

# EL CASO DE LOS PRESOS Y EL DERECHO A VOTO: EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY

**JUAN FRANCISCO CRUZ SALAS**

**RESUMEN:** En el presente trabajo se analizan las sentencias que fallaron los recursos de protección sobre el derecho a voto de los privados de libertad y los diversos criterios que asumió la Corte Suprema. Desde los fallos mencionados se abordan el recurso de protección y la igualdad ante la ley como dos áreas abiertas del derecho que por su especial estructura dejan espacios para que mediante resoluciones judiciales se pueda influir.

**PALABRAS CLAVE:** Corte Suprema, voto, sufragio de los presos, recurso de protección, igualdad ante la ley, políticas públicas, activismo judicial.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Los argumentos del INDH, la defensa Servel-Gendarmería y las sentencias de la Corte Suprema. 3. Poder Judicial límites y extralimitación. 4. Áreas abiertas del derecho (recurso de protección en igualdad ante la ley) y políticas públicas. 5. De vuelta a la sentencia. 6. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 13 de la Constitución establece que la ciudadanía otorga el derecho a sufragio para elegir a las autoridades públicas. A su vez, los artículos 16 y 17 de la Constitución regulan los casos en que se suspende el derecho a sufragio, o bien, se pierde la ciudadanía.

El artículo 16 número 2 de la Constitución establece que el derecho de sufragio se suspende por haber sido acusado por un delito que merezca pena aflictiva<sup>1</sup> o por delito que la ley califique como conducta terrorista. Por su parte, el artículo 17 establece que la calidad de ciudadano se pierde (y en consecuencia el derecho a voto) al ser condenado a pena aflictiva.

<sup>1</sup> Según dispone el artículo 37 del Código Penal, son penas aflictivas las privativas de libertad superiores a 3 años y un día.

En la práctica existen personas privadas de libertad, pero que han sido condenadas a una pena menor a 3 años y un día, es decir, no aflictiva. También, existen imputados que se encuentran en prisión preventiva, aunque acusados por delitos que no merecen pena aflictiva o revisten el carácter de terrorista. En ambos casos, el recluso y el imputado, conservan intacto su derecho a sufragio, sin embargo no pueden ejercerlo, debido a su confinamiento en un centro penitenciario.

Dicha situación motivó al Instituto Nacional de Derechos Humanos (“INDH”) a interponer recursos de protección a fin de que los tribunales superiores de justicia obligasen al Servicio Electoral (“SERVEL”) y a Gendarmería de Chile (Gendarmería) asegurar el derecho de sufragio de los privados de libertad que aún los conservaren. La situación, tuvo bastante repercusión, en especial debido a que faltando tan solo 11 días para las elecciones presidenciales del año recién pasado, la Corte rechazó 5 recursos de protección en circunstancias que 2 semanas antes había fallado a favor de los reclusos y el INDH.

¿Qué motivó el cambio de criterio de la Corte Suprema? A juicio de esta, que solucionar el problema del voto de los presos excedía las posibilidades del recurso de protección.

En el presente comentario, abordaremos la pregunta que abrió el debate judicial sobre el derecho a sufragio de los reclusos. Para ello, primero abordaremos la pregunta sobre los límites de una acción jurisdiccional. Segundo, indagaremos qué ocurre en las áreas donde el legislador intencionalmente no densificó la solución y el peligro que eso representa. Tercero, argumentaremos que el recurso de protección y la garantía de la igualdad ante la ley por sus peculiares estructuras son propensos a ser utilizados como mecanismos para influir en las políticas públicas. En cuarto y último lugar, analizaremos los fallos en que la Corte Suprema sí acogió los recursos interpuestos por el INDH, atentando contra la prohibición de activismo judicial.

## 2. LOS ARGUMENTOS DEL INDH, LA DEFENSA SERVEL-GENDARMERÍA Y LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA<sup>2</sup>

### A) Los recurso de protección interpuesto por el Instituto Nacional de Derechos Humanos<sup>3</sup>

A inicios de agosto de 2017, el INDH presentó 4 recursos de protección ante las Cortes de Apelaciones de Antofagasta, Iquique, Puerto Montt y Punta Arenas, denunciando que, tanto el Servicio Electoral, como Gendarmería estaban despojando, arbitrariamente, a ciertos reclusos de su derecho a sufragar.

El INDH argumentó que 142 reclusos no pudieron ejercer su derecho a voto en las primarias presidenciales convocadas para el 2 de julio de 2017, porque ni el SERVEL instaló mesas de votación en los recintos penitenciarios, ni Gendarmería trasladó a los reclusos a su lugar de votación. En vista de lo anterior, el INDH argumentó que existe un fundado temor que los reclusos, habilitados para sufragar, no podrían ejercer su ciudadanía para las elecciones presidenciales del 19 noviembre de 2017.

El INDH denunció que el SERVEL, en conjunto con Gendarmería vulnerarían los derechos políticos de sufragio y las garantías fundamentales de igualdad ante la ley y de emitir opinión de aquellos presos, que si bien se encuentran privados de libertad por alguna medida cautelar o condena, todavía conservan su ciudadanía conforme a los artículos 13, 16 y 17 de la Constitución.

En consecuencia, el INDH solicitó a los tribunales de justicia declarar la arbitrariedad de la omisión y que ordenasen al SERVEL y Gendarmería realizar todas las medidas necesarias para asegurar el derecho de sufragio de los presos que aún poseen en el derecho a votar.

<sup>2</sup> Para mayor antecedente y detalles de la discusión se puede consultar el Rol N° 625-2017 de la ICA de Iquique.

<sup>3</sup> El INDH interpuso los mismos recursos para las elecciones municipales de 2016. En dicha oportunidad se falló a favor de los reclusos y el INDH. Ver la sentencia de la Corte Suprema de 2 de febrero de 2017, Rol N° 87.743-2016.

## **B) La defensa del SERVEL y Gendarmería ante las denuncias del INDH**

La defensa del SERVEL estribó en que la petición del INDH, de crear una circunscripción electoral *ad-hoc* dentro de un recinto penitenciario, atentaría contra las normas de orden público que regulan el sistema electoral chileno<sup>4</sup>.

Entre las razones dadas, el SERVEL argumentó que el artículo 50 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral (Ley N° 18.556), no permite la creación de una nueva circunscripciones electoral utilizando como unidad un recinto carcelario, puesto que la unidad básica de una circunscripción es el criterio territorial de la comuna.

Además, la ley solo facultaría al director del Servicio Electoral a establecer más de una circunscripción electoral en la comuna, cuando esta sea muy populosa, o existan distancias excesivas, o bien, haya diversos centros poblacionales de importancia. Así, el SERVEL concluye que de acoger el recurso del INDH se incurriría en una evidente ilegalidad.

Por su parte, Gendarmería respondió que gestionar la votación de los presos le resultaba legal y técnicamente imposible. Desde la perspectiva normativa, Gendarmería sostuvo que no está habilitada por ley para custodiar un recinto de votación dentro de una penitenciaría. Al mismo tiempo, tampoco tendría potestad para modificar el domicilio electoral de los reclusos.

En cuanto a la imposibilidad técnica, Gendarmería reclamó que cuando un interno sale de un recinto, este debe ser custodiado por dos gendarmes en todo momento. De esta manera, para un centro carcelario le resultaría imposible acompañar a todos los reclusos que desean votar, por el simple hecho de no contar con el personal suficiente.

## **C) La sentencia de la Corte Suprema y su cambio de criterio**

El 26 de octubre de 2017, la Tercera Sala de la Corte Suprema compuesta por los ministros Sergio Muñoz, Carlos Aránguiz, Jorge Dahm, y los abogados integrantes Carlos Pizarro y Álvaro Quinta-

<sup>4</sup> La Ley N° 18.700 sobre Votaciones populares y Escrutinios y la Ley N° 18.665 sobre sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral.

nilla, resolvieron favorablemente los 4 recursos de protección interpuestos por el INHD<sup>5</sup>.

El Máximo Tribunal determinó que la omisión del SERVEL y Gendarmería en asegurar el voto de los privados de libertad era ilegal. Las razones fueron principalmente tres. En primer lugar, la Corte asegura que conforme al artículo 58 de la Ley N° 18.700, el SERVEL sí tiene las facultades normativas para instalar mesas de votación dentro de un establecimiento penitenciario.

En segundo lugar y respecto al actuar de Gendarmería, la Tercera Sala apoyada en el artículo 2° del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, fija que es obligación de Gendarmería asegurar la condición de ciudadano de cualquier persona privada de libertad.

En tercer lugar, afirma la Corte, el derecho a voto de los presos está asegurado en tratados internacionales y la Constitución. Además, es tarea del Estado asegurar la igualdad de oportunidades en la participación de la vida nacional.

Por tanto, la Corte concluye que es obligación del SERVEL y Gendarmería asegurar el derecho a sufragio de los reclusos, a través de todos los medios materiales y administrativos que sean necesarios, de lo contrario se vulnera la garantía de igualdad ante la ley.

#### **D) Contradicción de la Tercera Sala: dos visiones contrapuestas sobre la judicatura**

La postura fijada por la Tercera Sala el 26 de octubre respecto a la legalidad del sufragio de los presos sufrió un revés. En efecto, el 6 de noviembre de 2017 la Tercera Sala cambió de composición y con el voto de mayoría de los ministros Juan Eduardo Fuentes, Arturo Prado y Rosa Egnem se rechazaron 5 recursos de protección deducidos por el INDH que buscaban asegurar el derecho a voto de los privados de libertad<sup>6</sup>.

Esta vez, el argumento para fallar a favor del SERVEL y Gendarmería fue que la pretensión de los reclusos excedía los márgenes de una

<sup>5</sup> Los respectivos roles de la Corte Suprema son: 39.698-2017, 39.970-2017, 39.989-2017, 40.094-2017.

<sup>6</sup> Los respectivos roles de la Corte Suprema son: 40.179-2017, 40.190-2017, 40.191-2017, 40.318-2017, 40.186-2017.

acción jurisdiccional como el recurso de protección. La sentencia agregó que el problema de votación de los presos, tenía que resolverse por una política legislativa adecuada, la cual es de exclusiva iniciativa de los órganos colegisladores.

La situación causó revuelo en la opinión pública, porque a solo 11 días de las elecciones presidenciales la Corte Suprema mudó de criterio y contradiciendo su anterior jurisprudencia. Sin embargo, el razonamiento esgrimido por los ministros –Prado, Egnem y Fuentes– para desestimar los recursos de protección, significan mucho más que un simple cambio de criterio motivado en la composición de los integrantes de la Tercera Sala el día 6 de noviembre pasado.

No existe duda respecto al derecho de sufragio que tienen algunos reclusos en determinadas circunstancias. En efecto, la Constitución en sus artículos 16 y 17 es inequívoca en fijar los casos en que se suspende o se pierde el derecho a votar para cargos públicos representativos. En consecuencia, el problema de fondo no es sobre la titularidad del derecho a voto de los privados de libertad, sino más bien sobre los medios para satisfacer dicho derecho.

Ante el problema de hacer efectivo el derecho a voto de los reclusos, nos encontramos frente a dos posibles posturas de parte de los ministros de la Corte Suprema. Unos, sostienen que las facultades jurisdiccionales de los tribunales de conocer, juzgar e imperio son suficientes para ordenar al SERVEL y Gendarmería, que den solución a la supuesta ilegalidad. Por otra parte, otro grupo de magistrados señalan que una acción jurisdiccional es impotente para tales efectos, por ende no puede solucionar la compleja realidad carcelaria que, dicho sea de paso, involucra los recursos financieros y capacidades humanas de otros organismos estatales.

En consecuencia, la sentencia sobre el derecho a voto de los privados de libertad encierra la pregunta sobre ¿cuáles son los límites de una acción jurisdiccional? Ahora bien, esta pregunta se encuentra circunscrita en la pregunta más general sobre la función del juez dentro de una sociedad democrática contemporánea.

### 3. PODER JUDICIAL LÍMITES Y EXTRALIMITACIÓN

#### A) El rol del juez

Según John Locke, el requisito indispensable para la constitución de una sociedad civil, y el abandono del estado de naturaleza, era la existencia de un juez que resolviese las controversias y tuviese poder para ejecutar lo fallado y castigar a los culpables –un juez sin autoridad incentiva el estado de guerra<sup>7</sup>. Todo ello, con estricto apego a la ley que emana del Poder Legislativo. Para Locke sin ley no hay la libertad. De esta manera, el padre del liberalismo inglés declaraba: *“Los hombres que viven unidos formando un mismo cuerpo y cuentan con una ley común establecida y con un tribunal al cual recurrir, con autoridad para decidir las disputas entre ellos y castigar a los culpables, viven en sociedad civil unos con otros; mientras que aquellos que no cuenten con nadie a quien apelar, me refiero a alguien de este mundo, aún se encuentra en el estado de naturaleza”* (John Locke, citado en Goldwin, 2016, p. 454).

Más allá, de si Locke tenía razón o no, en pretender que el inicio de la sociedad civil estaba en la institución de un juez, lo relevante es el esencial rol del juez como garante de la paz y cohesión social. En efecto, a falta de un tercero imparcial que dirima los problemas entre los ciudadanos, la sociedad se tornaría en un permanente estado de guerra, donde la autotutela y la ley del más fuerte dominarían nuestro diario vivir.

En consecuencia, el conflicto social es el presupuesto de base para la existencia de los tribunales de justicia. Bajo este esquema, el profesor Vergara apunta que los jueces deben pacificar tres niveles de problemas: los conflictos entre particulares, los conflictos entre particulares y un órgano de la administración del Estado y los conflictos interpretativos de constitucionalidad de la ley (Vergara, 2015, p. 3).

El actual estado democrático se rige por el llamado “estado de derecho” que implica tres condiciones y garantías: la separación de poderes estatales, la garantía de los derechos y la existencia de tribuna-

<sup>7</sup> *“La falta de un juez común con autoridad coloca a todos los hombres en un estado de naturaleza; la fuerza sin derecho contra la persona de un hombre crea un estado de guerra, tanto donde hay como no existe un juez común”.* (John Locke, citado en Goldwin, 2016, p 454).

les de justicia. De esta manera, la función pacificadora de los jueces no es discrecional. Al contrario, dicha potestad se encuentra regulada y sometida los dictámenes de la ley bajo una doble perspectiva.

El primer límite, está en la ritualidad que los tribunales deben seguir para resolver los conflictos que deben solucionar en vistas de los principios de exclusividad e inexcusabilidad<sup>8</sup>, lo cual se condensa en la idea de proceso<sup>9</sup>, y que se manifiesta positivamente en los distintos procedimientos legales (discusión, prueba y fallo). La segunda, respecto a la solución misma. En efecto, el juez, luego de conocer los hechos que motivan el litigio, está obligado a aplicar la solución específica que las normas contemplan para el caso.

El sometimiento del juez a la ley, en su actuar y decisión, se puede perfilar con mayor claridad en la idea de *acción jurisdiccional*, que en clave constitucional (artículo 19, N° 3) es el derecho fundamental de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Tradicionalmente, se ha entendido la acción jurisdiccional como la facultad de todo ciudadano de recurrir a los tribunales de justicia para reclamar la protección de sus derechos<sup>10</sup>; aquello que la doctrina ha conceptualizado como poner en marcha la función propia del Poder Judicial, a saber, la jurisdicción<sup>11</sup>.

La protección que pone en movimiento la acción jurisdiccional puede abarcar los siguientes ámbitos: la declaración-existencia de un derecho que debe ser respetado; la ejecución de una prerrogativa que significa que un otro cumpla con su obligación de dar, hacer o no hacer una determinada prestación; o bien, la cautela de un derecho ante la amenaza o efectivo menoscabo del mismo por la acción u omisión de un tercero.

<sup>8</sup> Artículo 76 de la Constitución y artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>9</sup> La clásica definición de Couture de "proceso" es: "*una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente para resolver mediante juicio (como acto de autoridad) el conflicto de intereses. Su función sustancial es dirimir, con fuerza vinculatoria el litigio sometido a los órganos de la jurisdicción*" (Couture, 1993, p. 122).

<sup>10</sup> "Acción" ha sido conceptualizada como: "*el derecho subjetivo público, de carácter constitucional, consistente en excitar o poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional del estado*" (Maturana, s/f, p. 39).

<sup>11</sup> La definición canónica es la de Juan Colombo Campell: "*La jurisdicción es el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir*" (Colombo, 1991, p. 41).

La ley en su misión de proteger los derechos de las personas establece distintos mecanismos jurídicos de solución. Para declarar la existencia de un derecho algunas normas describen los supuestos hechos que deben concurrir para la efectividad del derecho. Por ejemplo, el artículo 684 del Código Civil detalla los supuestos de hecho necesarios para adquirir el dominio de un bien mueble, mediante la forma de adquirir tradición. Así, el supuesto N° 3 del mencionado artículo establece que se adquiere el dominio de un mueble cuando se entregan las llaves del granero, almacén, cofre en que esté guardada la cosa.

En cuanto a la ejecución de un derecho las leyes contemplan mecanismos que permiten al titular, de manera compulsiva, satisfacer las prerrogativas que encierra su derecho. A modo de ejemplo, el artículo 1553 del Código Civil, ante el deudor moroso de una obligación de hacer, pone a disposición del acreedor los siguientes medios: apremiar al deudor, encargar la obligación a un tercero a expensas del deudor, o bien que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del trabajo.

Respecto a la cautela de un derecho, la ley pone a disposición del juez potestades para prevenir un menoscabo, o bien, poner fin a una perturbación o atropello a un derecho. Por ejemplo, en cuanto a prevenir un daño, el artículo 932 del Código Civil establece la acción por obra ruinosa, la cual faculta a quien tema la ruina de una construcción solicitar al juez que ordene al dueño reparar o demoler la construcción en mal estado.

Según expusimos la labor del juez es la pacificación social mediante la aplicación de la ley a un conflicto concreto. También anotamos que esta potestad se encuentra normada en forma y fondo. Ahora bien, si utilizamos el esquema de la *acción jurisdiccional*, podemos afirmar que los límites de una acción judicial, y por ende de la actividad del juez, están demarcados por dos factores: primero por el fin que busca la acción (declarar, ejecutar o cautelar) y segundo por los medios-solución que el legislador dispone para lograr el objetivo.

La obvia conclusión de esto, es que los límites de una acción jurisdiccional y su campo de protección están demarcados por el fin y por los medios que la ley le asigna y pone a disposición del juez. Así, en los casos que la ley pormenoriza la solución (fin y medios)

la labor del juez se circunscribe a conocer el litigio y fallar según lo preceptuado por las normas jurídicas. Por ejemplo, ante la demanda de nulidad de un contrato es la ley civil, la que explicita los hechos que configuran un defecto susceptible de nulidad y el remedio ante el vicio. Además, una vez declarado nulo el contrato es la misma ley, la cual regula las prestaciones recíprocas para que las partes vuelvan al estado anterior a contratar<sup>12</sup>.

Ahora bien, lo expuesto no significa que el juez es una máquina que procesa datos y tabula soluciones mecánicas. Como bien muestra Nörbert Lösing, el juez en su apreciación de los hechos e interpretación de la ley se encuentra guiado por criterios propios. En efecto, una justicia mecánica y formalista, donde el juez es mera boca del derecho traería perjudiciales consecuencias. En este sentido Lösing, piensa que la independencia judicial es un *“difícil compromiso entre el sometimiento a la ley y la libertad de utilizar el criterio propio”*, a lo anterior agrega *“(…) ni un iuspositivismo acentuado ni un (supuesto) iusnaturalismo exagerado puede sostener el compromiso”* (2011, p. 417).

## B) El juez y las áreas abiertas del derecho

Conforme a lo expuesto en el capítulo anterior, la labor del juez se encuentra delimitada por la solución que entrega la ley a un determinado conflicto, sea este de naturaleza declarativa, ejecutiva o de cautela. Por tanto, si un juez se aparte de la solución ordenada por el legislador, entonces dicho juez actuaría ilegalmente, e incluso incurrir en el delito de prevaricación<sup>13</sup>. Pero ¿qué ocurre cuando la ley no densifica la solución? En estos casos, ¿cuáles son los límites de la acción jurisdiccional y la potestad del juez?

<sup>12</sup> Artículo 1687 del Código Civil: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.

<sup>13</sup> Ver artículos 223, 224 y 225 del Código Penal.

Ciertamente el caso es complejo. Recordemos que el presupuesto de existencia de la institución del juez son los conflictos que se crean a partir de intereses contrapuestos entre los distintos actores de una sociedad. En algunos casos, simplemente no hay respuesta legal, puesto que muchas veces los procesos nomogenéticos deliberativos son más lentos que la aparición de los problemas ciudadanos. Sin embargo, son los tribunales de justicia quienes deben canalizar estas dificultades no resueltas por el Congreso en vistas del “destiempo legislativo”.

Por otra parte, tenemos situaciones donde el legislador intencionalmente no densificó la solución, es decir, entregó a criterio del juez ordenar los medios y recursos necesarios para encontrar la solución. H. L. A. Hart (1907-1992) denomina este fenómeno como la *textura abierta del Derecho*, la cual es definida por el filósofo inglés como “áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales, o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso” (Hart, 1980, p.168).

¿Cuáles son estas áreas abiertas del derecho que Hart describe? La sentencia respecto al voto de los presos nos entrega dos “áreas abiertas” de gran importancia en nuestra legislación que han repercutido fuertemente en la jurisprudencia y en la labor del juez en nuestro medio nacional: por un lado el *recurso de protección*, por otra parte la garantía fundamental de la *igualdad ante la ley*.

Es fundamental analizar estas dos “áreas” puesto que la indeterminación intencional del legislador abre paso al peligro del activismo judicial, el cual está al acecho, pero es más difícil de reconocer. En cambio, en los casos que la ley densifica la solución, reconocer el activismo es más fácil, porque existe cuando el juez se aparta de los preceptos legales e instaura su propia decisión.

### ***b.1) El recurso de protección: una figura política***

Desde una perspectiva histórica el recurso de protección<sup>14</sup> fue el fruto de uno de los momentos más álgidos de nuestra historia polí-

<sup>14</sup> Artículo 20° de la Constitución: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y

tica y social. En efecto, durante los años 1970 y 1973, y bajo el gobierno de la Unidad Popular, el entonces presidente Salvador Allende inició el proceso de instaurar un socialismo en Chile. Una parte fundamental de dicho proceso fue la expropiación de determinados medios de producción, cuya ilegitimidad fue denunciada por la Cámara de Diputados y la Corte Suprema (Pffefer, 2004, p. 160).

En respuesta a la incontinencia expropiatoria de la Administración, en 1972 los parlamentarios Diez y Arellano presentaron un proyecto de reforma constitucional para instaurar un mecanismo de protección urgente ante los tribunales de justicia. El fin: resguardar los derechos constitucionales de propiedad, reunión y opinión ante el actuar ilegítimo del Estado.

Debido al golpe militar, el proyecto de Protección quedó suspendido hasta la conformación de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución (CENC). Es así como el año 1976 se retomó el debate acerca de la necesidad de crear una acción que protegiese derechos fundamentales tales como la propiedad y la libertad de expresión (Pffefer, 2004, p. 162).

Otro aspecto relevante para comprender el recurso de protección fue la conciencia que la propia CENC tenía sobre la relevancia social y jurídica que tenía establecer un mecanismo constitucional de tal envergadura para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así lo revelan las palabras del presidente de la comisión señor Ortúzar, quien señaló: *“este es tal vez el precepto más trascendental y valioso aprobado por la Comisión, e incluso podría decir que, cuando lo conozca la ciudadanía, habría cierta seguridad, cierta tranquilidad, de que el día de mañana no podrán desconocerse las garantías y libertades que la Constitución asegura”* (citado en Pffefer, 2004, p. 163).

Pensamos que estas cuestiones históricas revisten gran importancia para comprender el recurso de protección. En efecto, las idas y ve-

---

*garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25 podrá ocurrir por sí o por cualquier a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará 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 la autoridad o los tribunales correspondientes...”*

nidas de la gestación de esta acción constitucional revelan su ADN político, al ser pensado en su origen como uno de los mecanismos más importante de contrapeso y control del Poder Judicial sobre el actuar de los organismos de la Administración Estatal. Así, el recurso de protección lleva en su esencia un vínculo con el Poder Ejecutivo.

Este ineludible entronque político del recurso de protección con la Administración estuvo presente desde los inicios. En efecto, la principal discusión que tuvo lugar en la CENC, sobre si debían tutelarse los llamados “derechos sociales” fue una expresión de la preocupación de los constituyentes de la difícil relación entre el Poder Judicial y el Poder Político, a través de la acción de protección.

En este sentido, la intervención de don Enrique Evans es ilustrativa: “*Procede, en consecuencia, eliminar de este recurso de protección todo el cuadro de las garantías llamadas “sociales” cuya cautela corresponden a otros mecanismo, esencialmente administrativos*” (citado en Pffefer, 2004, p. 165). De esta manera, la CENC dejó afuera del recurso de protección aquellos derechos que para su concreción y ejercicio dependían de los recursos y capacidades financieras del Estado.

A pesar de los esfuerzos de la CENC, por delimitar el recurso de protección como una acción cautelar para tutelar de manera eficaz y rápida el atropello de derechos fundamentales producto del actuar arbitrario o ilegal de parte de un particular o ente estatal, su redacción en la Carta Política consagró una nueva manera de hacer justicia.

Así queda expresado en una exposición que realizó don Eduardo Soto Kloss el 27 de junio de 1983 ante el Colegio de Abogados de Valparaíso, titulada *El recurso de protección: aspectos fundamentales*. En dicha ponencia Soto Kloss expresa con elocuencia el nuevo paradigma que significó la creación del recurso de protección: “*Como se habrá advertido en esta breve exposición, hay en el RP una visión muy distinta no solo de lo que es el Derecho, según normalmente se le entiende, sino sobre todo del papel del juez. Este no aparece ya como un mero aplicador de leyes sino como un guardián de la justicia; a él se le ha entregado la salvaguarda del imperio del Derecho, y también ese rol tan fundamental de guardián de los derechos de las personas*” (Soto Kloss, 1984, p. 371).

De lo expuesto podemos concluir que el recurso de protección nació como un arma politizada, por la confrontación de dos modelos sociales opuestos. Además dicha arma entregó, al menos formalmente, poderes omnímodos al juez para restablecer el imperio del derecho. En efecto, el artículo 20 de la Constitución declara expresamente que el tribunal podrá adoptar: “*las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho*”. En otras palabras, el juez tiene discrecionalidad para tomar las medidas, que en su opinión, restablecerán el ordenamiento jurídico y acabarán con el menoscabo.

Es lógico que el legislador no detalle las distintas hipótesis en que un derecho fundamental puede ser conculcado, porque las formas, en que una garantía fundamental puede ser violada por parte del Estado o un particular, son virtualmente ilimitadas. Lo anterior, implica que tampoco es posible fijar legalmente las soluciones que el juez debe adoptar ante la vulneración de derechos humanos; rigidizar las soluciones puede significar dejar en indefensión a los ciudadanos en sus derechos fundamentales. Por esta razón, el legislador entregó, en materia de recurso de protección, la solución al ingenio del juez.

Nuevamente surge la pregunta ¿cuáles son los límites de la acción jurisdiccional del recurso de protección? O en otras palabras ¿cuáles son los márgenes legítimos en que el juez puede resolver un recurso de protección y las medidas a tomar? La respuesta aquí es difícil, porque según vimos el legislador no densificó la solución. Al contrario, entregó al juez un arma poderosa y amplia, la cual en su ADN viene politizada, no solo por su origen histórico, sino que por su mismo fin: proteger al ciudadano del actuar arbitrario, ilegal y abusivo del Estado.

A falta de una regulación más profunda del recurso de protección, los propios tribunales de justicia han delimitando el campo de acción del mecanismo cautelar constitucional. El profesor Francisco Zúñiga en un análisis de la jurisprudencia sobre protección identificó los siguientes límites jurisprudenciales: a) El recurso de protección es una acción de emergencia con un procedimiento rápido e informal; b) Su objetivo es solucionar prontamente situaciones de hecho; c) La arbitrariedad o ilegalidad deben ser evidentes; d) Mediante ella no se pueden obtener pronunciamientos judiciales declarativos o tutelar meras expectativas (Zúñiga, 2007, s/p).

A pesar de este enorme trabajo jurisprudencial, reiteradamente vemos sentencias, de la Corte de Apelaciones y Corte Suprema, que resuelven recursos de protección, donde no cautelan derechos indubitados ante una flagrante ilegalidad, sino más bien han creado verdaderos derechos subjetivos con amplias expectativas públicas e impactando directamente en la autodeterminación de órganos públicos autónomos.

¿Por qué ocurre este fenómeno? Una parte de la posible respuesta está en la doble naturaleza política del recurso de protección (histórica y teleológica) que hemos visto. Además, debemos recordar que la jurisprudencia no es vinculante como fuente del derecho (artículo 3 del Código Civil). Por tanto, basta que en los tribunales superiores de justicia se alineen ministros apegados al tenor literal del recurso de protección y desatendiendo la tradición jurisprudencial, un uso indiscriminado de la acción constitucional. Lo anterior es evidente en las sentencias de la Corte Suprema dictadas en los casos del derecho a voto de los privados de libertad.

Ahora bien, pensamos que la otra parte de la respuesta se encuentra en la naturaleza indeterminada de alguno de los derechos fundamentales que la acción de protección cautelar, en especial el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley. A continuación centraremos el análisis únicamente en la igualdad ante la ley, puesto que fue el derecho que la Corte Suprema declaró conculcado por el SERVEL y Gendarmería.

### ***b.2) La igualdad ante la ley: un derecho indeterminado***

La garantía fundamental de la igualdad ante la ley<sup>15</sup> es la expresión jurídica de la dignidad humana<sup>16</sup>. La dignidad, como característica esencial a todo humano, impone el deber, tanto a los particulares, como a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial evitar todo tipo de discriminación arbitraria, y en especial aquellas diferenciaciones

<sup>15</sup> Artículo 19 N° 2 de la Constitución: “La Constitución asegura a todas las personas: 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos 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”.

<sup>16</sup> Inciso primero del artículo 1 de la Constitución: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

basadas en factores implícitos al sujeto, tales como el sexo, la raza, religión, nacionalidad u orientación sexual. Por tanto, la igualdad ante la ley, exige que toda persona merece igual trato, salvo que exista una razón fundada para establecer una diferencia.

Como relata el profesor Nogueira, en sus inicios el derecho a la igualdad se entendió de manera minimalista, es decir, bastaba con que las leyes fueran abstractas y atemporales para ser “iguales”, algo así como el refrán “ley pareja no es dura”. Sin embargo, esta idea formalista de asegurar la igualdad resultó incompleta, porque partía del supuesto de que los ciudadanos son iguales, cuestión que chocaba con la realidad, porque las diferencias sociales, económicas, culturales y educativas constituían una sociedad sumamente desigual (Nogueira, 2006, p. 805).

Como señala Nogueira, la respuesta a la visión decimonónica de la igualdad fue la concepción de que el Estado debía asumir un rol importante en reducir las desigualdades sociales en la búsqueda del bien común. En el plano jurídico esto se tradujo en la posibilidad del Estado dictase normas para favorecer a ciertos grupos desfavorecidos y potenciar la igualdad de oportunidades. Nogueira postula que una de las principales consecuencias de esta evolución histórica de la noción de igualdad fue: “(...) *el derecho a la igualdad no tiene un carácter autónomo, sino relacional, ya que opera para asegurar el goce efectivo del conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico, a partir de la Carta Fundamental, reconoce y asegura a todas las personas*” (Nogueira, 2006, p. 806).

De este breve recuento histórico es posible obtener un aspecto fundamental sobre el derecho a la igualdad: su estrecha vinculación con los valores de la dignidad humana y la justicia social. Por tanto, la garantía de la igualdad ante la ley tiene una fuerte carga moral. Pensamos que esto tiene importantes consecuencias al momento en que los jueces aplican la igualdad ante la ley como criterio para fallar.

Sea como fuere, es un hecho que el Estado en su misión de promover los medios materiales y espirituales para que cada ciudadano alcance su mayor realización posible, debe dictar normas que imponen obligaciones y otorgan beneficios. Es aquí donde la igualdad ante la ley juega su rol, puesto que esta diferencia de trato entre ciudadanos (un claro ejemplo son las cargas impositivas) debe estar racionalmente justificado.

En otras palabras, la igualdad ante la ley no significa una igualdad absoluta asegurada por una ley general y abstracta, sino que las diferencias que introducen las normas jurídicas tengan un fundamento racional. Una formulación clásica de lo anterior es: tratar de igual manera aquellos que se encuentran bajo las mismas condiciones y dar un trato distinto a quienes se encuentren en circunstancias distintas.

En este sentido, la Constitución establece que *“ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*. Nuevamente, lo prohibido son diferencias arbitrarias, es decir, aquella discriminación que es irracional, caprichosa y falta de todo sustento. Como expresa Rabossi: *“a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona puede ser preferida a otra”* (citado en Nogueira, 2006, p. 808).

De las palabras de Rabossi se desprenden las dos formas que abarca la igualdad ante la ley: una negativa y otra positiva. El aspecto negativo indica que a falta de una razón relevante no es posible establecer diferencias entre los ciudadanos, de lo contrario la medida sería arbitraria e inconstitucional. El aspecto positivo señala que sí es posible establecer diferencias cuando las circunstancias del caso lo justifiquen, y, requisito necesario, la medida contribuya al bien común.

En consecuencia, lo que permite una convivencia entre la igualdad ante la ley y la existencia de diferencias, basadas en gravámenes y/o beneficios, es el juicio intelectual de racionalidad, es decir, reconocer que una determinada circunstancia exige por su particularidad un tratamiento especial. Por tanto, la justificación de la diferenciación descansa en las capacidades intelectuales del agente que analiza el caso.

Sin embargo, no basta con que exista una situación que razonablemente habilite introducir diferencias, ya que también la diferencia misma debe ser adecuada al fin que persigue. Es lo que se conoce como el principio de proporcionalidad.

Lo doctrina ha establecido que el juicio de proporcionalidad implica tres requisitos: a) Adecuación, que los medios utilizados por el legislador sean idóneos para alcanzar el fin propuesto; b) Necesidad, que entre los distintos medios se elija aquel que produzca la menor

externalidad posible, es decir, afecte menos a los derechos de los ciudadanos; c) Ponderación, que exista un equilibrio entre la afectación a derechos de terceros y el fin que se persigue.

Como es claro, para determinar si existe una vulneración a la igualdad ante la ley es fundamental la acción intelectual de quien juzga, primero si el caso amerita una medida discriminatoria, y segundo si la medida propiamente tal es razonable o proporcionada. Ahora bien, a esto debemos agregar el componente moral que implica la noción de igualdad ligada a los ideales de dignidad y justicia social.

De esto resulta que cuando se denuncia una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, al ser tan impreciso este derecho el juez se verá obligado a determinar el caso según sus propias capacidades intelectuales para constatar: primero si existe o no una situación especial; segundo si esa situación especial amerita una diferencia, por último si la medida adoptada es proporcionada. Es evidente que en estas tres etapas intelectivas el juez estará guiado por sus concepciones de dignidad y justicia social (base moral de la igualdad ante la ley).

Así, en la medida que las disposiciones afectivas de empatía y solidaridad del juez sean más intensas o débiles hacia ciertos grupos o arquetipos sociales, su juicio sobre la razonabilidad será más exigente, o bien, más laxo. En su artículo *La justicia como lealtad ampliada*, Richard Rorty hace ver este fenómeno, tan propio del hombre, en la cual nuestra noción de justicia es proporcional a la cercanía que tenemos con un determinado grupo. De esta forma, asevera Rorty: *“Te encuentras en una mejor posición para decidir qué diferencias entre individuos son moralmente relevantes cuando estás tratando con aquellos a los que puedes describir densamente, y en una peor posición cuando tratas con los que solo puedes describir de manera tenue”* (Rorty, 1994, p. 9).

Las observaciones de Rorty, pensamos, son especialmente ciertas cuando el juez debe resolver casos de igualdad ante la ley. En efecto, según lo expuesto la indeterminación de dicho derecho implica que sea completado y definido por el juez que conoce y falla, donde sus capacidades intelectuales y disposiciones morales serán determinantes. Precisamente una forma de controlar este subjetivismo, que dicho sea de paso es natural, es que la ley establezca de manera imparcial y general las soluciones.

#### 4. ÁREAS ABIERTAS DEL DERECHO (RECURSO DE PROTECCIÓN EN IGUALDAD ANTE LA LEY) Y POLÍTICAS PÚBLICAS

##### **A) Igualdad ante la ley y políticas públicas: dos conceptos afines**

Llegados a este punto, cabe una recapitulación: los dispares criterios de la Tercera Sala de la Corte Suprema sobre el derecho a voto de los presos abrió la pregunta sobre cuáles son los límites de una acción jurisdiccional, y por ende los límites del juez. Luego de analizar los tipos de acción jurisdiccional según el fin que esta persiga, determinamos que, en principio, la labor del juez se circunscribe a los parámetros que la propia ley determina para pacificar el conflicto, en cuanto forma (procedimiento) y la solución en sí.

Ahora bien, existen casos en que el legislador de manera intencionada no densificó la manera de solucionar el conflicto, dejando en manos del juez determinar la respuesta (es lo que en su oportunidad llamamos “áreas abiertas del derecho”). A raíz de esta constatación, preguntamos de nuevo cuáles serían los límites del juez ante la falta de una solución legalmente expresa.

Para ilustrar nuestro punto elegimos dos áreas, que las sentencias del voto de los presos pusieron de manifiesto como especialmente abiertas, a saber, el recurso de protección y la igualdad ante la ley; figuras que unidas son especialmente propensas al activismo judicial con especial injerencia en las políticas públicas.

En efecto, tanto el recurso de protección por su estructura legal de entregar la solución a la creatividad del juez y su naturaleza política (histórica y teleológica), así como la garantía fundamental de igualdad ante la ley, que por su indefinición debe ser llenado por las capacidades intelectuales y nociones morales del juez, entregan una discrecionalidad al juez sumamente tentadora.

Es más, recordemos que precisamente la igualdad ante la ley está estrechamente unida a la promoción de igualdad de oportunidades del Estado. Por tanto, es probable que cuando el juez conozca de un recurso de protección por vulneración a la igualdad ante la ley se vea enfrentado a incidir en una determinada política pública.

En su mandato constitucional de promover el bien común y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, el Estado cuenta con una serie de

recursos que debe enfocar, a través del diseño e implementación de políticas públicas, para promocionar la igualdad de oportunidades entre los habitantes de la nación, y así estos alcancen el mayor grado de realización espiritual y material posible.

En esta tarea el Estado decide sobre cómo asignar los beneficios y los gravámenes o incentivar oportunidades. Lo anterior implica que el Estado sea capaz de reconocer las distintas situaciones de los grupos sociales y sus respectivas necesidades. Con dicha información los órganos públicos podrán tomar las medidas que las circunstancias demanden. Ahora bien, justamente aquí es donde la Administración puede vulnerar el principio de igualdad ante la ley, al diseñar e implementar una política pública que trate de manera igual a quienes son distintos, o bien, tratando desigualmente a quienes son idénticos.

Por tanto, políticas públicas e igualdad ante la ley son las dos caras de una misma moneda. En efecto, la igualdad ante la ley exige la creación de políticas públicas, y la igualdad ante la ley es el criterio para evaluar la legitimidad, entendida en sentido amplio, de una determinada política pública. En consecuencia, cuando un ciudadano piense que la implementación de una política estatal vulnera a su juicio la igualdad, entonces podrá vía recurso de protección solicitar a la Corte de Apelaciones que revise la constitucionalidad de la política pública en cuestión.

Conforme a este esquema la posición del juez es omnipotente, ante sus manos está decidir si una determinada política pública vulnera la garantía de igualdad para la ley. Para determinar la vulneración, el juez se guiará en gran medida por sus concepciones de dignidad y justicia social, ideales que influirán en su apreciación sobre si una política pública es razonable o no, y en definitiva si es constitucional. A esto, hay que sumarle que puede tomar las providencias que estime pertinentes para restablecer el imperio del derecho (sea lo que signifique). Así, un juez podría anular una determinada política pública, o bien, tomar medidas para redirigirla según su parecer<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Si bien hablamos de “juez” somos conscientes que tanto en la Corte de Apelaciones, como en la Corte Suprema las decisiones se toman por mayoría. Sin embargo, no es difícil la alineación de jueces que compartan paradigmas morales e intelectuales afines y logren imponer su criterio.

## B) Investigaciones respecto al recurso de protección y su injerencia en lo político

Lo hasta aquí expuesto no es mera especulación. Existen numerosos trabajos académicos que han tratado y llamado la atención sobre este fenómeno, en especial que en la práctica el recurso de protección se transformó en la sede para dirimir los conflictos contenciosos administrativo. Por ejemplo, el profesor Francisco Zúñiga en su investigación *Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas* manifestó lo siguiente: “Nuestro planteamiento es que la posición del Poder Judicial y los tribunales superiores de justicia en sede protección importan la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas”, claramente cuando estas cristalizan en actos o decisiones fruto de potestades o atribuciones exclusivas y constitucionales de órganos supremos del Estado o de órganos que gozan de autonomía constitucional” y agrega “Dada la “elefantiasis” del recurso de protección –con peligro a sustituir vías procesales ordinarias– en la práctica la naturaleza cautelar de la acción procedimiento, se ha perdido en cierta medida, constituyéndose en una vía inidónea para consolidar derechos”. (Zúñiga, 2007, s/p.)

También el profesor Eduardo Aldunate Lizama, en el trabajo *La protección al acecho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección*, analiza el desbordado uso del recurso de protección apoyado en una interpretación amplia del derecho de propiedad para amparar las más “peregrinas” situaciones, y concluye: “Está claro que desde hace mucho se acepta la idea de que el derecho de cada uno termina donde empieza el derecho de otro. Pero no es esa la pregunta en un Estado de derecho, sino a quién se inviste con la facultad de trazar el límite. Y hay una diferencia fundamental entre entregar al juez definir en concreto ese límite sobre la base de una disposición previamente establecida, y simplemente entregarle la decisión sobre la base de lo que estime razonable” (Aldunate, 1999, p. 240).

Por último, hacemos alusión al trabajo de los profesores Juan Carlos Ferrada, Andrés Bordalí y Kamel Cazor, quienes en su investigación *El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo*, constatan: “No obstante, en la práctica jurisprudencial podemos apreciar que dicho criterio restrictivo ha sido abandonado o morigerado, principalmente como consecuencia de la

*amplísima interpretación que se ha hecho de ciertos derechos fundamentales –en particular los derechos de propiedad y de igualdad ante la ley–, convirtiéndolos en verdaderas cláusulas generales de contenido jurídico indeterminado, que habilitan a las personas a recurrir ante los tribunales contra cualquier acto ilegal o arbitrarios que pongan en entredicho un beneficio particular”* (Bordalí, Kamel, Cazor, 2003, p. 77).

Como complemento a los estudios señalados, postulamos que la injerencia del recurso de protección por su propia estructura y la igualdad ante la ley en su conformación intelectual, moral e íntima relación con las políticas públicas hacen a la unión de ambas figuras jurídicas un arma de activismo judicial, entendido este como *“una filosofía en la toma de decisiones mediante la cual los jueces permiten que sus puntos de vista personales sobre políticas públicas, entre otros factores, guíen sus sentencias”* (citado en Vergara, 2015, p.9).

## 5. DE VUELTA A LA SENTENCIA

Volvamos a las sentencias, del 26 de octubre pasado, en que la Corte Suprema acogió los recursos de protección interpuestos por el INDH; obligando al SERVEL y Gendarmería asegurar, como sea y bajo apercibimiento, el derecho a sufragio de los privados de libertad.

En el considerando undécimo, los ministros resolvieron: *“Que con el mérito de lo expuesto, se puede concluir que el actuar de las recurridas es ilegal, toda vez que conforme se ha expuesto estas se encuentran obligadas tanto por la normativa interna como por los tratados internacionales suscritos por Chile, a velar por el oportuno y adecuado ejercicio del derecho a participar en el sistema democrático, en su expresión referida al sufragio de las personas en favor de quienes se recurre, mismas que mantienen incólume su derecho a sufragio como los demás ciudadanos y sin embargo no pueden ejercerlo, vulnerándose la garantía de igualdad de trato (...)”* (énfasis agregado)<sup>18</sup>.

¿Cómo encaja esta decisión con la realidad carcelaria de Chile? Para nadie es un misterio que el sistema penitenciario está sobrepasado. Así, lo demuestra un boletín estadístico publicado por Gendarmería

<sup>18</sup> INDH con SERVEL y Gendarmería (2017).

en noviembre del 2016<sup>19</sup>, el cual entrega valiosa información sobre los recursos con que Gendarmería cuenta para gestionar la red de cárceles y centros de reclusión.

En términos generales, Gendarmería gestiona una población penal de 137.998 personas, donde un 11% son mujeres y un 89% son hombres. Esta población abarca varias clases de condena, las cuales van desde la reclusión, hasta el control de penas sustitutivas y procesos de reinserción social. La dotación de Gendarmería es de 14.429 suboficiales y gendarmes, es decir, cada 9,5 sentenciados hay 1 gendarme.

Ahora bien, el número de población penal en régimen cerrado<sup>20</sup> asciende a 48.256 reclusos. De este total, unos 13.600 prisioneros conservan su derecho a sufragio, pero que se ven materialmente impedidos de participar en comicios. Es interesante destacar que el número de reclusos con derecho a voto se acerca bastante a toda la dotación de gendarmes (94,25%).

Ante esta situación carcelaria, la decisión de la Corte Suprema aparece como cuestionable. Si conectamos las sentencias que acogieron los recursos de protección con las ideas expuestas, podemos apreciar como el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la Corte estuvo determinado por su visión de cómo deben ser las cosas, desatendiendo completamente las condiciones penitenciarias de nuestro país. En efecto, en ningún momento la Corte razonó sobre las especiales circunstancias de los presos y Gendarmería.

Lo anterior es evidente cuando se analiza en detalle la argumentación de los respectivos fallos de la Tercera Sala. El grueso de la argumentación radicó en señalar normas de carácter general y derechos consagrados por tratados internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Constitución Política de Chile. Pero, respecto a las argumentaciones y alegatos técnicos que Gendarmería y el SERVEL esgrimieron para explicar, por qué no

<sup>19</sup> [https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/BoletinEstadistico\\_Gendarmeria1.pdf](https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/BoletinEstadistico_Gendarmeria1.pdf)

<sup>20</sup> El régimen cerrado se refiere a las personas que los tribunales de justicia han determinado que cumplan una pena de privación de libertad por cometer un delito o se encuentran en un recinto penitenciario en calidad de "imputado", esperando el juicio que dicte su sentencia definitiva.

pueden asegurar el derecho a sufragio de los reclusos, la Tercera Sala básicamente nada dijo.

La decisión de la Tercera Sala fue eminentemente política, ya que solo consideró que en virtud de los tratados internacionales y nuestro ordenamiento interno los presos tienen derecho a voto. Sin embargo, ello no resulta comprensible, puesto que no hay duda sobre el derecho a voto de algunos presos. Lo problemático es cómo hacer efectivo su derecho, considerando las particulares condiciones de los privados de libertad: primero, su libertad ambulatoria restringida, y segundo las limitaciones técnicas y jurídicas, tanto del SERVEL, como de Gendarmería.

De esta manera, vemos cómo el recurso de protección unido a la garantía fundamental de igualdad ante la ley entregó a la Corte Suprema la potestad para influir directamente en el quehacer de Gendarmería y el SERVEL, y “resolver”, vía judicial, un problema –el voto de los presos– que a todas luces exige una política pública adecuada, que logre estudiar y reconocer la realidad penitenciaria chilena, y en consecuencia pueda proponer el mecanismo más eficaz para que los privados de libertad pueden ejercer plenamente su derecho a sufragar en las elecciones públicas.

## 6. CONCLUSIONES

Para finalizar, citamos la siguiente reflexión del jurista argentino Segundo Linares Quintana: *“El criterio de la prudencia política es el que debe emplearse para discernir lo que es una cuestión política no justiciable, pero como criterio político que es, no permite establecer una frontera clara, precisa e indiscutible entre el ámbito político y el jurisdiccional, ya que entre uno y otro se encuentra una zona gris dentro de la cual puede encontrarse dificultad para la discriminación”* (Linares, citado en Zúñiga, 2007, s/p).

En nuestra sociedad se ha instalado el paradigma de “la cultura de derechos”, el cual instalada la concepción de ser acreedores de ciertos beneficios y prerrogativas que el Estado debe entregar, y que ante el “incumplimiento” podemos recurrir a los tribunales de justicia para exigir compulsivamente su plena satisfacción; tal y como lo haría el dueño de un crédito que ejecuta al deudor moroso. Además, la lentitud de los procesos legislativos para canalizar las

numerosas demandas ciudadanas, ha profundizado la sensación de que los poderes ejecutivo y legislativo son ineficaces para satisfacer las necesidades sociales.

Todo esto ha propiciado que los tribunales de justicia sustituyan en muchas ocasiones la labor propia de los poderes políticos. Por ejemplo, la interposición de recursos de protección para que la Administración provea remedios y terapias sumamente costosos. Aquí tenemos un caso límite y gris, porque la denegación de la acción de protección podría significar la muerte del recurrente, pero por otra parte dicha jurisprudencia está incentivando una verdadera política pública en el subsidio de remedios de alto costo<sup>21</sup>.

A pesar de la dificultad de ciertos casos, debemos recordar que la naturaleza cautelar del recurso de protección está lejos de promover acciones de discriminación positiva, que fomenten una justicia social. Los principales llamados a fomentar la igualdad de oportunidades son los poderes legislativo y ejecutivo. Reconocemos las dificultades de casos al límite sobre todo cuando está en juego derechos fundamentales como la vida.

Una posible guía interpretativa está en la frase *“restablecer el imperio del derecho”*. “Restablecer” indica que una situación existente y dada es, por alguna causa, modificada, pero que luego por otra acción vuelve a recuperar su condición inicial. Lo fundamental es que exista una situación dada que debe recuperarse.

Por último, cuando se deduzca un recurso de protección que busca amparar un derecho que no se encuentra recogido en el catálogo taxativo del artículo 20° de la Constitución, pero es reconducido bajo la supuesta vulneración de la garantía de igualdad ante la ley, el juez deberá estar muy atento y alerta de no crear y consolidar derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE LIZAMA, Eduardo (1999): “La protección al acecho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”. Ob-

<sup>21</sup> Ver sentencia Rol N° 8.674-2018 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

- tenido en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/439/412>.
- COLOMBO, Juan (1991): *La jurisdicción en el Derecho Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).
- COUTURE, Eduardo (1993): “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” (Buenos Aires, de Palma).
- Dirección General de Gendarmería (2016): “Chile situación carcelaria en cifras”. Obtenido en: [https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/BoletinEstadistico\\_Gendarmeria1.pdf](https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/BoletinEstadistico_Gendarmeria1.pdf).
- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2013): “Activismo judicial. Un marco para la discusión”. Obtenido en: <http://derecho.udd.cl/centro-justicia-constitucional/files/2015/09/Activismo-Judicial.pdf>.
- GOLDWIN, A. (2016): “John Locke”, en Strauss Leo, Cropsey, Joseph (edit.), *Historia de la filosofía política* (Ciudad de México, Fondo Cultura Económica).
- HART, H.L.A. (1980): “El concepto de Derecho” (trad. G.R. Carrió, Ciudad de México, Editorial Nacional, segunda edición).
- MATURANA MIQUEL, Cristian (s/f): “Derecho procesal orgánico” (Separata apuntes de clase).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006): “El derecho a la Igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”. Obtenido en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2449/AD-10-41.pdf;jsessionid=1BA406D6F8CA7A4E107B228C60633571?sequence=1>.
- LÖSING, Nörbert (2011): “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado Democrático de Derecho”. Obtenido en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27656.pdf>.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2004): “La acción constitucional de protección su regulación: situación actual y prospectiva”. Obtenido en: <http://www.redalyc.org/html/820/82020105/>.
- RORTY, Richard (1994): “La justicia como lealtad ampliada”. Obtenido en: <http://www.mercaba.org/SANLUIS/Filosofia/autores/Contempor%C3%A1nea/Rorty/La%20justicia%20como%20lealtad%20ampliada.pdf>.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2015): Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial. Disponible en: <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2016/01/N%C2%BA-83-Los-jueces-en-la-era-del-derecho-democr%C3%A1tico.pdf>.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2007): “Control Judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas”. Obtenido en: [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126541/Zu%C3%B1iga%20Urbina\\_%20Francisco\\_%20Control%20judicial.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126541/Zu%C3%B1iga%20Urbina_%20Francisco_%20Control%20judicial.pdf?sequence=1).

#### NORMAS CITADAS

Constitución Política de Chile.

Código Civil.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

INDH con SERVEL (2017): Corte Suprema, 26 de octubre (Recurso de Protección).

