



CORTE DE APELACIONES DE ARICA
Nº ING: 662 - 20164 a FEC
HA: 06/10/2016 02:02 CAARCPRO LI
BRD: Recursos de Protección RECU
RSD: Protección ROL: - - - - -

PROCEDIMIENTO : ESPECIAL
MATERIA : RECURSO DE PROTECCIÓN
RECURRENTE : INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS
REPRESENTANTE : DAVID BAHAMONDES GONZALEZ, JEFE SEDE REGIONAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, ARICA Y PARINACOTA
RUT : 9.608.845-0
AFECTADA (1) : BARBARA INES OYARZO TOBAR
RUT : 14.906.546-6
AFECTADO (2) : CARLOS MANUEL VALDES CORTES
RUT : 11.376.244-6
PATROCINANTE (1) : SANDRA CONSUELO GIL BESSOLO
RUT : 7.024.292-3
PATROCINANTE (2) : PABLO IGNACIO RIVERA LUCERO
RUT : 13.672.566-1
PATROCINANTE (3) : MARIA DANIELA LARA ESCALONA
RUT : 10.531.551-1
RECURRIDO (1) : SERVICIO ELECTORAL
REPRESENTANTE : NORMA HERRERA MACAYA, DIRECTORA REGIONAL SERVICIO ELECTORAL ARICA Y PARINACOTA
RUT : 6.298.479-1
RECURRIDO (2) : GENDARMERIA DE CHILE
REPRESENTANTE : JUAN NAVARRETE GAMBOA, DIRECTOR REGIONAL GENDARMERIA DE CHILE ARICA Y PARINACOTA
RUT : 11.758.829-7

EN LO PRINCIPAL: Interpone recurso de protección; **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** Solicita informe; **TERCER OTROSÍ:** Solicitud que indica; **CUARTO OTROSÍ:** Legitimación activa; **QUINTO OTROSÍ:** Notificaciones; **SEXTO OTROSÍ:** Acredita personería y acompaña documento. **SEPTIMO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE ARICA

DAVID BAHAMONDES GONZALEZ, abogado, cédula nacional de identidad N°9.608.845-0, con domicilio en calle Arturo Prat 391 of. 106, Arica, **Jefe de la Sede Regional de Arica y Parinacota del INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH)**, en representación de **BRANISLAV LJUBOMIR MARELIC ROKOV**, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, cédula nacional de identidad N° 16.092.326-1, con domicilio en calle Eliodoro Yáñez N° 832 de la comuna de Providencia, Santiago, **Director del**

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH), RUT N° 65.028.707-K, a S.S. Itma. con respeto digo:

Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo primero y siguientes de la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, y en particular lo señalado en el artículo 2° inciso primero y artículo 3° número 5 de la referida ley, vengo en interponer acción constitucional de protección de carácter preventivo en contra del **SERVICIO ELECTORAL**, representado legalmente por su Directora Regional de Arica y Parinacota **SRA. NORMA HERRERA MACAYA**, domiciliada en Calle San Marcos N° 531, Arica, Chile; y en contra de **GENDARMERIA DE CHILE**, representada legalmente por su Director Regional **SR. JUAN NAVARRETE GAMBOA**, con domicilio en calle Andrés Bello 1532, Población Magisterio, Arica, Chile, por vulnerar el derecho constitucional de la igualdad ante la ley, establecido en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política del Estado, y la libertad de emitir opinión prevista en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental, ambos cautelados por la acción constitucional de protección consagrada en el artículo 20 de la Carta Política, a favor de las siguientes personas **BARBARA INES OYARZO TOBAR**, RUT No 14.906.546-6; y **CARLOS MANUEL VALDES CORTES**, RUT No 11.376.244-6, ambos domiciliados en el Complejo Penitenciario de Arica, ubicado en Cuesta de Acha s/No Km. 2063, Ruta 5 Norte, Arica, conforme a los argumentos de hecho y derecho que a continuación paso a exponer.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

I. Antecedentes Preliminares

Las precarias condiciones del sistema penitenciario chileno, quedaron expuestas a raíz del incendio en la Cárcel de San Miguel, en diciembre del año 2010 y el impacto mediático que produjo la muerte de 81 internos¹. Este lamentable suceso sacó a relucir los grandes problemas de las cárceles en Chile: el hacinamiento, las malas condiciones de habitabilidad, y para los efectos que nos interesa en la presente acción, **la vulneración de los derechos humanos de las personas privadas de libertad** por parte de Gendarmería de Chile. Además, en los mismos términos se ha pronunciado la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago en sus conclusiones de la visita semestral de cárcel 2015.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos manifestó su preocupación al respecto en su Informe Anual sobre la situación de Derechos Humanos el año 2011. En efecto, el primer capítulo de dicho informe versa sobre las circunstancias de especial connotación pública a

¹ Los medios de comunicación dieron amplia cobertura a esta tragedia. Al respecto véanse: www.elmostrador.cl/noticias/pais/2010/12/08/incendio-en-carcel-de-san-miguel-deja-81-muertos/ www.emol.com/noticias/nacional/2010/12/08/451604/incendio-en-carcel-de-san-miguel-deja-81-reos-fallecidos-y-obliga-a-evacuar-a-otros-200/

lo largo del año, entre las que se encuentran los derechos de las personas privadas de libertad². El Instituto Nacional de Derechos Humanos no ha sido el único organismo que ha manifestado preocupación respecto a las condiciones carcelarias en Chile. Así a modo de ejemplo, esta materia ha sido abordada por Human Rights Watch³, la Organización de las Naciones Unidas (ONU)⁴ y a nivel nacional por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, entidad que en los informes correspondientes a los últimos dos años ha destacado la reiterada vulneración a sus derechos que experimentan las personas privadas de libertad⁵.

Además, y solo a modo ejemplar, producto del hacinamiento y de las condiciones carcelarias actualmente vigentes, el pasado lunes 26 de septiembre de 2016 en el óvalo del CDP Santiago Sur (Ex Penitenciaría) una riña ente internos de distintas Galerías, dejó un saldo de 2 fallecidos y 9 heridos de diversa consideración, dos de ellos hospitalizados en el Hospital Penitenciario.

1.1 Antecedentes de Contexto

Las próximas elecciones municipales se llevarán a efecto el día 23 de octubre de 2016. En este contexto, las personas privadas de libertad -quienes no están excluidas de la calidad de ciudadano/a ni suspendido su derecho a sufragio por la Constitución Política- ven limitada su posibilidad de participación. Lo anterior atendido que al encontrarse actualmente en un establecimiento penitenciario, es muy probable que no se dispongan medidas de traslado para ejercer el derecho a sufragio ni se instalen mesas receptoras de sufragio. Ello basado en que el Servicio Electoral mediante Of. Ord. N°2574 de 09 de septiembre de 2016, respondiendo a consulta realizada por el INDH sobre las medidas adoptadas por el Servicio Electoral sobre cómo se hará efectivo el derecho a emitir sufragio, informa que:

"Como se advierte, en nuestra legislación no existe la posibilidad de establecer circunscripciones electorales en relación a un determinado establecimiento o recinto, ya que lo que fundamenta la creación de dichas circunscripciones es precisamente la

² Véase: "Circunstancias de especial connotación pública a lo largo del año: Derechos de las personas privadas de libertad", en Informe anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Instituto Nacional de Derechos Humanos, páginas 21 a 32.

³ En informe mundial sobre Chile, elaborado en enero de 2011, al abordar las condiciones carcelarias el organismo refiere que: "Chile aún no ha adoptado medidas efectivas para subsanar la grave sobrepoblación en las cárceles del país y aliviar las condiciones que un funcionario judicial de alto nivel calificó como "inhumanas"" 2011. Informe que se puede revisar en: www.hrw.org/es/world-report-2011/chile-o

⁴ Con fecha 10 de diciembre de 2011 el representante de la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (Acnudh) manifestó que: "Las condiciones carcelarias no son las más adecuadas en relación con la dignidad de las personas que están privadas de libertad". En www.cooperativa.cl/onu-las-condiciones-carcelarias-en-chile-no-son-las-más-ade cuadas/prontus_notas/2011-12-10/093127.htm

Similares declaraciones fueron formuladas el 07 de febrero del presente año, oportunidad en que Amerigo Incalcaterra recalcó que: "Los Estados tienen la obligación de garantizar que las condiciones de detención son compatibles con la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes". En http://noticias.terra.cl/nacional/alto-comisionado-de-onu-cuestiona-condiciones-carcelarias-en-america-del-sur-_ac44a20a84955310VgnVCM20000099f154d0RCRD.html

⁵ Al respecto véanse los informes de los años 2011 y 2012, que abordan esta materia en www.derechoshumanos.udp.cl/archivo/informe-anual/

dispersión geográfica del electorado, por lo que el territorio comprendido por un centro de reclusión penitenciario no se enmarca dentro de los criterios, previstos por el legislador para el establecimiento de una circunscripción electoral."

Conjuntamente ante igual consulta Gendarmería de Chile, no se obtuvo respuesta hasta la fecha.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos manifestó su preocupación al respecto en su Informe Anual Sobre la Situación de Derechos Humanos en Chile de 2012. En efecto, en el segundo capítulo de dicho informe, sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, se hizo hincapié en que a las personas privadas de libertad sólo se les puede restringir su libertad ambulatoria, manteniendo plenamente el derecho a vivir la privación de libertad en una situación compatible con la dignidad humana⁶.

1.2 Hechos que motivan la interposición del presente Recurso de Protección

Barbara Ines Oyarzo Tobar, Rut 14.906.546-6 domiciliada en Cuesta de Acha s/No Km. 2063, Ruta 5 Norte, Arica, actualmente condenada a una pena de 541 días, se encuentra privada de libertad en el Centro Penitenciario de Arica.

Carlos Manuel Valdés Cortes, RUT No 11.376.244-6, domiciliado en Cuesta de Acha Acha s/No Km. 2063, Ruta 5 Norte, Arica, actualmente condenado a una pena de 541 días, se encuentra privado de libertad en el Centro Penitenciario de Arica.

Estos internos/as se encuentran habilitados para sufragar según constancia obtenida de la página web del Servicio Electoral que se acompaña en un otrosí de esta presentación.

En concreto, **Barbara Ines Oyarzo Tobar**, Rut 14.906.546-6 domiciliada en Cuesta de Acha s/No Km. 2063, Ruta 5 Norte, Arica, actualmente condenada a una pena de 541 días, se encuentra privada de libertad en el Centro Penitenciario de Arica y se encuentra habilitada para sufragar, ya que su calidad condenada a una pena no aflictiva de 541 días, según la norma constitucional del artículo 17 no la ubica dentro del grupo de ciudadanos excluidos para ejercer su derecho a voto.

Carlos Manuel Valdés Cortes, RUT No 11.376.244-6, domiciliado en Cuesta de Acha Acha s/No Km. 2063, Ruta 5 Norte, Arica, actualmente condenado a una pena de 541 días, se encuentra privado de libertad en el Centro Penitenciario de Arica. se encuentra habilitada para sufragar, ya que su calidad de condenado a una pena no aflictiva de 541 días, según la norma constitucional del artículo 17 no lo ubica dentro del grupo de ciudadanos excluidos para ejercer su derecho a voto.

Sin embargo, para las elecciones del día 23 octubre de 2016 no se les ha garantizado las condiciones materiales para hacer efectivo el derecho a sufragio.

⁶ Corte IDH, Caso del penal Miguel Castro contra Perú, párrafo 315.

Lo anterior le consta a este recurrente porque cada una de las personas afectadas, anteriormente individualizadas, envió una carta dirigida al Servicio Electoral consultando cómo se hará efectivo su derecho a sufragio, las que fueron despachadas por correo certificado con fecha 5 de septiembre de 2016, como se acredita mediante los documentos que se acompañan en esta presentación. Hasta el momento, y según refieren las personas privadas de libertad, no se ha obtenido respuesta.

A mayor abundamiento ante la consulta del Instituto Nacional de Derechos Humanos dirigida al Servicio Electoral N°461, del 12 de Agosto del 2016, solicitando informar sobre las medidas adoptadas para hacer efectivo el derecho a emitir sufragio se responde con fecha 9 de septiembre del 2016 que en nuestra legislación no existe la posibilidad de establecer circunscripciones electorales en relación a un determinado establecimiento o recinto.

Respecto a Gendarmería del Chile se hizo idéntica consulta mediante oficio N° 460 de 12 de agosto de 2016, del cual a la fecha no se ha recibido respuesta.

Lo descrito, como se explicará a continuación, constituye una omisión arbitraria e ilegal que amenaza la garantía de la igualdad ante la ley establecida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, en el legítimo ejercicio del derecho a sufragio que emana de la calidad de ciudadano, de acuerdo a lo consagrado en los artículos 16 y 17 del texto constitucional.

II. EL DERECHO

II. 1. Requisitos de admisibilidad

En primer lugar, es un requisito de admisibilidad de una acción de protección que los hechos descritos puedan significar la vulneración de algún derecho que, de acuerdo a lo establecido en el art. 20 de la Constitución, sea de aquellos que están tutelados por el recurso de protección. En este caso, existe una omisión ilegal y arbitraria por parte del Servicio Electoral y de Gendarmería de Chile, que implica la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley respecto de las personas en cuyo favor se presenta esta acción constitucional. En efecto, cada uno de los internos/as afectados por esta vulneración consultó individualmente por escrito, en carta enviada por correo certificado con fecha 5 de septiembre de 2016 al Servicio Electoral cómo se haría efectivo su derecho a sufragio en las próximas elecciones municipales, ante lo que no se recibió respuesta satisfactoria.

En segundo término, también se cumple el requisito del plazo de presentación, puesto que la presente acción de protección se interpone dentro del término que establece el auto acordado que regula esta materia en su N° 1, que refiere al respecto que se debe interponer *“...dentro del plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la*

ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos”.

Atendido que el Servicio Electoral informó al Instituto Nacional de Derechos Humanos con fecha 9 de septiembre del 2016 que no se adoptarán medidas para el ejercicio del derecho a sufragio de personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios, es que la mencionada acción se presenta dentro del plazo, ya que sólo en este momento se tuvo certeza de que el Servicio Electoral no constituyó locales de votación para que funcionen mesas receptoras de sufragio dentro de los recintos penitenciarios. Con respecto a Gendarmería, pesa sobre este órgano la obligación de adoptar las medidas necesarias para preservar la relación de derecho público que existe entre el interno y el Estado, esto es, cautelar que la condición jurídica del interno sea idéntica a la de los ciudadanos libres, con excepción de las restricciones o privaciones de derechos derivados de su prisión preventiva o condena. Sin embargo, hasta la fecha no se ha recibido respuesta por este órgano sobre las medidas que adoptará para que los internos/as hagan efectivo su derecho a sufragio, de modo que la omisión en que ha incurrido e incurre Gendarmería genera un estado de peligro o amenaza para el legítimo ejercicio del derecho a la igualdad ante la ley por parte de las personas cuya protección se solicita a través de la presente vía constitucional.

De esta forma, se cumplen los dos únicos requisitos que se exigen en nuestro ordenamiento jurídico para que la acción constitucional de protección sea declarada admisible.

II.2. Procedencia de la Acción Constitucional de Protección

La acción constitucional de protección, consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción eminentemente cautelar. Tiene por objeto restablecer el imperio del derecho y otorgar protección a aquellas personas que sufran privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos del artículo 19 en numerandos específicos.

Se dispone que el afectado o cualquiera a su nombre pueda concurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que deberá adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Para que sea procedente el recurso de protección es necesario que se haya cometido un acto u omisión ilegal o arbitraria que prive, amenace o perturbe el legítimo ejercicio de los derechos protegidos por esta acción constitucional.

En la especie, procede la interposición de la acción constitucional ante la inexistencia de medidas para que los afectados puedan ejercer su derecho a sufragio, tales como la disposición de locales de votación en que funcionen mesas electorales en los

establecimientos penitenciarios o bien, medidas de traslado de los internos/as a su lugar de votación. Esta omisión es arbitraria e ilegal para estos internos/as atendido que está fuera de los presupuestos constitucionales - lo que se detallará en ambos aspectos en apartados posteriores de esta presentación-, más aún si se encuentran habilitados para sufragar. Consecuentemente, como se explicará, ello afecta la garantía de la igualdad ante la ley consagrada en el art. 19 N° 2 de la Constitución Política, y la libertad de emitir opinión reconocida en el art. 19 N° 12 de la Carta Fundamental, considerando que la omisión arbitraria e ilegal que se denuncia configurará una discriminación y un grave atentado a la libertad de expresión.

Por otra parte, es relevante destacar que en el caso de los recursos de protección se releva particularmente la importancia del poder judicial como un poder contra mayoritario que necesariamente debe actuar para la protección de los derechos fundamentales. La vinculación del órgano jurisdiccional a los derechos fundamentales se puede calificar como aquella que mayor relevancia presenta para el Estado de Derecho. Esta situación se explica por la doble faz de la judicatura, por una parte, como destinataria de los derechos fundamentales, y por otra como principal garante de los mismos. Lo anterior, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia lo ha expresado:

*“En el ejercicio de esa labor intelectual de selección e interpretación puede identificar reglas jurídicas que contienen sentidos opuestos, e incluso reglas jurídicas que se oponen a sendos principios rectores del sistema jurídico. Pues bien, la solución de tales conflictos de normas es también objeto del juzgamiento (...) No se discute, en la doctrina constitucional, que los jueces del fondo tengan facultades para interpretar las reglas legales conforme a la Constitución, así como tampoco la utilización de las normas constitucionales de un modo directo para la solución del conflicto específico y, en ambos casos, el juez ha debido interpretar la Constitución”.*⁷

En este proceso de integración a que alude la Corte Suprema, que es consustancial a la jurisdicción como señala el máximo tribunal, será tarea del intérprete judicial buscar la forma de conciliar las distintas fuentes normativas -ley, Constitución, tratados- en pos de conservar la unidad del ordenamiento, unidad que pasa por una aplicación del derecho respetuosa de los derechos fundamentales.

A juicio de este recurrente existe una necesidad imperiosa que la presente acción constituya un recurso efectivo para asegurar el pleno goce del derecho a sufragio por parte de los afectados. La omisión ilegal y arbitraria de la administración unido a la experiencia de elecciones pasadas, configuran una amenaza real en el legítimo ejercicio del derecho a la igualdad, el que sin duda debe ser preservado respecto de un derecho político tan importante para construcción de ciudadanía y democracia como es el derecho a sufragio.

⁷ Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5420-2008.

Cuando una institución del Estado se aparta de la estricta observancia de los derechos humanos será siempre el Poder Judicial el primer garante de los derechos de las personas, teniendo como deber el actuar eficazmente para remediar la violación, reparar a las víctimas y decretar medidas de protección para la no ocurrencia de nuevas vulneraciones.

La forma en que los/as ciudadanos/as pueden accionar los mecanismos de protección, es típicamente a través de las acciones judiciales disponibles. Sin embargo, cuando existe privación, perturbación o amenaza de derechos fundamentales, están disponibles las acciones constitucionales reguladas en los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la República.

La naturaleza y objetivos de dichas acciones constitucionales, de capital importancia en una sociedad democrática, se reflejan principalmente en una prescripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en donde el artículo 25.1, establece:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

II.3. Derechos afectados

Para la resolución de esta petición de protección han de considerarse los estándares establecidos en el derecho internacional de los Derechos Humanos, atendido que los tratados internacionales suscritos por el Estado de Chile y que están vigentes forman parte del ordenamiento jurídico.

Por mandato del artículo 5° inc. 2° de la Carta Fundamental se otorga un rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que el resto de los tratados internacionales, en cuanto regulan derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Señala esta norma:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Sobre el particular, la Excelentísima Corte Suprema ha declarado:

“en definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo,

*protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos*⁸.

Previo a explicar la vulneración específica que se reclama, en primer lugar se realizará una breve exposición sobre el derecho a sufragio y, en segundo término, se indicará de qué manera los afectados ven amenazado el ejercicio legítimo del derecho a la igualdad ante la ley establecido y garantizado en el art. 19 N° 2 de la Constitución y la libertad de emitir opinión consagrada en el art. 19 N° 12.

II.3.1. Derechos Políticos: el derecho a sufragio y su ejercicio

Nuestro país ha consolidado su forma de gobierno como una democracia, definiéndolo de esta forma en la Constitución, en su artículo 4°: "*Chile es una república democrática*".

La democracia es considerada como esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos⁹. Uno de los pilares fundamentales de un Estado democrático y la condición para una plena y efectiva democracia lo constituye la participación social y política de la ciudadanía, siendo el derecho a voto uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los/as ciudadanos/as ejercen el derecho a la participación política¹⁰.

Consecuentemente el artículo 5° de la Constitución establece "*La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece (...)*".

El capítulo segundo de la norma fundamental, que trata sobre la "Nacionalidad y Ciudadanía", establece en el artículo 13:

"Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva.

La calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran"

Además de reconocer estos derechos, contempla formas de restricción a los mismos, como sucede en los artículos 16 y 17. Es así como el artículo 16 dispone sobre la suspensión del derecho a sufragio:

"El derecho de sufragio se suspende: (...) 2°.- Por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista"

Acto seguido la Constitución regula en el artículo 17 la pérdida de la calidad de ciudadano:

⁸ Corte Suprema: sentencia Rol 3125-04, de 13 de marzo de 2007, considerando trigésimo nono.

⁹ Organización de Estados Americanos (2001), Carta Democrática Interamericana, Art.1.

¹⁰ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 198

"La calidad de ciudadano se pierde:

1º.- Por pérdida de la nacionalidad chilena;

2º.- Por condena a pena aflictiva, y

3º.- Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva."

De las normas transcritas, se puede apreciar que la calidad de ciudadano es lo que otorga a las personas derecho a la participación política, tanto de manera activa para optar a cargos de elección popular, como de forma pasiva a través del derecho a sufragio, que permite que los/as ciudadanos/as puedan participar en los procesos de elección de sus representantes.

Asimismo, por mandato constitucional la persona acusada de un delito o condenada a una pena privativa de libertad ve limitado el ejercicio al derecho de sufragio bajo presupuestos específicos que a continuación se explicitan:

a) Imputados/as en Prisión Preventiva (art. 16 de la Constitución Política de la República)

En el caso de la suspensión del derecho a sufragio, nuestra Carta Fundamental lo hace extensible a todos/as quienes se hallaren acusados por un delito que merezca pena aflictiva o que la ley califique como conducta terrorista. Para analizar esta restricción debemos tener presente que de acuerdo a lo que disponen las normas procesales penales para que una persona se encuentre acusada, debe existir previamente el cierre de la investigación penal en su contra y cumplido este requisito puede formularse la respectiva acusación (arts. 248 y 259 del Código Procesal Penal). Consecuentemente, antes de que el Ministerio Público formule acusación en contra de un/a imputado/a, no procede la suspensión del derecho a sufragio. Por ello, para limitar el ejercicio del derecho a voto se requerirá la formulación de acusación en la respectiva causa¹¹.

Acorde a lo anterior, las personas bajo prisión preventiva no debieran ser afectadas con la suspensión de su derecho a sufragio, a menos que se encontraren acusadas por un delito que merezca pena aflictiva o delito terrorista.

b) Condenados a penas no aflictivas (art 17 de la Constitución Política de la República).

¹¹ No obstante, lo expuesto, la norma constitucional que genera esta suspensión o restricción del derecho al sufragio colisiona con el principio de presunción de inocencia consagrado en normas internacionales y constitucionales. A nivel constitucional este principio se encuentra en el artículo 19 N° 3 que dispone: *"La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal"*. Como señala Nogueira *"Este principio forma parte del derecho al debido proceso, tal como lo establece el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, determinando que una persona es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad, derecho que forma parte del bloque constitucional de derechos en virtud del mandato del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, derecho que se incluyó en el artículo 4° del Código Procesal Penal, el cual dispone "Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme"*.(NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*, Revista *Ius et Praxis [online]*. 2005, vol.11, n.1, pp.221-241, (fecha de consulta: 1 de septiembre de 2016)

La pérdida de la calidad de ciudadano/a, de acuerdo a la norma constitucional, viene aparejada a la imposición de una condena a pena aflictiva; por la condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico ilícito de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva.

En el caso de las personas privadas de libertad que no se encuentran cumpliendo penas aflictivas, no ven suspendida su calidad de ciudadanos/as, y por ende no existe restricción alguna a su derecho a sufragar.

No obstante lo señalado, se ha constatado en elecciones pasadas que ante la falta de medidas por parte de los recurridos, se ha privado a estas personas de ejercer su derecho a sufragar, no existiendo norma constitucional ni legal que fundamente esta privación, lo que constituye una omisión ilegal y discriminatoria que atenta contra la igualdad ante la ley y la libertad de emitir opinión. Hasta el momento, tampoco consta que se hayan adoptado medidas que modifiquen este estado de afectación de los derechos indiciados para la próxima elección, ni se ha informado por los órganos recurridos que se vayan a adoptar medidas para revertirlo.

Por otra parte, en relación a los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 21 reconoce el derecho a la participación social y política en condiciones de igualdad:

- "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".¹²*

A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que este tipo de derechos derivan de la dignidad inherente del ser humano y que los Estados deben propender a crear las condiciones para que las personas puedan gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales¹³. En este sentido, en su artículo 25 establece:

¹² Organización de Naciones Unidas (1948), Declaración Universal de Derechos Humanos, Aprobada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976. Preámbulo.

"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;*
- 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".*

El citado artículo hace referencia expresa al artículo 2° del mismo Pacto, lo cual es fundamental para comprender cómo se ejercen los derechos descritos, ya que impone la obligación a los Estados a respetarlos y garantizarlos sin discriminación.

Por su parte, en el sistema interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 23 lo siguiente:

"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".

Respecto a estas disposiciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado:

"los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este

*derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán*¹⁴.

Los artículos referidos y la jurisprudencia de la Corte IDH son claros en cuanto a que los derechos de participación política de las personas se ejercen en un plano de igualdad y sin discriminación, siendo obligación de los Estados garantizar su pleno ejercicio para la efectividad de la sociedad democrática. Enfatizando la Corte IDH que *"es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación (...)"*¹⁵.

Asimismo, en opinión de la Corte IDH y de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de una normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, debiendo considerar especialmente la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales, como es el caso de los privados de libertad.

En este sentido, el impedimento del ejercicio del derecho a sufragio a las personas privadas de libertad – en los casos que están fuera de las limitaciones constitucionales-, implica que a este grupo de personas por su condición de absoluta dependencia y sujeción al Estado, se les despoja de manera automática e indiscriminada de este derecho reconocido en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos.

Es relevante mencionar en esta solicitud de protección constitucional, que hace algunos años la E. Corte Suprema a través de Oficio N° 21-2011, de 25 de enero de 2011, en el marco del informe al proyecto de ley sobre Inscripción Automática, Servicio Electoral y Sistema de Votaciones (Boletín N° 7338-07), a requerimiento del Senado, los señores Ministros Sergio Muñoz, Pedro Pierry, Haroldo Brito y la señora Ministro Margarita Herreros, que a su vez integran el Excelentísimo Tribunal Calificador de Elecciones, fueron de la opinión de indicar temáticas respecto a la votación de personas privadas de libertad, las que se pasan a exponer por ser relevantes a la materia de autos.

En dicha presentación se refiere que atendida la "improcedencia de suspender el derecho a sufragio a quien haya sido acusado y no condenado por sentencia firme y ejecutoriada, es

¹⁴ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 198.

¹⁵ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 195.

necesario plantear los mecanismos que hagan efectivo que las personas que se encuentren privadas de libertad y que no se encuentren condenadas, puedan ejercer su derecho a voto."

Ya en este informe se indicaba la necesidad de implementación de una política reglamentaria y estructural para que sea efectivo el ejercicio igualitario del derecho a sufragio en los centros penitenciarios, refiriendo las condicionales bajo las cuales los internos/as pueden votar, acorde con el artículo 1° de la Constitución Política de la República que asegura el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Refieren los Sres/as Ministros mencionados que se deben considerar variable tales como:

"determinación de quiénes podrán acceder al voto en los centros penitenciarios, acceso de los electores a la documentación electoral necesaria (cédula de nacional de identidad vigente), inscripción en la respectiva mesa receptora de sufragios (solicitando previa y oportunamente el traslado correspondiente), evaluación de los distritos electorales necesarios que contemplen a los centros penitenciarios como locales de votación, instalación de mesas receptoras de sufragios en los centros penales que tengan las mismas características y reglas de funcionamiento que rigen a las demás del país, medidas de seguridad apropiadas para el adecuado funcionamiento del local de votación, acceso a la información electoral y propaganda político-partidista en los centros penitenciarios, designación de funcionarios electorales ad-hoc para recepción y escrutinio de las respectivas mesas; entre otras variables."

Como se puede apreciar, en el 2011 los Ministros mencionados tuvieron en consideración la necesidad de proveer las condiciones para la interposición de medidas pertinentes por parte de los órganos estatales correspondientes para el ejercicio del derecho a sufragio, al menos de los que se encontraren en prisión preventiva por el principio de presunción de inocencia.

Además, el mencionado oficio se releva la importancia del sufragio respecto de las personas privadas de libertad, atendido que constituye una medida de "inclusión y profundización democrática, que aspira a una mayor equidad en la participación política de todos los ciudadanos y a una más intensa promoción de sus derechos humanos".

II.3.2. Igualdad ante la ley

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra reconocido este principio en el artículo 19 N° 2 que establece:

"Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

En consecuencia, la Constitución Política asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y prohíbe un trato diferenciador basado en criterios arbitrarios¹⁶.

En el caso *sub lite*, los afectados, dada su condición de personas privadas de libertad se les sitúa en una posición de desigualdad estructural en el ejercicio de sus derechos políticos respecto de los ciudadanos libres, es decir, producto de su situación de encierro y no por haber perdido constitucionalmente su calidad de ciudadanos, se ven privados de facto de su derecho a sufragio, lo que no es más que esquema de desigualdad irracional, que debía ser corregido por los órganos recurridos.

Para ilustrar de mejor manera este esquema de desigualdad arbitraria, se hará una breve mención a los estándares internacionales de derechos humanos.

Al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere a la igualdad desde su artículo 1°, disponiendo:

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Acto seguido dispone en el artículo 2 que *"Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".*

En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en el artículo 2° lo siguiente:

"1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

En el mismo tratado, se señala en el artículo 3° que los Estados se comprometen a *"garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y*

¹⁶ En efecto, la Ley N° 20.609 en su artículo 2, define como discriminación arbitraria: *"Toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad".* A continuación, agrega: *"Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público".*

políticos enunciados en el presente Pacto". Y consagra la igualdad ante la ley en el artículo 26 al disponer que:

"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Por otra parte, en el sistema regional, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 2° refiere: *"todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna"*.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 1.1:

"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Añadiendo en el artículo 24 lo siguiente: *"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley"*.

Es importante destacar también que la igualdad ante la ley y la protección de la ley sin discriminación, constituyen principios fundamentales y se les reconoce como norma de *ius cogens*. En esta línea se ha pronunciado la Corte IDH en su Opinión Consultiva N° 18/03:

(...) "este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición"¹⁷.

Debe tenerse presente que la igualdad ante la ley es un derecho que las personas privadas de libertad no pierden por esta condición, ya que tiene su fundamento en la dignidad de la

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N°18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafos 100 y 101.

persona humana, fundamento de todos los derechos fundamentales. A este respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en su artículo 1° que "*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*".

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en referencia a las personas privadas de libertad, expresa en su artículo 10: "*Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*", lo cual refuerza la idea de que los derechos derivan de la dignidad inherente de los seres humanos y se ejercen en un plano de igualdad y de no discriminación.

A su turno, la Convención Americana sobre Derechos Humanos sigue la línea de los instrumentos internacionales ya citados, exhortando a los Estados a que las personas privadas de libertad sean tratadas con respeto a su dignidad inherente como seres humanos, como indica en su artículo 5.2.

A nivel interno, la importancia de la dignidad humana como un atributo inherente a todas las personas, se ve plasmada en nuestra Constitución, reconociéndola en su artículo 1° como un valor constitucional: "*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*".

En los antecedentes que se exponen S. S. Iltma., podrá apreciar que la omisión por parte del Estado, a través del Servicio Electoral y Gendarmería de Chile, al no establecer locales de votación en que funcionen mesas de sufragio en los recintos penitenciarios para personas habilitadas para sufragar, y al no adoptar las medidas necesarias para trasladar a los internos/as a sufragar en caso en que no se constituyan mesas de sufragio, configurará una vulneración directa a los derechos políticos de las personas privadas de libertad, como consecuencia de un esquema discriminatorio que los recurridos no pretenden corregir, encontrándose amenazado así el legítimo ejercicio del derecho a la igualdad ante la ley de los internos/as cuya protección se pide mediante la presente vía constitucional.

II.3.3. Libertad de emitir opinión

El art. 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, consagra "La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio".

La doctrina nacional casi unánimemente ha insistido, aunque con tratamientos distintos, en que el artículo 19 N° 12 reconoce dos libertades: la de opinión y la de información. Ambas – se ha señalado– pueden cobijarse bajo el paraguas de la libertad de expresión, pero apuntan a diferentes objetivos. Verdugo, Pfeffer y Nogueira se acercan más a las teorías que han ganado adhesión en derecho comparado, donde la opinión se considera "una proyección de la autonomía de la persona humana (...) que implica el derecho de expresar libremente, y sin autorización previa, opiniones políticas, filosóficas, científicas o religiosas, sea por la palabra, sea por la escritura" y sea –como dispone la propia Constitución– por

cualquier medio. Los mismos autores entienden que la libertad de información faculta a las personas tanto como para difundir información como para reclamar acceso a ella¹⁸. Con respecto al derecho de acceso a la información esta tesis ha sido también asumida por el Tribunal Constitucional (Santiago, 30 de octubre de 1995, Causa Rol 226 y ratificado con fuerza el 9 de agosto de 2007, Rol Causa 634).

La libertad de emitir opinión y le de informar se encuentra protegida también por el art. 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala:

“Libertad de Pensamiento y de Expresión:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

En el contexto del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, por su parte, se ha entendido que la protección contemplada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluye no solo a las expresiones orales y escritas (los medios tradicionales), sino que las expresiones que se manifiesten por cualquier medio o procedimiento como ocurre con las artes. Citando la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘La Última Tentación de Cristo,’ en contra del Estado de

¹⁸ Verdugo, M., Pfeffer, E. y Nogueira, H., Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 260 y 261.

Chile, recuerda que la norma del artículo 13 de la Convención “establece el derecho a recibir información en forma de arte o en cualquier otra forma ... ”¹⁹.

El Comité de Derechos Humanos, interpretando el contenido y alcance de la libertad de expresión, ha señalado que este derecho protege ampliamente la libertad de medios y formas mediante las cuales se manifiesta la expresión. Específicamente ha señalado que protege “todas las formas de expresión y difusión. Tales formas incluyen orales, escritas y de lenguaje de señas y toda expresión no verbal como imágenes u objetos. Los medios de expresión incluye a libros, diarios, panfletos, afiches, banners, vestimenta y argumentos legales”. En el mismo sentido, ha sostenido la Corte IDH que la libertad de expresión “no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”²⁰.

Por otra parte, se ha señalado que “la libertad de expresión no solo merece ser tomada en cuenta como cualquier otro derecho afectado, sino que –mucho más– requiere de una atención privilegiada: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático”²¹.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la libertad de expresión constituye: “[...] una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”²².

En este marco, el derecho a sufragio se puede entender también como una forma de ejercer la libertad de expresión en un proceso electoral. En efecto, a través del voto quienes son titulares de este derecho pueden emitir una opinión como electores respecto a quienes deberían ser las personas elegidas para desempeñar determinados cargos. Asimismo, el sufragio respecto de las personas privadas de libertad, constituye una medida de inclusión y profundización democrática, que aspira a una mayor equidad en la participación política de todos los ciudadanos.

¹⁹ Center for Justice and International Law, Protection of the Right to the Freedom of Expression in the Inter-American System, Cejil, San José, 2006, p. 139.

²⁰ Corte IDH, OC 5-85, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, párr. 31.

²¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34, Artículo 19: libertad de expresión y opinión, CCPR/C/GC/34, 21 de julio de 2011, párrafo 12. Traducción no oficial.

²² Corte IDH, Opinión Consultiva 5/85 sobre Colegiación obligatoria de periodistas, 13 de noviembre de 1985, párrafo 70.

III. OMISIÓN ARBITRARIA E ILEGAL DEL SERVICIO ELECTORAL

III.1. Ilegalidad del Servicio Electoral

La Ley Orgánica Constitucional N°18.556 sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, dispone en el art. 60 que el Servicio Electoral es un organismo autónomo que tiene como objeto: *"1) Administrar, supervigilar y fiscalizar el proceso de inscripción electoral, la elaboración y actualización de los padrones electorales y el acto electoral"*, entre otros.

El artículo 67 del mismo cuerpo legal establece entre las acciones que le corresponde al Consejo Directivo del Servicio Electoral- uno de los órganos de dirección del servicio junto al Director: *"h) Dictar normas e instrucciones acerca de la aplicación de las disposiciones electorales, (...) i) Aprobar las políticas y medidas para la accesibilidad de las personas al ejercicio del sufragio."*

Según se expone, es el Servicio Electoral el que tiene competencia en temas electorales y específicamente en el proceso de inscripción electoral y su actualización. Para ello se le faculta dictar normas e instrucciones y las políticas relacionadas con el acceso al derecho a sufragio.

En cuanto a quienes componen los registros electorales y la mantención y actualización de los mismos, el artículo 5 de la misma ley establece que los chilenos comprendidos en el artículo 10 de la Constitución Política serán inscritos automáticamente en el registro electoral.

En el caso *sub lite*, respecto de los afectados esta normativa, que tiende a ejecutar el derecho a sufragio, no se está cumpliendo y, por lo tanto, no se está respetando ni promoviendo las disposiciones constitucionales. Por ello es que, no obstante que las normas constitucionales no impiden de modo alguno a los afectados a ejercer el derecho a sufragio, existe la amenaza fundada que este derecho no pueda ser ejercido por las personas internas, lo que configurará una vulneración a la igualdad ante la ley y a la prohibición de discriminación así como al ejercicio del derecho a emitir opinión.

En efecto, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, según se expuso, mediante oficio ordinario N° 461 del 12 de agosto del 2016 consultó sobre las medidas adoptadas por el Servicio Electoral, para hacer efectivo el derecho a emitir sufragio en las próximas Elecciones Municipales. Ante esto respondió mediante oficio ordinario N°2574 de 9 de septiembre de 2016 *"Como se advierte, en nuestra legislación no existe la posibilidad de establecer circunscripciones electorales en relación a un determinado establecimiento o recinto, ya que lo que fundamenta la creación de dichas circunscripciones es precisamente la dispersión geográfica del electorado, por lo que el territorio comprendido por un centro de reclusión penitenciario no se enmarca dentro de los criterios, previstos por el legislador para el establecimiento de una circunscripción electoral."*

Sin embargo, el Servicio Electoral omite adoptar las medidas tendientes a hacer efectivo el derecho a sufragio de los internos/as por una inobservancia de la legalidad. En efecto, el artículo 50 en su inciso 2 de Ley Orgánica Constitucional N° 18.556, dispone que el Servicio Electoral está facultado por ley para crear nuevas circunscripciones electorales cuando esto sea aconsejable según ciertos criterios que el propio legislador establece, tales como la cantidad de población y las dificultades de comunicación con la sede comunal, las distancias excesivas y la existencia de centros poblados de importancia:

"El Servicio Electoral, por resolución fundada, podrá crear circunscripciones electorales cuando lo hagan aconsejables circunstancias tales como la cantidad de población, la dificultad de comunicación con la sede comunal, las distancias excesivas o la existencia de diversos centros poblados de importancia."

La hipótesis legal relativa a *"la dificultad de comunicación con la sede comunal"* resulta plenamente aplicable a los afectados, atendido que las personas privadas de libertad, por su condición, evidentemente no tienen la libertad para trasladarse, hacer requerimientos específicos o comunicarse libremente con quien estimaren, todo lo que configura una dificultad de comunicación en general en su actuar cotidiano.

Asimismo, la norma establece la posibilidad de establecer circunscripciones electorales en caso de *"distancias excesivas"* o *"existencia de diversos centros poblados de importancia"*. Ambas hipótesis son atingente en este caso, ya que un establecimiento de privación de libertad es un centro poblado en donde se concentra población apta para ejercer el derecho a sufragio. A modo de ejemplo, la penitenciaría de Santiago tiene una población aproximada de 5.271 al año 2012 entre imputados y condenados. En el mismo sentido, y relación a la circunstancia de distancias excesivas, existen establecimientos y complejos penitenciarios ubicados lejos de áreas urbanas. Tal es el caso, por ejemplo, del Complejo Penitenciario de Arica (Acha) ubicado en la Región de Arica y Parinacota, el que a junio del 2015 tenía la cantidad de 1.879 personas privadas de libertad, tanto hombres como mujeres, imputados/as y condenados/as. Otro ejemplo es el establecimiento penitenciario de Alto Hospicio el cual también está fuera del radio urbano con 2.227 internos/as y ubicado a aproximadamente 4 kilómetros de la referida localidad. Más al sur está el establecimiento penitenciario de Rancagua con 2.158 personas internas, ubicado a 7,8 km desde el centro de Rancagua.

Cabe añadir que esta disposición establece las hipótesis en forma abierta y no taxativa, de modo que circunstancias análogas que dificulten o imposibiliten el derecho a sufragio, pueden ser consideradas por el Servicio Electoral para crear nuevas circunscripciones electorales. Además, no cabe interpretar esta disposición de manera restrictiva, menos todavía considerando los derechos fundamentales en juego, porque el principio de interpretación pro persona impone al intérprete darle a la norma aquel sentido que proteja y garantice de mejor manera los derechos humanos.

Por lo expuesto, se observa una clara ilegalidad en la omisión del Servicio Electoral, ya que no ha dispuesto locales de votación que incluyan mesas de sufragio dentro de los recintos penitenciarios, lo que consta en el oficio de respuesta tantas veces indicado en el cuerpo de esta acción constitucional.

III.2. Arbitrariedad del Servicio Electoral

La omisión referida por la autoridad administrativa en el apartado anterior, resulta además arbitraria atendido que no hay justificación razonable para la no creación de locales de votación que incluyan mesas de sufragio dentro de los recintos penitenciarios donde residen los/las afectados/as. Además, esta omisión afecta a grupos especialmente vulnerados como son los privados de libertad.

III. 3. Falta de Servicio del Servicio Electoral

La falta de servicio constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración, ambas nociones apreciadas objetivamente y referidas a lo que puede exigirse de un servicio público moderno, y lo que debe ser su comportamiento normal. La emisión de un acto administrativo ilegal constituye, por lo general, una falta de servicio; compromete, por lo tanto, la responsabilidad del Estado. En la dictación de esos actos ilegales no interesa la persona del funcionario o autoridad que lo dictó, sin perjuicio en todo caso de la responsabilidad administrativa que pueda corresponderle o a la existencia de una falta personal, siendo siempre el Estado el que responderá por los perjuicios que causen sus actos administrativos ilegales.

Resulta preciso destacar, además, que la noción de mal funcionamiento del servicio público es variable según las características del servicio de que se trate y de la gravedad de la falta. El parámetro de la gravedad va desde la existencia de una falta simple, que en principio compromete la responsabilidad del Estado; la existencia de una falta grave, que es necesaria para imputar responsabilidad en aquellas actividades complejas y por último una falta particularmente grave, en aquellas actividades muy difíciles.

Así, los servicios públicos –especialmente policiales, penitenciarios, hospitalarios– en lo que concierne a su función esencial²³ –realización de diagnósticos y ejercicio de procedimientos– han de ser responsabilizados sólo en el caso que haya de existir una falta grave²⁴.

²³ Por ejemplo en la responsabilidad médica la calificación de gravedad de la falta se aplica sólo en los actos médicos, "definidos reglamentariamente de acuerdo a lo propuesto por la Academia Nacional de Medicina". Pierry (2002) p. 151.

²⁴ Véase a Laubadère citado en Caldera (1982) p. 405; "la jurisprudencia francesa excluyó en un comienzo a ciertos servicios de toda responsabilidad por su actividad y para otros exigió, para aceptar la noción, un grado de gravedad mayor". Pierry (2000) p. 14; "La jurisprudencia francesa distingue entre aquellas actividades donde siempre será necesaria la existencia de una falta grave para comprometer la

La noción de falta de servicio se encuadra en la categoría de responsabilidad subjetiva o responsabilidad por culpa de la Administración²⁵ y posee un carácter esencialmente abstracto. Esta idea únicamente se puede comprender cabalmente tras su aplicación jurisprudencial, la cual la liga, según veremos, al funcionamiento del organismo público como estándar que determina la existencia de la responsabilidad del Estado.

La materialización de la teoría de la "Falta de Servicio en Chile", en su doble vertiente: falta de servicio/culpa "objetiva" del servicio y falta personal/régimen del funcionario, ocurre mediante la jurisprudencia de ciertos tribunales ordinarios y especialmente por la Tercera Sala de la Corte Suprema, la que se caracteriza, en su mayoría, por exponer tres expresiones, que contienen el reproche subjetivo al servicio público por los daños que ocasionen a condición:

- Que exista un mal funcionamiento del servicio –funciona defectuosamente–;
- Que exista un funcionamiento tardío del servicio –actúa tardíamente–;
- Que no exista funcionamiento del servicio –no actúa–.

Así, la teoría de la Falta de Servicio opera mediante el análisis abstracto de la actuación de la actividad de un organismo público, lo que determina la adecuación del acto dañoso a la consideración "aceptable funcionamiento del organismo público".

En este caso, existió una falta de servicio en el actuar del Servicio Electoral atendido que incumpliendo las normas sectoriales pertinentes -artículos 50, 60 y 67 de la ley N° 18.556 en relación con los artículos 52 de la Ley N° 18.700 y artículos 3, 5, 28 y 62 de la Ley N° 18.575-, no actuó de manera eficaz, eficiente y coordinada con el resto de la administración del Estado y, en este caso con Gendarmería de Chile ya que no se coordinó adecuadamente para que se dispusieran locales de votación que incluyan mesas de sufragio dentro de los recintos penitenciarios.

IV. ARBITRARIEDAD E ILEGALIDAD DE GENDARMERIA DE CHILE

IV.1. Ilegalidad de Gendarmería de Chile

Cabe señalar que el artículo 2° del Decreto Supremo N° 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, establece el principio que rige las relaciones entre el privado de libertad y el Estado, señalando al efecto: "*Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres*".

responsabilidad del Estado, y aquellas, como la actividad de policía, donde habrá de estudiarse caso a caso si se exige una falta grave o basta una falta simple". Pierry (2002) p. 150; Rivero (1984) pp. 306-307.

²⁵ Véase Hidalgo Briceño y otros con S.S de Valparaíso y otros, en fallo de su redacción que iguala la Falta de Servicio a "la culpa del Servicio". Corte Suprema (2008) rol N° 1976-2007, considerando decimosexto.

A su vez, el artículo 4° del mismo reglamento señala *"La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales. Los funcionarios que quebranten estos límites incurrirán en responsabilidad, de acuerdo con la legislación vigente"*.

Dicho lo anterior, cabe precisar las normas sobre inscripciones electorales y Servicio Electoral que Gendarmería debe observar respecto de aquellos internos/as habilitados para sufragar.

A propósito de los datos electorales, el artículo 8° Ley Orgánica Constitucional N°18.556 sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral consagra, entre otros elementos, que este registro estará compuesto por el domicilio electoral:

"El Registro Electoral deberá contener los nombres y apellidos de los inscritos, e indicará para cada uno el número de rol único nacional, la fecha y el lugar de nacimiento, la nacionalidad, el sexo, la profesión el domicilio electoral, la circunscripción electoral que corresponde a dicho domicilio con identificación de la región, provincia y comuna a que pertenezca, el número de la mesa receptora de sufragios en que le corresponde votar y el cumplimiento del requisito de avecindamiento si procede".

La misma ley define lo que se entiende por domicilio electoral en el artículo 10 como:

"aquel situado dentro de Chile, en el cual la persona tiene un vínculo objetivo, sea porque reside habitual o temporalmente, ejerce su profesión u oficio o desarrolla estudios en él." Específicamente en el inciso cuarto dispone que *"se tendrá como domicilio electoral el último domicilio declarado como tal ante el Servicio de Registro Civil e identificación o ante el Servicio Electoral."*

Complementando aquello se indica que:

"para efectos del registro automático de las personas referidas en los artículos 5 y 6°, el domicilio electoral será el último declarado ante el Servicio de Registro Civil e Identificación o ante el Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, o el acreditado para el cumplimiento del requisito de avecindamiento, según corresponda (...)".

El artículo 21 bis de la ley orgánica constitucional 18.556 ya referida, dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas anteriores del párrafo 4° que trata sobre la actualización del registro electoral, en la misma ley referida, *"cualquier elector podrá solicitar al Servicio Electoral la actualización del Registro Electoral, para lo cual acompañará los antecedentes fundantes de su petición"*.

Para hacer efectivo aquello, recibiendo dicha información e incorporándola al registro, se le faculta expresamente al Servicio Electoral en el artículo 23 al disponer que:

"el servicio electoral modificará los datos de las personas en el registro electoral, considerando las siguientes circunstancias: a) las solicitudes de cambio de domicilio electoral y las actualizaciones de domicilio electoral realizadas al renovar los inscritos su cédula de identidad o pasaporte. (...) c) Cualquier otro cambio o solicitud de cambio en los datos señalados en el artículo 8°" (entre ellos está el domicilio)

Esta última idea es reafirmada con lo establecido por el inciso final del artículo 25:

"El Servicio Electoral podrá disponer de otras formas para solicitar el cambio de domicilio electoral, ya sea a distancia o por medios electrónicos, siempre que éstas garanticen la confiabilidad en la identidad del elector y la seguridad de sus datos"

A su vez, el artículo 26 dispone *"El Servicio Electoral podrá convenir con otros organismos públicos la recepción de solicitudes de cambio de domicilio electoral"*.

En el caso de las personas privadas de libertad, están imposibilitadas de realizar lo dispuesto por el artículo 21 bis, ya que no pueden presentarse personalmente y más aún resulta dificultoso desde el interior de los recintos penales emitir estas comunicaciones. Esto implica que en la práctica no les es posible realizar esta actualización, por lo que es Gendarmería el órgano público quien tiene a su cargo aportar los datos para conformar y actualizar este registro electoral, tal como lo hacen los tribunales de garantía, el Ministerio de Justicia, el Senado, los jueces de letras, los tribunales orales en lo penal, el Tribunal Constitucional, el Departamento de Extranjería, según lo dispone el artículo 21:

"los órganos, servicios y tribunales señalados en este párrafo, así como cualquier otra repartición que deba aportar datos para la conformación y actualización del Registro Electoral, deberán proporcionar todos los antecedentes que para este solo efecto requiera el Servicio Electoral y, en ningún caso, podrán excluir información, calificar los antecedentes de las personas o pronunciarse acerca del cumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio del derecho a sufragio"

Ello se complementa con el inciso segundo del artículo 3 de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en relación con el art 28 de la misma ley que define los servicios públicos, que consagra el principio de coordinación de los órganos de administración del Estado, por lo que Gendarmería debe actuar, con el Servicio Electoral, de forma coordinada al disponer que:

"La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes".

El Centro Penitenciario de Arica es un establecimiento de reclusión administrado por Gendarmería de Chile, servicio público dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. A la vez, Gendarmería de Chile en su actuar está regida por el artículo 6 de la Constitución Política, debiendo someter su actuar a la Carta Fundamental y a las normas dictadas conforme a ella. Además de estas normas generales, debe regirse por la Ley Orgánica Constitucional que las regulan, y en este caso en particular Gendarmería ha de sujetarse a lo prevenido en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, contenido en el Decreto n° 518.

A su vez, el artículo 7 de la Constitución Política de la República, dispone que el actuar de los órganos del Estado sólo será válido en tanto cuanto sus agentes obren dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley. El inciso 2° de la citada norma establece que: *“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”*.

Como se aprecia, Gendarmería tiene obligaciones legales en esta materia. Una es que debe enviar el registro de las personas internas domiciliadas en un centro penitenciario en virtud de las normas dispuestas, y la otra es actuar coordinadamente con otras instituciones, en este caso el Servicio Electoral, para asegurar el ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad. En consecuencia, Gendarmería incurre en una omisión ilegal cuando no adopta ninguna de estas medidas para que los afectados puedan ejercer su derecho a voto. Además, se debe tener presente que las normas regulatorias del sistema de inscripciones electorales, no dispone límites para que las personas privadas de libertad habilitadas para votar puedan participar en el proceso electoral.

IV.2. Arbitrariedad de Gendarmería de Chile

En relación al caso sub lite, cobra relevancia el que distintos instrumentos del Derecho Internacional de los derechos humanos se refieran a la finalidad de las penas, pronunciándose a favor de la prevención especial positiva, específicamente entendida como reinserción social.

A nivel regional, la Convención Americana de Derechos Humanos señala a propósito del derecho a la integridad personal que *“las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”* (art. 5.6).

En el caso *Lori Berenson Mejía* la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene en cuenta que las condiciones concretas de la privación de libertad puedan atentar contra esta finalidad, y que eso debe ser considerado por las autoridades pertinentes al momento de determinar y aplicar penas. Según la Corte IDH, en ese caso concreto, *“Las situaciones descritas son contrarias a la ‘finalidad esencial’ de las penas privativas de libertad, como*

*establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, 'la reforma y la readaptación social de los condenados'. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas"*²⁶.

En el Sistema de Naciones Unidas es el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PICDP) el que luego de proclamar que *"toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"*, señala a continuación en su numeral 3 que *"el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptación social de los penados"*.

Comentando esa disposición, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 21 señala que *"Ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso. Se invita a los Estados Partes a que especifiquen si disponen de un sistema de asistencia pospenitenciaria e informen sobre el éxito de éste"*²⁷.

Como instrumento específico, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (redefinidas recientemente como "Reglas de Mandela") contemplan en la regla 87 que:

"Es conveniente que, antes de que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia que no deberá confiarse a la policía y que comprenderá una asistencia social eficaz".

A nivel interno, se puede afirmar que la reinserción social se extrae de la Constitución Política de la República de Chile, que en su artículo 1° consagra centralmente a la dignidad humana dentro de las Bases de la Institucionalidad, y que en su inciso cuarto señala que:

"el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

Por otra parte, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Gendarmería establece que *"Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades*

²⁶ Corte IDH. Caso *Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 101.

²⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 21, Trato humano de las personas privadas de libertad (Art. 10), 44° período de sesiones, 1992. Párr. 10.

competentes fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley”.

El artículo 3° agrega que *“corresponde a Gendarmería de Chile: e) Readaptar a las personas privadas de libertad en orden a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social”.*

A su vez, en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios se señala en su artículo 1° que:

“la actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, así como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.”

La importancia de la reinserción ha sido manifestada por los Ministros de la E. Corte Suprema, señores Dolmestch, Künsemüller, Cisternas, Dahm y señora Muñoz, en el Oficio N° 85-2016 que informa el proyecto de ley n° 22-2016, de 16 de junio de 2016, dirigido al Presidente del Senado, quienes en una prevención indican que:

“Es una condición básica de la real reinserción de un interno, el que éste comprenda y valore la existencia del Estado de Derecho, de un modo que lo aliente a sentirse parte de la comunidad jurídica nacional y a respetar las condiciones normativas básicas de la subsistencia libre que expresan las normas del Derecho Penal”.

Con esto se observa que si se quiere reintegrar a una persona privada de libertad resulta esencial la vigencia de sus derechos políticos, de los que claramente emana el derecho a sufragio.

La arbitrariedad está constituida porque la omisión de actuar coordinadamente con el Servicio Electoral no está justificada, junto con la adopción de medidas para hacer efectivo el derecho a sufragio de las personas habilitadas para el ejercicio del derecho, tales como medidas idóneas de traslado, actualizar el domicilio electoral e informarlo al Servicio Electoral, entre otras.

Esto se basa en que la persona privada de libertad tiene la misma condición jurídica de que no se encuentran privados de libertad.

Igualmente es arbitraria la omisión de Gendarmería en tanto no hay justificación razonable que fundamente la vulneración de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, del derecho a sufragio y del derecho a emitir opinión.

IV.3. Falta de Servicio de Gendarmería de Chile

La falta de servicio constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración, ambas nociones apreciadas objetivamente y referidas a lo que puede exigirse de un servicio público moderno, y lo que debe ser su comportamiento normal. La emisión de un acto administrativo ilegal constituye, por lo general, una falta de servicio; compromete, por lo tanto, la responsabilidad del Estado. En la dictación de esos actos ilegales no interesa la persona del funcionario o autoridad que lo dictó, sin perjuicio en todo caso de la responsabilidad administrativa que pueda corresponderle o a la existencia de una falta personal, siendo siempre el Estado el que responderá por los perjuicios que causen sus actos administrativos ilegales.

Resulta preciso destacar, además, que la noción de mal funcionamiento del servicio público es variable según las características del servicio de que se trate y de la gravedad de la falta. El parámetro de la gravedad va desde la existencia de una falta simple, que en principio compromete la responsabilidad del Estado; la existencia de una falta grave, que es necesaria para imputar responsabilidad en aquellas actividades complejas y por último una falta particularmente grave, en aquellas actividades muy difíciles.

Así, los servicios públicos –especialmente policiales, penitenciarios, hospitalarios– en lo que concierne a su función esencial²⁸ –realización de diagnósticos y ejercicio de procedimientos– han de ser responsabilizados sólo en el caso que haya de existir una falta grave²⁹.

La noción de falta de servicio se encuadra en la categoría de responsabilidad subjetiva o responsabilidad por culpa de la Administración³⁰ y posee un carácter esencialmente abstracto. Esta idea únicamente se puede comprender cabalmente tras su aplicación jurisprudencial, la cual la liga, según veremos, al funcionamiento del organismo público como estándar que determina la existencia de la responsabilidad del Estado.

La materialización de la teoría de la “Falta de Servicio en Chile”, en su doble vertiente: falta de servicio/culpa “objetiva” del servicio y falta personal/régimen del funcionario, ocurre mediante la jurisprudencia de ciertos tribunales ordinarios y especialmente por la Tercera Sala de la Corte Suprema, la que se caracteriza, en su mayoría, por exponer tres expresiones, que contienen el reproche subjetivo al servicio público por los daños que ocasionen a condición:

²⁸ Por ejemplo en la responsabilidad médica la calificación de gravedad de la falta se aplica sólo en los actos médicos, “definidos reglamentariamente de acuerdo a lo propuesto por la Academia Nacional de Medicina”. Pierry (2002) p. 151.

²⁹ Véase a Laubadère citado en Caldera (1982) p. 405; “la jurisprudencia francesa excluyó en un comienzo a ciertos servicios de toda responsabilidad por su actividad y para otros exigió, para aceptar la noción, un grado de gravedad mayor”. Pierry (2000) p. 14; “La jurisprudencia francesa distingue entre aquellas actividades donde siempre será necesaria la existencia de una falta grave para comprometer la responsabilidad del Estado, y aquellas, como la actividad de policía, donde habrá de estudiarse caso a caso si se exige una falta grave o basta una falta simple”. Pierry (2002) p. 150; Rivero (1984) pp. 306–307.

³⁰ Véase Hidalgo Briceño y otros con S.S de Valparaíso y otros, en fallo de su redacción que iguala la Falta de Servicio a “la culpa del Servicio”. Corte Suprema (2008) rol N° 1976-2007, considerando decimosexto.

- Que exista un mal funcionamiento del servicio –funciona defectuosamente–;
- Que exista un funcionamiento tardío del servicio –actúa tardíamente–;
- Que no exista funcionamiento del servicio –no actúa–.

Así, la teoría de la Falta de Servicio opera mediante el análisis abstracto de la actuación de la actividad de un organismo público, lo que determina la adecuación del acto dañoso a la consideración “aceptable funcionamiento del organismo público”.

En este caso, existió una falta de servicio en el actuar de Gendarmería de Chile, atendido que incumpliendo las normas sectoriales pertinentes -artículos 2 y 4 Decreto Supremo N° 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios en relación con los artículos 8, 10, 21 bis, 23, 25 y 26 de la Ley N° N°18.556 en relación con los artículos 3, 5, 28 y 62 de la Ley N° 18.575-, no actuó de manera eficaz, eficiente y coordinada con el resto de la administración del Estado y, en este caso con el Servicio Electoral ya que no se coordinó adecuadamente para que se dispusieran locales de votación que incluyan mesas de sufragio dentro de los recintos penitenciarios ni tampoco adoptó medidas de traslado u otras idóneas o aptas para que las personas privadas de libertad habilitadas para poder votar pudieran hacerlo.

En concreto existen omisiones ilegales y arbitrarias del Servicio Electoral y de Gendarmería de Chile, causando estas omisiones una amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos de igualdad ante la ley y libertad de emitir opinión.

V. GARANTÍA DE NO REPETICIÓN

Las garantías de no repetición son la herramienta que tiene por función evitar que los hechos que dieron lugar a una violación de los derechos humanos no vuelvan a suceder. Las garantías de no repetición, buscan la prevención de violencia futura. Este último punto resulta fundamental.

La no repetición refuerza el hecho de que los derechos que tienen las víctimas se reparan con el propósito de avanzar pues no habrá nuevas violaciones a los derechos humanos. La no repetición es fundamental para que no exista una sucesión de conflictos no resueltos. Con respecto a los derechos protegidos, cada derecho, aun cuando posea un invaluable carácter propio, cuando se encuentra inmerso en la garantía de no repetición hacia el futuro, comporta una nueva faceta que reúne las medidas de satisfacción para las víctimas.

VI. MEDIDAS SOLICITADAS POR EL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN EL PRESENTE RECURSO DE PROTECCIÓN

El Recurso de Protección es principalmente una acción de naturaleza cautelar dirigida al restablecimiento de los derechos constitucionales vulnerados que se encuentran incluidos

en la enumeración del artículo 20 del texto constitucional, a fin de procurar el cese a la perturbación, privación o amenaza de los derechos conculcados.

El único límite del juez está en su sujeción a las finalidades de esta acción procesal que consiste en restablecer el imperio del derecho y asegurar a las personas agraviadas la protección debida. El tribunal puede adoptar todas y cualesquiera clase de medidas tendientes a estos objetivos, aunque no aparezcan establecidas en ningún código ni hayan sido solicitadas por el recurrente.

En este caso en particular, se considera por el INDH que se cumplen los requisitos para que sea acogido el Recurso de Protección, esto es: a) se encuentra acreditada una omisión por parte de Servicio Electoral y Gendarmería de Chile en cuanto a no tomar las medidas para que internos/as del establecimiento penitenitenciario de Arica ejerzan su derecho a sufragio encontrándose habilitado para ello; b) Estos actos son ilegales y arbitrarios; c) Estos actos producen una privación y una amenaza al legítimo ejercicio del derecho de sufragio contemplado en el art. 16, del derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 19 N°2 y del derecho a emitir opinión consagrado en el art. 19 N° 12 de la Constitución Política; y d) existe una relación de causa a efecto entre las acciones y omisiones ilegales y arbitrarias de los recurridos y el agravio constituido por la amenaza a los derechos fundamentales mencionados en esta acción constitucional, en forma que dichos agravios, que afectan a los/las internos/as individualizados, pueden considerarse como la consecuencia o resultado de aquel comportamiento jurídico.

Por lo anterior, y ante una amenaza clara de los derechos constitucionales señalados anteriormente, el INDH considera que la Corte debería:

- declarar la ilegalidad y arbitrariedad de las omisiones denunciadas;
- se ordene oficiar al Servicio Electoral y Gendarmería de Chile a fin que dispongan de todas las medidas administrativas y de coordinación interinstitucional a que hubiere lugar, a fin de poder garantizar y ejecutar materialmente el derecho a sufragio de los afectados y de toda la población penal que cumpla los requisitos legales;
- se declare infringido el derecho constitucional de sufragio, el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República y el derecho a la libertad de expresión contemplado en el artículo 19 N° 12 del texto constitucional;
- se dispongan todo tipo de medidas dirigidas a restablecer el imperio del Derecho y asegurar la tutela de todos los derechos fundamentales violados, poniendo fin a los actos arbitrarios e ilegales descritos con antelación, y se ordene al SERVEL y a Gendarmería de Chile a fin que instruya los sumarios internos respectivos que permitan dilucidar las responsabilidades administrativas involucradas y adoptar las medidas

necesarias para impedir que se repitan actos que importen atentados a igualdad ante la ley.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, publicado en el Diario Oficial de 27 de junio de 1992, más las normas constitucionales, de tratados internacionales de derechos humanos y legales ya citadas;

POR TANTO

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, publicado en el Diario Oficial de 27 de junio de 1992, más las normas constitucionales, de tratados internacionales de derechos humanos y legales ya citadas;

PIDO A. U.S. ILTMA, se sirva acoger a tramitación el Recurso de Protección en contra del **SERVICIO ELECTORAL**, representado legalmente por su Directora regional **Sra. Norma Herrera Macaya**; y en contra de **GENDARMERIA DE CHILE**, representada legalmente por su Director Regional **Sr. Juan Navarrete Gamboa**, por vulnerar a **Bárbara Inés Oyarzo Tobar** y **Carlos Manuel Valdés Cortes**, los derechos constitucionales establecidos en la Constitución señalados en el presente recurso, se acoja la presente acción constitucional de protección, se declare la vulneración de los derechos constitucionales consignados en el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución Política y, en particular, se resuelva lo siguiente:

- a) Se declare la ilegalidad y arbitrariedad de la actuación del Servicio Electoral (SERVEL) en cuanto omitir la constitución de mesas receptoras de sufragios en el establecimiento penitenciario de Arica
- b) Se declare la ilegalidad y arbitrariedad de la actuación de Gendarmería de Chile en cuanto a no informar al Servicio Electoral (SERVEL) el último domicilio electoral de los internos/as afectados.
- c) Se ordene al SERVEL tomar todas las medidas administrativas y de coordinación interinstitucional a que hubiere lugar, a fin de poder garantizar y ejecutar materialmente el derecho a sufragio de los afectados y de toda la población penal que cumpla los requisitos legales.
- d) Se ordene a GENDARMERIA DE CHILE tomar todas las medidas administrativas y de coordinación interinstitucional a que hubiere lugar, a fin de poder garantizar y ejecutar materialmente el derecho a sufragio de los afectados y de toda la población penal que cumpla los requisitos legales.

- e) Se declare infringido el derecho constitucional de sufragio, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a emitir opinión, consagrados en los artículos 16, en el artículo 19 N° 2 y en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República.
- f) Que, como consecuencia de lo anterior, se adopte todo tipo de medidas dirigidas a restablecer el imperio del Derecho y asegurar la tutela de todos los derechos fundamentales violados, poniendo fin a los actos arbitrarios e ilegales descritos con antelación.
- g) Se ordene al SERVEL que instruya los sumarios internos respectivos que permitan dilucidar las responsabilidades administrativas involucradas y adoptar las medidas necesarias para impedir que se repitan actos que importen atentados a igualdad ante la ley.
- h) Se ordene a Gendarmería de Chile que instruya los sumarios internos respectivos que permitan dilucidar las responsabilidades administrativas involucradas y adoptar las medidas necesarias para impedir que se repitan actos que importen atentados a igualdad ante la ley

PRIMER OTROSÍ: Solicito a US. ILTMA., se sirva tener por acompañado los siguientes documentos:

1. Copia simple de la Sesión Constitutiva del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, que con fecha 30 de julio de 2010, tuvo por objeto constituir formalmente al Consejo del INDH.
2. Copia simple de la Sesión del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, que con fecha 01 de agosto de 2016, en la que se nombró como Director a don Branislav Marelic Rokov.
3. Copia de carta de los internos/as dirigida al SERVEL pidiendo ejercer su derecho a sufragio.
4. Constancia emitida desde la web del servicio electoral en donde consta la calidad de habilitado/a para sufragar por parte de los internos/as.
5. Oficio ordinario N° 460 de 12 de agosto de 2016 del Instituto Nacional de Derechos Humanos dirigido a Director Nacional de Gendarmería de Chile.
6. Oficio ordinario N° 461 de 12 de agosto de 2016 del Instituto Nacional de Derechos Humanos dirigido a la Directora (s) del Servicio Electoral.
7. Oficio ordinario N° 2574 de 09 de septiembre de 2016 de la Directora(s) del Servicio Electoral al Directr del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a S.S. solicitar informe de los hechos denunciados a las siguientes instituciones:

- 1) Servicio Electoral (SERVEL)
- 2) Gendarmería de Chile

TERCER OTROSÍ: Sírvase S.S. Itma. disponer que el informe solicitado en el otrosí anterior sea emitido en el plazo máximo y perentorio de 5 días. Lo anterior se justifica en que, atendido que las elecciones municipales se realizarán el día 23 de octubre del año en curso, la presentación de esta acción de protección antecede aproximadamente diecisiete días antes. Por esta razón resulta imperioso que esta Itma. Corte revise los antecedentes y pueda pronunciarse a la brevedad sobre los mismos a fin de que la acción de protección cumpla con el objeto de cautela de derechos.

CUARTO OTROSÍ: Solicito a S.S. Itma tener presente que el artículo 2º de la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, dispone que *"El Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional"*. Para cumplir con este objetivo, el INDH tendrá, entre otras facultades, las siguientes señaladas en el artículo 3º de la ley:

- Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país; y,
- Promover que las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva;
- Asimismo según lo estipulado en el Artículo 3º N° 5.- Le corresponderá especialmente al Instituto:

Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia. En ejercicio de esta atribución, además de deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, podrá **deducir los recursos de protección** y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución, en el ámbito de su competencia.

Por lo tanto, la **legitimación activa** para comparecer en calidad de interviniente, está dada por la ley 20.405 que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos que tiene por objeto la promoción y protección de los Derechos Humanos, y que en su artículo 3 N° 5 la faculta para interponer recursos de protección en el ámbito de su competencia.

QUINTO OTROSÍ: Sírvase S.S.I. tener presente que mi parte propone que todas las resoluciones judiciales, actuaciones y diligencias le sean notificadas vía correo electrónico a las casillas de correo electrónico de cgil@indh.cl , dbahamondes@indh.cl, privera@indh.cl, dlara@indh.cl por ser ésta suficientemente eficaz y no causar indefensión.

SEXTO OTROSÍ: Ruego a US se sirva tener presente que la personería con que actúo consta en el mandato judicial que don **Branislav Ljubomir Marelic Rokov** a nombre y representación del Instituto Nacional de Derechos Humanos me otorgara mediante escritura pública otorgada en Santiago, el 21 de septiembre de 2016, ante el notario Público Titular de la Décimo Quinta Notaría de Santiago, don R. Alfredo Martin Illanes cuya copia autorizada ante el Notario Público de Arica, don Armando Sánchez Risi acompaño.

SEPTIMO OTROSÍ: Ruego a US. Se sirva tener presente que designo como abogados/as patrocinantes y confiero poder para representarme en esta causa a los/as profesionales del **Instituto Nacional de Derechos Humanos, Sandra Consuelo Gil Bessolo, Pablo Ignacio Rivera Lucero, y María Daniela Lara Escalona** todos de mi mismo domicilio, los cuales podrán actuar en forma conjunta e indistinta en esta causa, confiriéndoles expresamente y mediante este acto, todas las facultades de actuación establecidas en el artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, las cuales se tienen por reproducidas para todos los efectos legales, los cuales suscriben el presente libelo en señal de aceptación del mandato judicial otorgado. Para efectos de acreditar la calidad de abogados, solicitamos se tenga presente lo contenido en el Autoacordado AD 754-2008, decretado por la Excm. Corte Suprema con fecha 08 de agosto de 2008.


CI 7.024.292-3


9608.845-0

Autoreo el poder conferido ante mi,
Solo en cuanto a doña Consuelo Gil Bessolo.
Arica, 06 de octubre de 2016

