no un privilegio es utilizado con frecuencia sea en la jurisprudencia, sea en la doctrina (ad es. A.W. Powers, *Hirst*, cit., p.2), para llegar a la conclusión de que los condenados gozan de este derecho.

¹³⁰ Véase la decisión de la *Grande Chambre* del TEDH en el fallo *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece*, App. n. 42202/07, dec. 15.3.2012, en la cual se concluye que la falta de medidas que permitan votar a los ciudadanos residentes en el exterior contraría el art. 3 del Prot. Ad. n. 1 (y en el mismo sentido v. *Shindler v. The United Kingdom*, § 114).

¹³¹ C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), tr. fr., *Théorie de la Constitution*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, p. 383-384.

sino que se trata del ejercicio de una función pública: el derecho de voto no solo importa un ejercicio colectivo, sino que también es un derecho funcional. Es entonces fisiológico que las personas a las cuales no les es permitido desarrollar una vida social normal, como consecuencia de una sentencia que las haya condenado a la privación de la libertad personal, no les sea permitido tampoco votar¹³².

Además, es necesario someter a crítica otra afirmación repetida muchas veces en varias sentencias del TEDH, según la cual la exclusión del derecho de voto de los prisioneros condenados afectaría el principio del sufragio universal, porque privaría del derecho de voto a una entera categoría de ciudadanos¹³³. Esta afirmación no es exacta, porque la exclusión no afecta a una «categoría» de personas seleccionadas por características intrínsecas que las distinguen de otras, sino a personas que han sido *individualmente* condenadas, con un justo proceso legal, por haber *individualmente* violado normas penales sancionadas con la pena de la detención; esto es, por comportamientos que adoptaron libremente (es decir como personas dotadas de libre albedrío) pese a la presencia de una prohibición dispuesta por la ley penal¹³⁴. La tesis aquí criticada tiene el mismo valor de una afirmación cuyo contenido sea el que con la prisión se priva de la libertad personal a una categoría de personas. En ambos casos, la «categoría» es constituida no con finalidades discriminatorias, sino como consecuencia de la violación de preceptos penales y con la finalidad última de asegurar el respeto de la ley y de garantizar la paz social. La «categoría» de la que se habla no existe en sí, sino solo como una suma de personas que se encuentran en dicha situación, como consecuencia de sus

¹³² En la cultura liberal contemporánea, la justificación de la privación del derecho de voto de los condenados a una pena de prisión parece muy difícil (véanse los argumentos en este sentido de A.C. Ewald, “*Civic death*”, cit., p. 1096 y ss.). Sin embargo, a nuestro parecer, esta dificultad depende de la expulsión del concepto de responsabilidad individual de la cultura liberal de los derechos.

¹³³ Se vea *Frodl contra Austria*, nr. 24; *Scoppola contra Italia (n. 3) – GC*, nr. 96; *Anchugov and Gladkov v. Russia*, nr. 96; *Söyler contra Turquía*, nr. 34.

¹³⁴ Este argumento fue utilizado por un tribunal federal de Estados Unidos en el caso *Wesley v. Collins*, 605 F. Supp. 802, 813 (citado por A.C. Ewald, “*Civic death*”, cit., p. 1078-79), según el cual los condenados «are not disenfranchised based on any immutable characteristic, such as race, but on their conscious decision to commit an act for which they assume the risk of detention and punishment».

actos voluntarios, consistentes en la violación de normas penales, constatada por jueces independientes e imparciales en cada caso concreto.

Estos argumentos proponen una justificación posible y plausible del *disenfranchisement*, y su finalidad es llegar a la conclusión de que ella *puede* justificar la limitación del derecho de voto en los Estados miembros del Consejo de Europa en el ejercicio de su margen de apreciación nacional, y no la de afirmar que ésta sea la única compatible con la naturaleza del derecho de voto y de la institución social denominada cárcel. Considerado el texto del art. 3 del Prot. Ad. n. 1 y las tradiciones constitucionales nacionales, el derecho a elecciones libres previsto por el CEDH puede ser interpretado en la perspectiva esbozada en este ensayo, o como derecho subjetivo perfecto; y no es competencia del Tribunal de Estrasburgo, sino de los Estados miembros, cerrar esta alternativa, que el Tribunal tendría que dejar abierta, limitándose a controlar los confines exteriores de las diferentes concepciones del derecho de voto compatibles con el citado art. 3¹³⁵. Es verdad, de hecho, que –como afirmó el Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Sauvé*: «it is for the Courts, unaffected by the shifting winds of public opinion and electoral interests, to safeguard the right to vote»¹³⁶. Sin embargo, lo que es el derecho de voto y cuáles son sus límites tiene que ser definido sobre la base de un material normativo más amplio y rico, en el cual se hace necesario incluir, en el caso del CEDH, las tradiciones constitucionales nacionales y su diversidad, al fin de

¹³⁵ Se retoma aquí un argumento ya expuesto en la *dissenting opinion* en el fallo *Sauvé v. Canada*: «s. 1 of the *Charter* requires that this Court look to the fact that there may be different social or political philosophies upon which justifications for or against the limitations of rights may be based. In such a context, where this Court is presented with competing social or political philosophies relating to the right to vote, it is not by merely approving or preferring one that the other is necessarily disproved or shown not to survive *Charter* scrutiny. If the social or political philosophy advanced by Parliament reasonably justifies a limitation of the right in the context of a free and democratic society, then it ought to be upheld as constitutional. In the realm of competing social or political philosophies, reasonableness is the predominant s. 1 justification consideration. Section 1 of the *Charter* does not constrain Parliament or authorize this Court to prioritize one reasonable social or political philosophy over reasonable others, but only empowers this Court to strike down those limitations which are not reasonable and which cannot be justified in a free and democratic society. The decision before this Court is therefore not whether or not Parliament has made a proper policy decision, but whether the policy position chosen by Parliament is an acceptable choice amongst those permitted under the *Charter*».

¹³⁶ *Sauvé v. Canada (Chief electoral Officer)*, § 13.

evitar que la indeterminación de las disposiciones sobre los derechos permita a los jueces imponer sus concepciones filosóficas, sociales y políticas.

De cualquier manera, también en una perspectiva como la adoptada aquí, favorable a la posibilidad que los estados supriman el derecho de voto de los prisioneros condenado a la reclusión por el período de expiación de la condena, sobra un espacio para unos límites y para un control sobre la proporcionalidad de la restricción. De hecho, la afirmación que se encuentra en unas de las sentencias analizadas en los párrafos anteriores, según la cual la privación del derecho de voto no puede ser impuesta «a la ligera»¹³⁷, parece en principio aceptable. Pero, a nuestro parecer, la consecuencia de una condena a una pena de prisión, es decir la privación de la libertad personal, afecta a la libertad y a la autonomía de la persona en manera mucho más intensa que la privación del derecho de voto. Entonces, si hay una consecuencia sobre la cual un sistema jurídico tiene que ser muy prudente, es la privación de la libertad personal – que tendría que ser siempre una medida «of last resort»– y no la consecuencia ulterior del *disenfranchisement*. Una vez que se llegue a la conclusión de que la primera sanción es inevitable, parece razonable excluir el condenado también del derecho de elegir a los representantes de la nación. Por lo tanto, parece razonable compartir la tesis según la cual «[The] deprivation of political rights is proportionate because it lasts no longer than her imprisonment»¹³⁸.

376

Este paralelismo entre la privación de la libertad personal y la limitación del derecho de voto podría encontrar dos excepciones: la primera, que la privación del derecho de voto no tendría que aplicarse, en virtud de la presunción de inocencia¹³⁹, a los prisioneros todavía no condenados o cuya condena no sea definitiva (y esto porque en casos de este tipo la privación de la libertad personal corresponde a finalidades cautelares, pero a la persona se le presume inocente y por esta razón la suspensión de sus derechos políticos podría ser desproporcionada); y la segunda, que la conexión entre prisión y privación del derecho de voto tendría que funcionar no solo para justificar la privación del derecho, sino también para excluir, en principio, el *life disenfranchisement* también en los crímenes más graves. No se quiere decir

¹³⁷ Dicha afirmación es a su vez tomada de *Sauvé v. Canada (Chief electoral Officer)*, § 9.

¹³⁸ P. Ramsay, *Faking Democracy*, cit., p. 14.

¹³⁹ [...] reconocida por muchas constituciones y también por el CEDH (art. 6.2).

aquí que el *life disenfranchisement* sea en absoluto contrario al principio de proporcionalidad, sino solo que tendría que aplicarse a crímenes de gravedad excepcional (en principio los mismos para los cuales se admite –o se admitía– la pena de reclusión de por vida, aun si de hecho se procede a la liberación anticipada del condenado).

Parece razonable llegar a esta conclusión no solo por razones de protección de intereses individuales, sino también para evitar que el número de las personas privadas del derecho de voto llegue a cantidades elevadas, como pasa en unos estados del sur de Estados Unidos¹⁴⁰, en los cuales el porcentaje de electores privados del derecho de voto llega en unos casos al 13 %, alterando, entre otras cosas, la fuerza electoral de los diferentes grupos raciales.

¹⁴⁰ A.C. Ewald, “*Civic death*”, cit., p. 1045-1046. En este mismo ensayo se subraya que el fenómeno tiene una «dimensión racial» (p. 1048 y literatura allí citada).