



APELA.-

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE ARICA. -

CONSUELO GIL BESSOLO, abogada, por el **Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH)** recurrente de protección, en estos antecedentes número de ingreso a esta Ilتما. Corte **Nº 662-2016** a S.S. Ilustrísima con respeto digo:

Que en tiempo y forma, vengo en interponer en el presente fundado recurso de apelación en contra de la resolución de US. ILTMA., de fecha 24 de octubre de 2016 que rechaza el recurso de protección interpuesto por el INDH, causando un manifiesto gravamen a esta parte recurrente.

Fundo el presente recurso de apelación en los siguientes argumentos de hecho y de derecho que paso a continuación a exponer.

LOS HECHOS:

Hechos que motivan el recurso.

Bárbara Inés 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, 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 y se encuentra habilitado 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.

Estos internos/as se encuentran habilitados para sufragar según constancia obtenida de la página web del Servicio Electoral, documento que se acompañó al recurso.

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

Ambos internos enviaron 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 acreditó acompañando al recursos las cartas y constancias de envío por correo certificado y no se tuvo 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, de la cual a la fecha no se ha recibido respuesta.

Lo descrito, 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 y se vulnera el derecho a emitir opinión como corolario del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 19 N° 14 de la Carta Fundamental.

EL DERECHO:

- Antecedentes Generales:

Se ha constatado en elecciones pasadas y ahora en estas que, ante la falta de medidas por parte de los recurridos (SERVEL y GENCHI), 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.

Lo anterior, 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.

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.

El derecho a sufragio se puede entender también como una forma de ejercer la libertad de expresión en un proceso eleccionario. 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. Al impedirseles de facto a las personas afectadas en esta acción constitucional se les priva ilegítimamente de este derecho.

Las disposiciones contenidas tanto en la Ley N° 18.700 como en la N° 18.556 no eximen al Servel de la observancia de los derechos fundamentales en el ejercicio de sus funciones. Como todos los demás órganos del Estado, su actuación está sujeta al límite impuesto por las garantías constitucionales, dentro de las cuales se encuentra el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, vulnerado en el caso de los internos privados de libertad para efectos de ejercer su derecho al sufragio. Es una conclusión básica del artículo 6 de la CPR (Principio de juridicidad).

En este sentido, la vía procesal idónea para poner fin a los actos u omisiones arbitrarias e ilegales de SERVEL y Gendarmería de Chile, que imposibilitan el ejercicio del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad -y que tienen derecho a sufragar, por supuesto- es el recurso de protección.

- Extemporaneidad.

Las personas privadas de libertad no tienen acceso a la información acerca de la determinación de locales de votación y mesas, publicada por el SERVEL y por eso preguntaron formalmente al SERVEL -y a GENCHI- y sus cartas no fueron contestadas dentro de plazo y desde allí corre el plazo en que empieza la afectación a sus derechos, además, el INDH preguntó mediante oficio y le contestaron negativamente el 9 de septiembre de 2016 por lo que la fecha de interposición del RP es correcta y se enmarca dentro del plazo de 30 días corridos.

- Naturaleza Jurídica de la Acción de Protección.

La acción de amparo es un procedimiento constitucional cuyas características son la sumariedad, ser de cognición amplia, inquisitivo, que constituye un procedimiento constitucional y no contradictorio y que tiene

- Ilegalidad (antijuridicidad) de la medida.

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 la construcción de ciudadanía y democracia como es el derecho a sufragio.

En Cuanto al Servicio Electoral (SERVEL):

El Servicio Electoral tiene competencia en temas electorales y específicamente en el proceso de inscripción electoral y su actualización, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 60 y 67 Ley N° 18.556¹. 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/las afectados/as 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/las afectados/as a ejercer el derecho a sufragio, existe la amenaza fundada que este derecho no pueda ser ejercido por las personas internas en futuras elecciones, 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.

Las disposiciones contenidas tanto en la Ley N° 18.700 como en la N° 18.556 no eximen al Servel de la observancia de los derechos fundamentales en el ejercicio de sus funciones. Como todos los demás órganos del Estado, su actuación está sujeta al límite impuesto por las garantías constitucionales,

¹ 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."

dentro de las cuales se encuentra el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, vulnerado en el caso de los internos privados de libertad para efectos de ejercer su derecho al sufragio. Es una conclusión básica del artículo 6 de la Constitución Política de la República.

Además, 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 dispusieren locales de votación que incluyan mesas de sufragio dentro de los recintos penitenciarios.

En Cuanto a Gendarmería de Chile (GENCHI):

El Complejo 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 las 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.

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”.

A su vez, el artículo 4º 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 habilitados para sufragar, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 8, 10, 21 bis, 23, 25 y 26 de la Ley N° 18.556.

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 2º 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.

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° 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.

- Derechos infringidos:

Derechos Políticos: el derecho a sufragio y su ejercicio.

La calidad de ciudadano/a 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. Ello se encuentra establecido en los artículos 4º, 5º, 13, 16 y 17 de la Carta Fundamental.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 21 reconoce el derecho a la participación social y política en condiciones de igualdad², al igual que el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³. 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"*⁴. 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

² El artículo 21 de Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:

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. 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.

³ 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.

⁴ 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.

discriminación, siendo obligación de los Estados garantizar su pleno ejercicio para la efectividad de la sociedad democrática.

La Exma. 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 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 variables 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"***.

Igualdad ante la ley.

La Constitución Política asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y prohíbe un trato diferenciador basado en criterios arbitrarios según el artículo 1º y 19 Nº 2º. En el caso sub lite, los/las afectados/as, 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/as, 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.

La igualdad ante la ley y la protección de la ley sin discriminación, constituyen principios fundamentales y se les reconoce como norma de *jus 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"*⁵.

La Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere a la igualdad desde su artículo 1º, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2º y 3º, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 2º. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece textualmente en su artículo 1.1, lo siguiente:

"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

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N°18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafos 100 y 101.

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”.*

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 persona humana, fundamento de todos los derechos fundamentales. En los antecedentes que se exponen en el recurso de protección como en el cuerpo de esta presentación, se 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/las 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 cuya protección se pide mediante la presente vía constitucional.

Libertad de emitir opinión (Libertad de expresión):

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 libertad de emitir opinión y la de informar se encuentra protegida también por el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶. 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 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..."⁷.

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

⁶ El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone:

"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".

⁷ 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.

opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre⁸.

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/las ciudadanos/as.

Errores de la sentencia recurrida.

La sentencia apelada, rechaza la acción de protección por los siguientes argumentos:

1.- El artículo 52 de la Ley N° 18.700, Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios establece la determinación de la **nómina de los locales de votación por el Servicio Electoral a lo menos sesenta días antes de las elecciones**, de suerte que la implementación de un local de votación a días de las elecciones, como pretende la recurrente, escapa al espíritu de la norma y contraviene texto expreso que no puede ser desoído bajo ninguna circunstancia.

2.- Se debe considerar las facultades que le son propias al Servicio Electoral, por así disponerlo expresamente el artículo 52 de la Ley N° 18.700, radicando bajo su exclusiva competencia todo aquello que diga relación con el sistema electoral

⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva 5/85 sobre Colegiación obligatoria de periodistas, 13 de noviembre de 1985, párrafo 70.

chileno, no pudiendo esta Corte de Apelaciones por la vía de un recurso de protección contravenir normas de orden público cuya protección es justamente la misión de esta Corte.

3.- El artículo 50 de la ley N° 18.556, Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, en cuanto dispone que la creación de circunscripciones electorales donde posteriormente se determinarán las mesas receptoras de sufragio son de exclusiva competencia del Servicio Electoral, organismo que las creara por resolución fundada y cuando lo hagan aconsejable circunstancias como la cantidad de población, las dificultades de comunicación, las distancias excesivas o la existencia de diversos centros poblados de importancia. **“En este escenario, resulta inconcuso que lo pretendido por la recurrente excede en demasía el imperio de esta Corte de Apelaciones y resulta inapropiado que por la vía de un recurso de protección se deje de observar normas de orden público,** que en este caso se encuentran estipulados por el mandato expreso del artículo 18 de la Constitución Política de la República, en este punto solo cabe reflexionar que los votantes por quienes se interpone el recurso mantienen intacto su derecho a votar, no existiendo una vulneración a ese derecho, situación distinta es que por una causa no imputable al sistema electoral vigente no puedan trasladarse físicamente a emitir su sufragio o en su defecto se implemente un sistema que entregue los mecanismos que permitan el ejercicio de ese derecho, situación que de acuerdo a lo analizado escapa a la protección del recurso de marras.”

Sobre los argumentos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica:

1.- Resulta contrario al espíritu del constituyente hacer caso omiso a la obligación del Estado de garantizar y respetar los Derechos Humanos de

todas las personas, consagrados por la Constitución y Tratados Internacionales válidamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, aduciendo razones de interpretación legal.

El artículo 5 inciso de la Constitución Política de la República establece que 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". Dentro de estos derechos se recurre a favor del Derecho a sufragio y como expresiones del mismo Derecho a la Igualdad y a la Libertad de opinión (19 N° 2 y 19 N°12). De igual manera el derecho a la participación social y política se encuentra establecido en tratados internacionales plenamente aplicables a nuestro país (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos).

Una vez que se ha establecido este marco jurídico general (tanto a un nivel constitucional como de Tratados Internacionales) que consagra y garantiza el derecho de todas las personas para participar en la vida política y social del Estado al que pertenecen, por ejemplo a través del derecho a voto, no es posible restringir la aplicación del mismo derecho, cuando incluso cumpliendo con los requisitos formales que establece el artículo 13 de la Constitución Política, no se satisfaga a juicio del Servel los criterios establecidos en el artículo 50 inciso 2° de la Ley N° 18.556.

Es decir, en el caso concreto ha ocurrido que se **ha condicionado el ejercicio de un derecho** (que los propios afectados conservan según el artículo 13 de la Constitución), consagrado y garantizado por la Constitución y Tratados, a la interpretación de los requisitos de un norma de menor rango jurídico (Ley Orgánica Constitucional), cuestión que no solo contradice el espíritu del constituyente, sino que los principios rectores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dentro de los cuales destaca el principio *pro persona* que

señala que siempre se deberá hacer una interpretación favorable y extensiva con tal de garantizar la protección y promoción de Derechos Fundamentales.

2.- Es el propio artículo 18 de la Constitución Política de la República el que establece el marco rector para la interpretación de la normativa sectorial sobre votaciones y escrutinios públicos, al señalar que el Servicio Electoral garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos.

En este contexto, el Servicio Electoral establece que no es posible crear circunscripciones ad-hoc para el caso de los recintos penitenciarios, ya que según lo prescribe el inciso 2º del artículo 50 de la Ley N° 18.556, no se satisfacen los requisitos para que así sea.

Sin embargo, el SERVEL y Gendarmería de Chile se encuentran en una situación de incumplimiento respecto de las normas constitucionales interpretadas como un todo armónico. Como lo dijimos, el artículo 18 constituye un eje rector para la actuación del SERVEL y que establece los lineamientos dentro los cuales debió ser dictada la Ley Orgánica Constitucional que regula los procesos electorarios y de escrutinio público así como se sistema de inscripción y servicio electoral. Este artículo señala que será el SERVEL quien deberá garantizar la igualdad de los independientes y partidos políticos en la presentación de candidaturas como en su participación en el proceso, lo que obviamente reconoce como instancia relevante, el derecho a votar.

Teniendo en consideración que los afectados por los cuales se interpuso acción de protección se encuentran plenamente habilitados para ejercer su derecho a voto, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, se puede concluir que las instituciones recurridas se encuentran en una

abierta infracción a lo establecido por las normas constitucionales respecto del caso específico de las personas privadas de libertad que no se les ha permitido ejercer su derecho a voto, ya que las razones por la que esto ha ocurrido es porque no se generó el procedimiento para que ello ocurriera, es decir, se ha dejado de observar un Derecho Fundamental por no haber creado las condiciones para su ejercicio. Esto contraviene directamente la obligación constitucional que emana para los órganos del Estado del artículo 6 de la Constitución, ya que no se ha ajustado su actuación de conformidad a lo prescrito por el artículo 18 y 13 de la Constitución según lo expresado.

3.- Es cierto que por la naturaleza de la acción deducida no corresponde a la Ilustrísima Corte de Apelaciones ejercer un rol interpretativo de las leyes sectoriales como bien lo señala, sin embargo es propio de esta acción cautelar establecer el imperio del Derecho cuando ha habido una acción u omisión ilegal o arbitraria que amenace, restrinja o perturbe el ejercicio legítimo de un derecho.

Como se ha expresado, la interpretación legal de las normas las ha realizado el propio Servicio Electoral y como consecuencia de ello se ha incurrido en una omisión ilegal que ha privado el ejercicio legítimo de un derecho consagrado por la Constitución y Tratados Internacionales, y sobre los que no pesa inhabilidad alguna en los afectados para que pudieran ejercerlo. Las razones por tanto para su no ejercicio, se deben única y exclusivamente a que los afectados por la acción de protección, se encuentran privados de libertad. En este sentido, sí corresponde a la Ilustrísima Corte de Apelaciones el establecer las medidas para que se reestablezca el imperio del Derecho, y no la interpretación para el ejercicio del mismo, ya que dicha cuestión no se encuentra en discusión, los afectados sí tienen derecho a votar, lo que ha ocurrido es que mediante la interpretación errada de un órgano del Estado, se ha privado el ejercicio del

Derecho a voto ya que no se han establecido las condiciones para que así ocurriera.

PETICIÓN CONCRETA:

Se acoja la presente apelación y se revoque la resolución recurrida enmendándola conforme a derecho ordenando que se acoja el recurso de protección y disponiendo las medidas que se estimen pertinentes para el pronto restablecimiento del imperio del derecho, tales como las siguientes indicadas a continuación a modo ejemplar:

- Se declare la ilegalidad y arbitrariedad de las omisiones denunciadas en el Recurso de Protección.
- 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 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 en todas las elecciones presentes y futuras.
- 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.

POR TANTO;

PIDO A US. ILTMA.: Se sirva tener por interpuesto el presente fundado recurso de apelación en contra de la resolución de US. ILTMA., de fecha 24 de octubre de 2016, declararlo admisible y elevar los antecedentes para que US. EXCMA. conociendo de él se sirva acogerlo en todas sus partes, revocando la resolución recurrida y enmendándola conforme a derecho, ordenando en su lugar que se acoge el recurso de protección interpuesto por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (**INDH**) a favor de: **Barbara Ines Oyarzo Tobar**, Rut 14.906.546-6 y **Carlos Manuel Valdés Cortes**, Rut No 11.376.244-6.

Y ordene disponer las medidas que estime pertinentes para el pronto restablecimiento del imperio del derecho, tales como las siguientes indicadas a continuación a modo ejemplar:

- Se declare la ilegalidad y arbitrariedad de las omisiones denunciadas en el RP.
- 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 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 en todas las elecciones presentes y futuras.

- 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.

A handwritten signature in black ink, reading "Consuelo del B". The signature is written in a cursive style with a long horizontal stroke at the bottom.