

C.A. de Temuco

Temuco, trece de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos y teniendo presente:

1º.- Que a fs. 12 comparece don **Federico Ernesto Aguirre Madrid**, licenciado en historia, actuando en representación del **Instituto Nacional de Derechos Humanos**, Corporación Autónoma de Derecho Público, representado por su Director **Branislav Ljubomir Marelic Rokov**. Que en su calidad de Jefe Regional interpone acción constitucional de protección de carácter preventivo en contra del **Servicio Electoral IX Región de la Araucanía**, representado legalmente por su Directora Sra. Lidia Krause Sandoval y contra la **Dirección Regional de Gendarmería**, representada por su Director Luis Patricio López Cisterna, a favor de don **Luis Bernardo Henríquez Catalán**.

Funda su recurso señalando que a raíz del incendio de la cárcel de San Miguel ocurrido en 2010, salió a relucir los grandes problemas de las cárceles en Chile y para efectos de la presente acción, la vulneración de derechos humanos de las personas privadas de libertad por parte de Gendarmería de Chile; manifestando la recurrente, preocupación en su informe anual de 2011.

Argumenta que en las elecciones que se llevarían a efecto el 23 de octubre de 2016, las personas privadas de libertad que no se encuentran excluidas de la calidad de ciudadano ni suspendido su derecho a sufragio, ven limitada su posibilidad de participación. Lo anterior debido a que al encontrarse en un recinto penitenciario, es probable que no se dispongan las medidas de traslado para ejercer el derecho de sufragio ni se instalen mesas receptoras de sufragio, ello basado en el Oficio Ordinario N° 2574 de 09 de septiembre de 2016 del Servicio electoral, frente a una consulta realizada por el recurrente. Que, ante igual consulta a Gendarmería, no se obtuvo respuesta. Dicha preocupación había sido ya manifestada por el recurrente en su informe anual de 2012.

Agrega que don Luis Bernardo Henríquez Catalán, quien se encuentra condenado a pena privativa de libertad, se encuentra habilitado para sufragar; pero no se le ha garantizado las condiciones materiales para hacerlo. Elevó carta de consulta al Servicio Regional Electoral, no obteniendo respuesta.



Concluye que lo anterior constituye una omisión arbitraria e ilegal, amenazando el principio de igualdad ante la ley conforme al artículo 19 N° 2 de la Constitución. Argumenta además que existe una omisión arbitraria e ilegal por parte del Servel, al no dar respuesta a la consulta efectuada por el afectado.

Que, en relación al oficio en que el Servel informa al recurrente con fecha 09 de septiembre de 2016 que no se adoptarán medidas para el ejercicio al derecho de sufragio de las personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios, es que solo se tuvo certeza de que no se constituyeron locales de votación para que funcionen mesas receptoras dentro de los recintos penitenciarios. Y con respecto a Gendarmería, no se ha recibido respuesta de las medidas que adoptarán.

Que esta omisión arbitraria e ilegal vulnera el artículo 19 N° s.2 y 12 de la Constitución considerando que se configurará una discriminación y grave atentado a la libertad de expresión. Agrega además que existe ilegalidad en el actuar del Servicio Electoral, al no dictar normas e instrucciones y políticas relacionadas con el acceso al derecho de sufragio; arbitrariedad al no crear locales de votación dentro de los recintos penitenciarios; y falta de servicio al constituir una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración.

En cuanto a Gendarmería de Chile, tiene el deber de enviar el registro de personas internas domiciliadas en el centro penitenciario y coordinar con el Servicio Electoral para asegurar el ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad; incurriendo en una omisión ilegal, siendo además arbitraria y constituyendo además falta de servicio.

Argumenta además garantías de no repetición, a fin de que los hechos que dieron lugar a la violación de derechos humanos no vuelvan a suceder.

Por lo anterior, solicita acoger el recurso de protección y en definitiva: se declare la ilegalidad y arbitrariedad del Servel en cuanto a omitir la constitución de mesas receptoras de sufragios en centros penitenciarios; se declare ilegalidad y arbitrariedad de Gendarmería de Chile en cuanto a no informar el último domicilio electoral del interesado afectado; se ordene al Servel y Gendarmería de Chile tomar todas las medidas administrativas y de coordinación interinstitucional a que hubiere lugar a fin de garantizar y ejecutar el derecho a sufragio de toda la población penal; se declare infringido los artículos 16, 19 N° 2 y 12 de la Constitución; se adopten todo tipo de medidas tendientes a restablecer el imperio del derecho y asegurar tutela de derechos



fundamentales; se ordene a los recurridos instruir sumarios internos que permitan dilucidar responsabilidades administrativas y adoptar las medidas necesarias para que no se repitan actos que importen atentados a la igualdad ante la ley.

2º.- Que a fs. fojas 76, informa doña **Lidia Krause Sandoval, Directora Regional del Servicio Electoral de la Región de la Araucanía**, señalando que en respuesta a consulta efectuada por la recurrente, mediante oficio N°2574 se argumentó con claridad las razones normativas que imposibilitaban acceder a lo indicado; haciendo referencia además a lo resuelto en causa de la Corte de apelaciones de Santiago rol 1559-2013 de 7 de octubre de 2013, en atención a lo resuelto por el 7º Juzgado de Garantía de Santiago. Dicha resolución tenía por objeto que se creara por la vía administrativa una circunscripción electoral exclusivamente al recinto penitenciario y/o dispusiera de mesas receptoras de sufragios. Sin embargo, el tribunal de alzada resolvió que lo anterior se encontraba fuera del ámbito de su competencia, careciendo de facultades legales para ello.

Que, situación similar se reitera en causa Rit 437-2016 del 7º Juzgado de Garantía de Santiago, y el pronunciamiento del Tribunal de Alzada en rol 1812-2016 de 3 de octubre de 2016, reitera que el tribunal a quo no cuenta con el poder de decidir en tal sentido.

En cuanto al fondo de la acción, señala que en nuestra legislación no existe posibilidad de establecer circunscripciones electorales ad-hoc en relación a un determinado establecimiento o recinto como pretende el recurrente y que dicha hipótesis estaría infringiendo un mandato constitucional, así como la normativa de la ley N°18.700.

Que, la existencia de la Justicia Electoral, tribunales especiales es a quien les compete conocer este tipo de materias, compuesta en particular por el Tribunal Calificador de Elecciones y Tribunales Electorales Regionales.

Que el Servicio Electoral cuenta es responsable de Registro Electoral, el cual sirve de base para formar el Padrón Electoral, y registra actualización de datos así como la modificación de domicilio, los que se suspenderán 120 días antes de cada elección o plebiscito. Que si bien, existe un padrón electoral provisorio, éste debe tener el carácter definitivo 30 días antes de cada elección y, en la especie, se encuentra en modalidad definitivo el 23 de septiembre de 2016. Agrega que el Servicio ha cumplido con toda la normativa de la Ley 18700 y las reformas legislativas.



Que, la entidad recurrente ha intentado otras acciones de protección bajo los mismos argumentos ante las Cortes de Apelaciones Arica, Valparaíso, Concepción y Valdivia, todas las cuales han constatado que no existe actuación u omisión arbitraria ni ilegal. Por lo anterior, solicita se desestime el recurso de protección.

3°.- Que a fojas 98, informa don **Luis López Cisterna**, Coronel, **Director Regional de Gendarmería Región de la Araucanía**, quien argumenta inexistencia de ilegalidad de parte de Gendarmería de Chile, en atención a que, conforme a la Ley 18556, se señala la obligación de informar domicilio electoral, habitual o permanente, y se tendrá como domicilio electora el último declarado ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. De acuerdo a lo anterior, todo interno que ingresa a prisión preventiva o en calidad de condenado al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Temuco, no implica por esa sola circunstancia el cambio de domicilio, conforme lo establece el artículo 59 del Código Civil.

Que, al ingreso de cada interno, se hace ficha en que se ingresa su domicilio, cual es el último que se registra ante el Servicio de Registro Civil; por lo que no se ha vulnerado ninguna normativa por parte de Gendarmería. Que, en el caso del interno Luis Bernardo Henríquez Catalán, registra domicilio y aparece inscrito en circunscripción electoral de Padre Las Casas; por lo que no le corresponde a Gendarmería efectuar cambio de domicilio.

Argumenta además la imposibilidad legal para constituir mesa receptora de sufragio, por cuanto los locales de votación se encuentran determinados por el Servicio Electoral y estos no podrán reconsiderarse ni alterarse, conforme a la normativa de la ley 18700. Por lo anterior, existe imposibilidad de Gendarmería para establecer como lugar de votación el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Temuco

Agrega también que existe imposibilidad legal para hacerse cargo de un recinto de votación, no encontrándose dentro de las funciones establecidas en la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, DL 2859/1979 y ley 19700. De igual manera, imposibilidad legal, técnica y logística para que los privados de libertad puedan concurrir a los locales de votación a emitir su sufragio; por cuanto las salidas de establecimientos penitenciarios de los internos deben producirse solo por orden del tribunal o autoridad administrativa competente. Desde el punto de vista logístico, se vería impedido de organizar y efectuar salidas de todos los internos que quisieren concurrir a los locales de votación.



Concluye señalando que no existe actuación arbitraria ni ilegal, y no existe falta de servicio, ni vulneración a los derechos constitucionalmente protegidos y argumentados por la recurrente; por lo que solicita el rechazo del recurso.

4º.- Que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República tiene por finalidad restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado cuando por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales éste sufra una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías contemplados en el artículo 19 de este cuerpo legal, y para que esta acción sea procedente se requiere que la “ilegalidad o arbitrariedad del acto o de la omisión que se reclama sea manifiesta, ostensible e indiscutible, de tal manera que sea posible reparar de inmediato el quebrantamiento de la juridicidad”, obligando a la Corte de Apelaciones a adoptar las medidas que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y dar debida protección al afectado.

5º.- Que la cuestión controvertida consiste en determinar si la omisión de los recurridos, Servicio Electoral y Gendarmería de Chile, al no haber garantizado las condiciones materiales para hacer efectivo el derecho de sufragio del condenado y privado de libertad en la Penitenciaría de Temuco, Luis Bernardo Henríquez Catalán, es arbitraria o ilegal, es decir, que no tiene fundamento lógico y razonable o apartado de la ley, pues esa omisión habría conculcado los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 Nos. 2 y 12 de la Carta Fundamental, esto es, la garantía de la igualdad ante la ley y la libertad de omitir opinión.

6º.- Que de los informes evacuados por las instituciones recurridas aparece que la omisión que se les reprocha se encuentra ajustada a la ley, normas que amparan sus respectivas leyes orgánicas, además, de las leyes 18.700 y 18.556, Decreto No. 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios y D.L. 2859/1979, Orgánica de Gendarmería de Chile que fija las funciones que debe cumplir este Servicio.

7º.- Que la omisión que acusa el recurrente a los servicios recurridos es, a su juicio, arbitraria o ilegal.

Se ha señalado por la jurisprudencia que la arbitrariedad implica carencia de razonabilidad en el actuar o en el omitir; falta de proporción entre los motivos y el fin que se quiere alcanzar; consiste en un acto o proceder caprichoso, contrario a la justicia, a las leyes, antojadizo, infundado.



Por otro lado, la ilegalidad aparece cuando el proceder o la omisión del recurrido no se ajusta a la normativa dentro de la cual debe enmarcarse, o ejerce atribuciones o adopta resoluciones contrarias a la ley, en otras palabras, un acto u omisión son lícitos cuando no contarían norma legal alguna.

8°.- Que, por lo tanto, conforme lo razonado precedentemente, los hechos en que se funda el recurso planteado en los antecedentes no pueden ser tildados de arbitrarios o ilegales, ya que ellos no han quedado entregados a la mera voluntad de los recurridos o apartándose de la ley.

No obstante lo expuesto considerando que el acto eleccionario al cual se refiere el recurso terminó, la acción intentada perdió oportunidad.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección, SE RECHAZA, sin costas, el deducido en lo principal de la presentación de fs. 12 por don Federico Ernesto Aguirre Madrid, en representación del Instituto Nacional de Derechos Humanos a favor de Luis Bernardo Henríquez Catalán, en contra del Servicio Electoral de la IX Región de la Araucanía y de la Dirección Regional de Gendarmería.

Acordado lo anteriormente resuelto contra el voto del Ministro señor Alejandro Vera Quilodrán, quien fue de parecer de acoger el recurso sólo en cuanto declarar que la conducta de las instituciones Estatales recurridas ha sido ilegal y arbitraria y rechazar en lo demás el presente recurso por las siguientes razones:

1°.- Que del artículo 4 de la Constitución Política de la República, en el sentido de que Chile es una república democrática, deben extraerse consecuencias para la extensión y vigencia de los derechos políticos en general, y entre éstos, del derecho a sufragio. Lo anterior se ve reforzado, en primer lugar, por la declaración constitucional que es deber del Estado de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y, en segundo término, por constituir las elecciones democráticas la principal forma de ejercicio de la soberanía popular.

2°.- Artículo 13 de la Constricción de Política de la República .- 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. Artículo 16 Constricción de Política de la República .- El derecho de sufragio se suspende: ...2o.- Por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista”

3.- Que asimismo en su artículo 5° inciso segundo dispone: ”El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a 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.”

4.- Que las instituciones recurridas son Estatales.

5.- Que artículo 50, inc. 2°. de la ley 18.556 que dispone: “El Servicio Electoral, por resolución fundada, podrá crear circunscripciones electorales cuando lo hagan aconsejable circunstancias tales como la cantidad de población, las dificultades de comunicación con la sede comunal, las distancias excesivas o la existencia de diversos poblados de importancia”.

6.- Que el artículo 2 del Decreto Supremo N° 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, 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**".

A su vez, el artículo 4° del mismo reglamento señala "La actividad penitenciaría 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".

7.- Que en la presente acción es un derecho indubitado, y así expresado por los recurridos, que el recurrente cuenta con su Derecho a sufragio.

8.- Que es un hecho de la causa que los recurridos no generaron las condiciones para que se ejerciera su Derecho en conformidad con el artículo 5 de la Constitución Política.



9.- Luego no se advierten razones legales y/o de hecho para que no se haya facilitado el ejercicio a sufragio del recurrente.

10.- Que, así las cosas, los recurridos contando con los recursos materiales y legales para arbitrar los medios necesarios para que el ciudadano recurrente pudiera ejercer plenamente sus derechos políticos, no lo hicieron.

11.- A lo que debe sumarse que toda restricción, limitación o discriminación a un Derecho ciudadano, además de ser razonable, debe perseguir un fin estatal legítimo.

12.- Que así las cosas aparece afectado además el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el Artículo 19 de la Constitución Política de 1980 que establece que "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias" que obviamente prohíbe un trato diferenciador basado en criterios arbitrarios

A su vez la Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere a la igualdad desde su artículo 1º y 2 "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**".

Por su parte Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en el artículo 2º 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 políticos** enunciados en el presente Pacto". Artículo 10: **Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad** inherente al ser humano, 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".

13.- Que por otra parte también se ha visto afectado el derecho consagrado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política, pues al recurrente se le ha afectado la libertad de expresión en el proceso eleccionario, al ser titular de un derecho a emitir opinión respecto de que personas pueden ser elegidas para ejercer determinados cargos

14.- Que en el caso de la presente acción el recurrente afectado, dada su condición de persona privada de libertad se les situó en una posición de desigualdad, limitación e incluso discriminación en el ejercicio de su Derecho Político respecto de un ciudadano libre, es decir, producto de su posición, situación y condición de encierro, y no por haber perdido legal o constitucionalmente su calidad de ciudadano, se ha visto privado de facto de su derecho a sufragio.

Por lo que, si bien es cierto, que la acción cautelar deducida perdió oportunidad, la conducta de las organismo estatales recurridos no deja de ser ilegal y arbitraria. Por lo que se estuvo por acoger el recurso sólo en cuanto a declarar que la conducta de los recurridos ha tenido el carácter señalado y rechazarlo, en lo demás.

Redacción del Ministro señor Julio César Grandón Castro y el voto disidente su autor.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

N°Protección-6143-2016.

Se deja constancia que el abogado integrante Sr. Marcelo Neculmán Muñoz no firma la sentencia que antecede, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa, por encontrarse ausente.

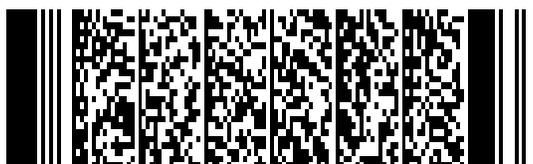




01256515207808

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Temuco integrada por los Ministros (as) Julio Cesar Grandon C., Alejandro Vera Q. Temuco, trece de diciembre de dos mil dieciséis.

En Temuco, a trece de diciembre de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



01256515207808