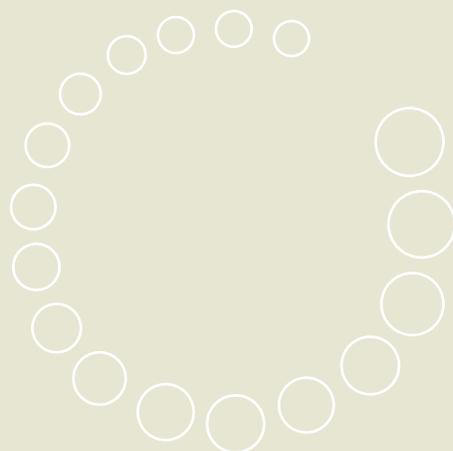


Nº3



# BOLETÍN DE SENTENCIAS

SEPTIEMBRE - DICIEMBRE 2012



# BOLETIN INDH DE SENTENCIAS

## Tabla de Contenidos

### I. Derechos civiles y políticos

---

- 1. Acceso y resguardo de sitio ceremonial Huilliche.** Corte Suprema, Rol 3863-2012, 24 de septiembre de 2012, Recurso de Protección..... p4
- 2. Huelga de hambre de personas privadas de libertad.** Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1814-2012, 12 de octubre de 2012, Recurso de Protección..... p6
- 3. Integridad Personal de personas privadas de libertad.** Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 49-2012, 28 de noviembre de 2012, Recurso de Amparo. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 1449-2012, 7 de diciembre de 2012..... p9
- 4. Competencia de la Jurisdicción Militar para conocer de delitos comunes cometidos por Carabineros de Chile en perjuicio de una persona civil.** Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 1745-2012, 18 de diciembre de 2012, Recurso de Apelación..... p11
- 5. Obligación de vacunación a menores de edad.** Corte Suprema, Rol 7074-2012 3 de septiembre de 2012, Recurso de Protección..... p14
- 6. Primera condena por el delito de trata de personas.** Cuarto Tribunal Oral en lo Penal, Rol único de la causa 1100440193-1, Rol Interno 199-2012, Viernes 7 de septiembre de 2012, Sentencia definitiva..... p17

### II. Ejercicio de derechos sin discriminación

---

- 7. Primera sentencia sobre la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación.** Tercer Juzgado Civil de Santiago, Rol 17314-2012, 5 de diciembre de 2012, Sentencia definitiva..... p20
- 8. Recurso contra la resolución adoptada por la Comisión Regional de Uso del Borde Costero de Los Lagos.** Corte Suprema, Rol 7544-2012, 14 de diciembre de 2012, Recurso de Protección..... p22

### III. Libertad de expresión y transparencia

---

- 9. El secreto profesional como límite al derecho al acceso a la información pública.** Corte Suprema, Rol 3.545-2012, 28 de noviembre de 2012, Recurso de Queja..... p25

### IV. Reseñas internacionales

---

- 10. Migrantes. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana.** Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de octubre de 2012..... p28
- 11. Fertilización in vitro.** Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de noviembre de 2012..... p28
- 12. Comunidad LGBTI y adopción.** "Catholic Care (Diocese of Leeds) Vs. Charity Commission for England and Wales". Reino Unido. Sentencia de 2 de noviembre de 2012..... p29

## I. Derechos civiles y políticos

**1. Acceso y resguardo de sitio ceremonial Huilliche.** Corte Suprema, Rol 3863-2012, 24 de septiembre de 2012, Recurso de Protección.

En julio de 2011 miembros de la Comunidad Mapuche Huilliche hicieron ocupación pacífica de un sector de Caramallín, localidad cercana a Valdivia en la que se encuentra un sitio sagrado de oración para esta etnia, denominado “Ngen Mapu Quintuante”, lugar conformado por un río y bosques de roble pellín, árboles protegidos por ley. En este espacio la comunidad mapuche realiza la rogativa a los *Ngen Mapu Quintuante* y *Quilen Wentru*, espíritus protectores que viven en este bosque sagrado. También existe un cementerio indígena, un *trayenko* (cascada o salto de agua de tipo ceremonial religioso) y un pantano de donde extraen plantas medicinales.

El dueño del terreno, alega los y las recurrentes, ha dificultado el acceso a este recinto, además de ser acusado de tala ilegal de árboles, por lo que verían violado su derecho a manifestar libremente sus creencias religiosas y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

En cuanto al derecho a la libertad de creencias, los/as afectados/as argumentan que los sitios ceremoniales mapuche son parte fundamental de su cultura y que es deber del Estado otorgar protección y velar por el respeto y promoción de las manifestaciones culturales –religiosas incluidas– de las comunidades indígenas. Lo anterior está respaldado por la ley indígena, así como por tratados internacionales de derechos humanos vigentes y vinculantes para Chile, especialmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

A su vez, se alega la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pues debido a la tala ilegal de las especies nativas del sitio religioso mapuche se afecta gravemente la relación cultural de este pueblo con su tierra, entendido medio ambiente como un “*sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia de la vida en sus múltiples manifestaciones*”, como se establece en el artículo 1º letra II de la Ley de Bases del Medio Ambiente.

Junto con las alegadas violaciones a sus derechos, la comunidad mapuche solicita libre acceso al predio con el fin de continuar desarrollando sus actividades religiosas.

El propietario del terreno, por su parte, alegó que el recurso de protección interpuesto por la comunidad tenía por propósito obtener beneficios económicos ya que el terreno ocupado ilegalmente es susceptible de inundaciones debido a la construcción de la central hidroeléctrica “Pilmaiquén”, por la que él percibirá una indemnización. Por otro lado, el recurso interpuesto intenta dar legitimidad a una ocupación ilegal de su propiedad.

Sostiene el recurrido que la tala del bosque no es tal pues los pocos árboles que derribó no pertenecen a un bosque sino a especies aisladas en una pradera que, por lo dañados que estaban, constituían una amenaza para personas y ganado. En relación a la petición de los/as recurrentes de que se les conceda libre acceso al predio para ejercer sus actividades religiosas, el propietario sostiene que esta no especifica con claridad el lugar al que se pretende acceder, y que tal imprecisión en un terreno de 12,75 hectáreas no es aceptable.

La Corte de Apelaciones de Valdivia acogió el recurso interpuesto por la comunidad huilliche solo en relación a la vulneración de la libertad de conciencia, la manifestación y el ejercicio libre de todos los cultos, ordenando el cese de la tala ilegal de árboles milenarios, así como permitir el libre acceso de los/as recurrentes al sitio sagrado para efectos de practicar sus ritos en época estival.

La sentencia fue apelada, siendo revocada por la Corte Suprema, argumentando principalmente que el deber de reconocimiento y protección de las manifestaciones culturales, establecido en el artículo 5° del Convenio 169 de la OIT, contempla el límite de que tal protección no se traduzca en desconocer derechos fundamentales y obligaciones reconocidas para el resto de los/as ciudadanos/as de un Estado.

Sostiene la Corte Suprema que los terrenos a los que la comunidad huilliche reclamaba acceso no han sido constituidos como tierras indígenas, según el artículo 12 de la Ley N° 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo Indígena.

Por otro lado, la Corte señala también que la denominada "ocupación pacífica" de los terrenos vulnera derechos preconstituidos del recurrido y tal conducta "(...) *no encuentra reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, pues no existe norma alguna en los mismos que habilite a conjunto alguno de persona para por sí mismos alterar y vulnerar derechos pre constituidos, pues aceptar ello es validar la autotutela, medio de resolución de conflictos relevantes jurídicamente proscrito en nuestro sistema jurídico procesal (Considerando Séptimo)*".

De tal modo, los/as recurrentes han actuado ilegal y arbitrariamente al ocupar la propiedad del recurrido. La Corte Suprema sostiene, sin embargo, que existen acciones y procedimientos específicamente designados para obtener el reconocimiento judicial de tierras indígenas, y que esta es la vía adecuada para lograrla, cuestión que para este caso no ha sucedido.

Una última consideración de la Corte Suprema es que la tala de árboles milenarios legalmente protegidos ha sido denunciada por la Corporación Nacional Forestal ante el Juzgado de Policía Local correspondiente, no siendo procedente conocer de dicho hecho por vía de este recurso de protección.

Tomando en consideración el recurso de protección interpuesto por la Comunidad Mapuche Huilliche, la Corte Suprema asume que se vulnera el legítimo derecho del propietario del terreno en cuanto a estimar ilegal la conducta de los/as recurrentes. Lo cierto es que la comunidad huilliche -se puede desprender de lo que informan a la Corte de Apelaciones de Valdivia- jamás tuvo la intención de ocupar definitivamente el terreno, sino que habría buscado "acceder" a él para practicar su culto.

El principal punto discutido en este caso no es la propiedad del predio sino la posibilidad de acceder a él por las comunidades huilliche, además de la necesidad de proteger la integridad del sitio religioso para que puedan realizar adecuadamente las ceremonias religiosas.

Es importante destacar, como lo ha sostenido Rodolfo Stavenhagen en el caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua<sup>1</sup>, que "*la tierra no (es) un simple instrumento de producción agrícola, sino (es) una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos*"<sup>2</sup>. Asimismo, la Corte

1. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Párr 83, (Pág 25)

2. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Párr 83, (Pág 25)

Interamericana en el caso Yakye Axa valoró la *"significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y trasmitirla a las generaciones futuras (...)"*<sup>3</sup>.

Si bien es posible que ciertos lugares ceremoniales estén bajo propiedad privada, en esos casos el Estado no deja de tener obligaciones para con las comunidades indígenas. El deber ineludible en la preservación de la cultura mapuche, emanado entre otros instrumentos del Convenio 169, exige que el Estado diseñe formas que permitan tanto el acceso y la preservación de sitios culturalmente significativos, por un lado, como que se respeten los derechos de privados no indígenas, por otro.

En este caso, si bien el propietario recurrido se podría ver afectado por el acceso frecuente a un determinado lugar dentro de su predio, esta afectación podría ser proporcional y justificable bajo la normativa internacional. En el caso Yakye Axa, por ejemplo, la Corte Interamericana ha establecido que *"cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos"*<sup>4</sup>. Así, si *"la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con (...) la Convención"*<sup>5</sup>.

Aunque es correcto afirmar que existen otros procesos especiales aplicables al caso concreto, como los mecanismos de reconocimiento de tierras indígenas, lo cierto es que acá existe una afectación de derechos de miembros de comunidades indígenas, siendo el recurso de protección la acción judicial idónea y efectiva para cautelarlos en el ordenamiento nacional. Se debe recordar que en el mismo caso Yakye Axa la Corte Interamericana sostiene que un recurso debe ser *"realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla"*<sup>6</sup>. En este caso, la sentencia que falla el recurso de protección no establece si existe una violación de derechos y no decreta ninguna medida tendiente a restaurar la alegada infracción, sino tan solo existe una referencia a que tales tierras no están declaradas formalmente como indígenas, sin analizar si materialmente son de relevancia para la comunidad recurrente.

De esta forma, es posible estimar que la decisión de la Corte Suprema no consideró adecuadamente el derecho a la libertad de culto y la libertad de conciencia de la comunidad huilliche al privilegiar la propiedad privada por sobre las pretensiones de acceso y no decretar medidas tendientes a la cautela de derechos.

Ver sentencia [aquí](#).

**2. Huelga de hambre de personas privadas de libertad.** Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1814-2012, 12 de octubre de 2012, Recurso de Protección.

El 13 de enero de 2012 dos miembros de la comunidad mapuche Wenté Winkul Mapu fueron condenados a más de 11 años de prisión por el delito de homicidio frustrado y porte ilegal de armas de fuego, por hechos ocurridos en noviembre de 2011, en el sector Chequenco, Ercilla. Sus condenas están siendo cumplidas en el Centro de Detención Preventiva de Angol. En protesta por tal decisión judicial, ambos condenados junto a otros dos integrantes de la comunidad también recluidos por estos hechos, iniciaron una huelga de hambre líquida el 27 de agosto de 2012.

3. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, Párr. 124.

4. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Párr. 144.

5. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Párr. 148.

6. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Párr. 61.

Luego de transcurridos 35 días de huelga de hambre, la Dirección Regional de Gendarmería de Chile, Región de la Araucanía, presentó ante la Corte de Apelaciones de Temuco un recurso de protección a favor de los comuneros en huelga, pidiendo a la Corte se declarase la arbitrariedad de tal conducta, y que tal acto pone en peligro su vida, además solicita la autorización para que, en caso de urgencia médica, Gendarmería pueda internar a los huelguistas en un centro hospitalario.

El viernes 12 de octubre la Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso de protección estableciendo que Gendarmería, en su deber de garante de la vida y salud de las personas privadas de libertad, está en la obligación de prestar atención médica y alimentación adecuadas y tiene legitimación activa para recurrir a favor de los prisioneros. Establece que la conducta de los huelguistas amenaza gravemente su vida e integridad física, y que la huelga constituye un acto arbitrario puesto que no existen razones que la justifiquen, e ilegal pues no está permitida por la ley.

Por lo tanto, la Corte autoriza a Gendarmería para que, en caso de ser necesario para la protección de la salud de los huelguistas, estos sean internados en un centro hospitalario, todo ello sin perjuicio del uso de las demás facultades que el reglamento del servicio de Gendarmería tiene para asegurar la alimentación de los internos, de forma tal de asegurarles sus vidas y su integridad física.

Se debe entender que la huelga de hambre es una medida desesperada que busca llamar la atención de las autoridades; en este caso busca la revisión de la situación particular de las personas privadas de libertad. Si se considera que el trasfondo de la medida de la huelga de hambre es la realización de una protesta o manifestación de ideas, se podría entender que estaría amparada bajo la libertad de conciencia y libertad de expresión. Sin embargo, de acuerdo al criterio de la Corte, esta huelga de hambre, por la misma naturaleza de su realización, también afectaría el derecho a la vida e integridad personal de quien la realiza.

Un conflicto de fondo en este caso es analizar la facultad que tiene una persona de renunciar o poner en riesgo su propia integridad personal con el fin de comunicar un mensaje que le es relevante. En otras palabras, en los hechos de este caso quienes perturbarían el derecho a la vida de los afectados son los mismos huelguistas, en pos de manifestarse.

Esta problemática jurídica se complejiza aún más ya que las personas que ponen en tensión sus propios derechos fundamentales están bajo la custodia del Estado cumpliendo una pena privativa de libertad.

La Corte Interamericana en el caso "Instituto de Reeducción del Menor" ha sostenido que "*(f)rente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia*"<sup>7</sup>. En este caso, una segunda problemática jurídica dice relación con cuál es el rol del Estado ante la decisión de una persona interna de renunciar a su integridad personal con el fin de expresarse, o en un sentido más general, cuánta autodeterminación tiene una persona bajo custodia del Estado.

Al abordar el primer conflicto sobre la capacidad de disposición de un derecho fundamental, existen diversas posibles respuestas. Una de ellas es concebir los derechos fundamentales justamente como derechos y no como obligaciones,

---

7. Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, Párr. 152.

por lo que nadie está obligado/a a vivir o a ejercer determinados derechos<sup>8</sup>. En ese sentido, una huelga de hambre o un suicidio cualquiera no podría ser considerado violatorio de la Constitución, o ser sancionado, si aquel acto es ejercido por una voluntad libre, sin coacciones. Otra alternativa es considerar que al Estado también le corresponde obligar a una determinada persona a vivir<sup>9</sup>. Siguiendo esta línea argumentativa, el Estado debería adoptar fuertes medidas positivas de subsistencia a la población obligada como parte del derecho a la vida.

En relación al segundo conflicto jurídico, que es sobre el grado de autonomía que gozan las personas en custodia del Estado, lo cierto es que poseen un menor grado de libertad que una persona en libertad pero en ningún momento pierden su condición de sujeto de derechos. La Corte Interamericana ha dicho que la relación especial del Estado debe estar orientada a "*(...) garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible*"<sup>10</sup>.

De esta forma y en base a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la respuesta a la pregunta sobre el grado de autonomía que deben tener los/as internos/as en un recinto, es aquella que es compatible para desarrollar una "vida digna". Por otra parte, el goce de derechos tiene que ser amplio, no pudiéndose restringir derechos inderogables o aquellos que no son consustanciales al régimen carcelario. Además, las medidas de garantía del Estado se refieren a brindar "*las condiciones necesarias*" y no a la obligación de que efectivamente sean tomadas.

Paralelo a la discusión anterior, que refiere a la procedencia jurídica de la huelga de hambre o su alimentación forzada, existe una discusión sobre la forma de realizar los procedimientos de alimentación forzada y el rol de los médicos y médicas.

Así, la Asociación Médica Mundial, en el caso de la huelga de hambre, ha declarado que "*En el caso de un prisionero que rechace alimentos y a quien el médico considera capaz de comprender racional y sanamente las consecuencias de dicho rechazo voluntario de alimentación, no deberá ser alimentado artificialmente*" (Declaración de Tokyo de 1975, párrafo 5). Por otra parte, la forma de la alimentación forzosa tiene que realizarse de manera tal que no constituya en sí tortura, o un trato cruel, inhumano o degradante<sup>11</sup>.

Es importante destacar una sentencia de la Corte Suprema de California de 1992<sup>12</sup> que al rechazar una acción similar a la intentada en este caso, sostiene que "*la intervención judicial del tipo solicitada tiende a denigrar el principio de*

8. Cfr. ALDUNATE, Eduardo. Derechos Fundamentales. Ed. LegalPublishing. 2008. Pág. 161. "Lo que protege la Constitución es al titular de un derecho frente a intromisiones en su ejercicio, pero no le impone una modalidad específica de este ejercicio. De esta manera, debe denunciarse como impropia y contraria a la vigencia de los derechos fundamentales un enfoque que pretende 'asegurar' ciertos derechos en contra de las decisiones sobre su ejercicio tomadas por sus propios titulares (...) Cualquiera que sea el derecho que se pretende proteger en contra del ejercicio de la libertad de su titular, la 'protección' significará una restricción de esa libertad. Por esta vía el individuo deja de ser señor del orden de sus prioridades éticas, y pasa a regir sobre ese orden el órgano estatal que decidirá sobre ellos (...). Ello implica que se priva a la persona de su facultad de autodeterminación ética, misma que es uno de (los) elementos constitutivos de la dignidad de la persona".

9. Este es el criterio de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile desde la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de agosto de 1984, en el denominado "caso del Párroco de San Roque" (RD), tomo 81, 1984). En dicho fallo se expresó que "*es de derecho natural que el derecho a la vida es el que tenemos a que nadie atente contra la nuestra pero de ningún modo consiste en que tengamos dominio sobre nuestra vida misma, en virtud del cual pudiéramos destruirla si quisiéramos sino la facultad de exigir de los otros la inviolabilidad de ella*" (cons. 10°).

10. Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay, Párr. 153.

11. Cfr. Situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo, Informe de la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Leila Zerrougui; del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy; del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak; de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Asma Jahangir; y del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, 2006, Párr. 54

12. Caso Thor v. Superior Court of Solano County. Pág. 23 y 24. Disponible en: <http://bit.ly/19BbVsu>

*autonomía personal” y que, a su vez, “las partes están de acuerdo que (el interno) es competente para tomar su decisión y es consciente de sus consecuencias. El expediente no justifica un interés estatal suficiente para sustituir el ejercicio de su derecho a la propia autodeterminación”.*

En la sentencia comentada el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Temuco se limitó a constatar un grave riesgo a la salud de los internos y la obligación de Gendarmería de ser garante de su salud, por lo que procedería la alimentación forzosa. No se consideró la autonomía de la persona de poder elegir la forma del goce de sus derechos; sí se consideró que existía una obligación de recibir cuidados.

**Ver sentencia aquí.**

**3. Integridad Personal de personas privadas de libertad.** Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 49-2012, 28 de noviembre de 2012, Recurso de Amparo. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 1449-2012, 7 de diciembre de 2012.

El 20 de noviembre de 2012 se interpusieron conjuntamente un recurso de Amparo y otro de Protección a favor de un grupo de reclusos del Centro Penitenciario de Antofagasta, con el objeto de detener apremios ilegítimos ejercidos por el personal de Gendarmería contra ellos.

El 15 de noviembre de 2012 personal de Gendarmería hizo un allanamiento del patio 1 del centro penitenciario, procediendo con fuerza irracional e innecesaria en contra de los recurrentes, quienes resultaron heridos producto de disparos de balines de gomas, uso de gas pimienta, golpes de bastón, puño y patadas. Las lesiones sufridas por los reclusos, dentro de las que se encuentran heridas abiertas de cráneo, inflamaciones e infecciones, no fueron debidamente atendidas.

En razón de los recursos interpuestos, un Juez de Garantía de Antofagasta se constituyó en el recinto penitenciario, constatando a través de entrevista personal el mal estado de los internos.

Gendarmería respondió alegando que efectivamente se había procedido con un allanamiento y registro del patio 1, pero que los internos de este sector, sin mediar provocación alguna, iniciaron los desórdenes atacando con armas hechizas al personal. La institución declara también que la finalidad del uso de las armas antidisturbios fue exclusivamente para vencer la resistencia de los internos a cumplir con las órdenes de los funcionarios penitenciarios. Finalmente agregan que los internos recibieron atención del servicio de salud del recinto de detención.

El 28 de noviembre la Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió el recurso de amparo declarando que, de las pruebas aportadas, se aprecia que no se produjeron hechos de violencia entre los reclusos que justificaran la violencia ejercida contra ellos.

Al fundar su decisión, la Corte de Apelaciones cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” que declara en sus párrafos 154 y 155, que:

*“La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden por ejemplo verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto*

*colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el derecho internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática. La restricción de otros derechos, por el contrario, como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso, no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a la privación de libertad (Considerando Séptimo)”.*

Finalmente, la Corte de Apelaciones concluye que, en primer lugar, no existió razón que ameritase el proceder de Gendarmería, es más, la manera de actuar de estos funcionarios constituye un atentado contra los derechos fundamentales de estas personas privadas de libertad, como son el derecho a la vida, la integridad personal y la seguridad individual, además de representar un actuar arbitrario y contrario a derecho de los agentes estatales.

En relación al Recurso de Protección interpuesto contra personal de Gendarmería por violencia desmedida e innecesaria con resultado de lesiones a los recurrentes, así como por la aplicación de castigos indebidos contrarios al reglamento penitenciario, la Corte de Apelaciones acogió también este recurso.

En la argumentación sobre el recurso de protección, se determinó por el acervo probatorio que no existió justificación para la dureza aplicada contra los reclusos, y que por tanto la conducta de los funcionarios penitenciarios constituyó una vulneración del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de los internos.

La Corte de Apelaciones razona además que *“el hecho de que los recurrentes se encuentren privados de libertad en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Antofagasta no los priva de sus derechos básicos establecidos en la Constitución Política de la República y en los compromisos internacionales asumidos por Chile, y tampoco autoriza a sus custodios a excederse en las medidas que adoptan en su contra cuando infringen las reglas establecidas para los recintos penitenciarios, debiendo ser el trato racional y la sanción proporcional a la infracción cometida (Considerando Noveno)”.*

Por lo dicho anteriormente, la Corte ordena a Gendarmería actuar dentro de la legalidad y re-instruir a sus funcionarios, si fuese necesario, en los procedimientos, manejo de situaciones y su relación con la población penal.

De las sentencias de amparo y protección antes señaladas se pueden extraer varios comentarios. Una primera apreciación es destacar la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como apoyo en la resolución de este tipo de acciones judiciales de tutela de derechos fundamentales.

Respecto a la aplicación directa por parte de la judicatura de estándares internacionales de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el caso *Almonacid Arellano con Chile*, ha venido desarrollado el llamado “control de convencionalidad”<sup>13</sup>, que significa en un primer sentido que el juez nacional debe “inaplicar” normas domésticas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, en un segundo sentido<sup>14</sup>, el “control de convencionalidad” se refiere a que la legislación nacional de un Estado debe interpretarse conforme a las prescripciones del Sistema Interamericano<sup>15</sup>.

13. Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, Párr. 124.

14. Una llamada vertiente débil del Control de Convencionalidad. Cfr. Pablo Contreras “Control de Convencionalidad Fuerte y Débil: Parte I Disponible en: <http://diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=188&idautor=100>

15. Cfr. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, Párr. 338.

Lo que la Corte de Apelaciones de Antofagasta realiza al incorporar estándares interamericanos es reforzar las garantías de las personas privadas de libertad, entendiendo que existen ciertos derechos inderogables aún para personas en custodia del Estado. Esta interpretación es concordante con el Reglamento Penitenciario que señala que las personas en calidad de reos tienen los mismos derechos que cualquier otro/a ciudadano/a de la República<sup>16</sup>.

Un segundo comentario a estas sentencias, vinculado con el reconocimiento de que las personas privadas de libertad poseen derechos fundamentales inderogables, es que la Corte de Apelaciones considera que no todo uso de la fuerza es tolerada, y que un uso desproporcionado de ella irreversiblemente tiene consecuencia en la vigencia de ciertos derechos.

En el caso "Penal Castro Castro"<sup>17</sup>, la Corte Interamericana entiende que el Estado tiene la facultad y la obligación "de garantizar la seguridad y mantener el orden público, en especial dentro de las cárceles, utilizando la fuerza si es necesario"<sup>18</sup> pero que, sin embargo, "El poder estatal no es ilimitado". Por tanto, todo uso de la fuerza debe realizarse "dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana"<sup>19</sup>.

La Corte de Apelaciones al reconocer la vigencia de ciertos derechos de los/as internos/as que no pueden ser limitados por el hecho de estar privados/as de libertad, está reconociendo que no todo uso de la fuerza es aceptable, y por tanto Gendarmería tiene que adecuar sus procedimientos y extremar sus prácticas para no incurrir en exceso de fuerza.

Con respecto al uso excesivo de la fuerza y el tratamiento de las personas privadas de libertad en general, son parámetros de actuación, además de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los "Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley"<sup>20</sup> y los "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"<sup>21</sup>, entre otros documentos.

Una última consideración en torno a este caso, que acentúa la necesidad de observar rigurosamente todas las medidas y hechos ocurridos en un recinto penitenciario, es entender que "el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia"<sup>22</sup>. De esta forma, es aún más grave el uso desproporcionado de la fuerza, ya que los/as mismos/as reclusos/as dependen completamente del Estado, estando en una situación de mayor vulnerabilidad y desprotección.

Ver sentencia [aquí](#).

**4. Competencia de la Jurisdicción Militar para conocer de delitos comunes cometidos por Carabineros de Chile en perjuicio de una persona civil.** Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 1745-2012, 18 de diciembre de 2012, Recurso de Apelación.

16. Decreto 518/1998 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

17. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

18. Caso Penal Castro Castro. Párr. 240.

19. Caso Penal Castro Castro. Párr. 240.

20. Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/fuerza.htm>

21. Adoptado por el Consejo Permanente de la OEA (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26) disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

22. Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, Párr. 188.

El 18 de diciembre de 2012 el Juzgado de Garantía de Puente Alto se declaró incompetente para resolver un caso que involucraba a integrantes Carabineros en servicio activo en el presunto delito de tormentos o apremios ilegítimos contra una civil, específicamente por su desnudamiento en el marco de una revisión personal. La resolución señaló que, dado que el delito fue cometido por funcionarios/as policiales en un recinto de Carabineros, tal asunto correspondía al conocimiento de la jurisdicción militar.

La Jueza de Garantía de Puente Alto argumentó que el caso presentado se encontraba dentro de las hipótesis previstas en el artículo 5 del Código de Justicia Militar. En tal artículo la jurisdicción militar establece su competencia para conocer sobre actos cometidos por militares, dentro de los que se encuentran Carabineros, quienes en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ello cometan actos delictivos. La jueza señaló además que las modificaciones hechas por la Ley N° 20.477 a la jurisdicción militar, que establece la prohibición de sujetar a tal jurisdicción a “civiles y menores de edad”, no altera en manera alguna su competencia para conocer causas sobre delitos comunes en los que figuren militares como imputados/as.

La decisión del Juzgado de Garantía fue apelada por la víctima del delito ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, ya que, entre otras razones, el procedimiento a iniciarse ante el Tribunal Militar no da las garantías mínimas de debido proceso, en razón de su carácter inquisitivo, secreto, y por la falta de independencia de sus jueces/juezas. Junto con lo anterior, las víctimas en general no tienen ninguna posibilidad de participar en un proceso militar ya que no son formalmente consideradas como intervinientes.

Por otra parte, se apela a la resolución del Juzgado de Garantía el que la aplicación literal y automática del artículo 5° del Código Militar implica infringir Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a los que el Estado de Chile está obligado.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso argumentando principalmente que la Ley N° 20.477, en su artículo 1°, al establecer la incompetencia de los tribunales militares para conocer de casos que involucren a “civiles y menores de edad”, no hizo distinción alguna sobre la calidad que debían detentar estos/as intervinientes civiles, pudiendo hacerlo en calidad de imputados/as u ofendidos/as por el delito, siendo en ambos casos competencia del tribunal ordinario.

El Tribunal, además, consideró la opinión que la Corte Suprema dio al informar sobre la Ley N° 20.477 señalando que *“en ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares, ni como imputados ni como ofendidos de un delito radicándose en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal, entendiéndose esta restricción desde el punto de vista del sujeto activo, ya que el inciso 2° del artículo 1° prescribe que civil es una persona que no reviste la calidad de militar, de acuerdo al artículo 6° del Código de Justicia Militar, que precisamente se refiere a quienes pueden ser sujetos activos de delitos militares. En cambio, nada señala sobre las cualidades de la víctima para determinar la competencia de los juzgados castrenses, sin perjuicio que desde una interpretación extensiva se considere que en la expresión “civiles” quedan considerados quienes tienen la calidad de víctimas del delito (Considerando Noveno)”*.

La sentencia acá señalada es extremadamente relevante y constituye una importante decisión de una Corte Superior de Justicia sobre el tema de la Jurisdicción Militar, que sigue lo prescrito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia asentada.

Dicha jurisprudencia ha sido consistente en ordenar a los Estados que la jurisdicción militar tenga un alcance restrictivo o que directamente desaparezca en tiempos de paz<sup>23</sup>.

En el caso Palamara contra Chile, la Corte Interamericana tuvo la oportunidad de referirse concretamente a la jurisdicción militar chilena en tiempos de paz. Así, una primera consideración de la Corte con respecto a esta justicia dice relación con que la jurisdicción militar debe observar las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención<sup>24</sup>, especialmente aquella prescripción del derecho a un juez competente, independiente e imparcial.

La garantía del juez competente implica *"el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos (...)"*<sup>25</sup>; en otras palabras, la jurisdicción ordinaria siempre será el fuero donde se juzgarán todos los casos, por regla general. En esta perspectiva, la jurisdicción militar es una excepción a la regla de competencia de la jurisdicción ordinaria, por lo que las razones de su aplicación deben estar estrictamente acotadas a su finalidad y particular configuración. No es posible que la justicia militar invada esferas de actuación de la justicia ordinaria, ni tampoco que la justicia militar tenga una competencia amplia para conocer de casos que no se ajustan a su objetivo en una sociedad democrática.

Sobre la finalidad y objetivo de la existencia de la jurisdicción militar, la Corte Interamericana ha dicho que esta existe específicamente para *"juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar"*<sup>26</sup>.

De esta forma, un proceso militar compatible con la Convención Americana y respetuoso de la garantía de juez competente, debe referirse siempre a delitos militares cometidos por militares. Es decir, en base a "Palamara", para que opere la justicia militar deben darse dos requisitos concurrentes: uno, que los delitos a investigar vulneren bienes jurídicos castrenses; y dos, que los sujetos participantes en el proceso –víctima e imputado/a– ostenten todos/as la calidad de militares. Si alguno de estos requisitos no se verifica, debe operar la jurisdicción ordinaria.

En el caso comentado, el delito objeto de la investigación criminal es el delito de tormentos o apremios ilegítimos establecido en el artículo 150-A del Código Penal, que sin lugar a dudas reviste una infracción a un bien jurídico común, como lo es la integridad personal. No se vislumbra cómo el delito de tormento puede ser catalogado como una infracción a bienes jurídicos propios del orden castrense, por lo que no se verifica el primer requisito establecido en Palamara.

Por otro lado, las partes en este procedimiento no son militares, sino que la víctima ostenta la calidad de civil, por lo que no se verifica el segundo requisito, que es que la justicia castrense opera solamente sobre partes militares.

Hay que destacar que el Código de Justicia Militar chileno establece la facultad de juzgar a civiles en calidad de imputados/as y no contiene una delimitación de su materia que solo incluya delitos de carácter militar. Lo anterior, entre otras cosas, lleva a que la sentencia en el caso Palamara todavía no se encuentre cumplida por el Estado de Chile. En la

23. Por ejemplo, Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, Párr. 112 y siguientes.

24. Cfr. Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, Párr. 124.

25. Cfr. Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, Párr. 125.

26. Cfr. Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, Párr. 124.

última sentencia de supervisión de cumplimiento de 2011<sup>27</sup>, la Corte Interamericana volvió a solicitar a Chile la reforma completa de la jurisdicción militar o su derogación en tiempo de paz.

Si bien el problema de la jurisdicción militar en Chile es un problema tanto de interpretación judicial como de deficiencia legal, en el caso comentado se puede ver que la Corte de Apelaciones de San Miguel, utilizando las herramientas jurídicas disponibles y con un camino argumentativo diferente, cumplió a cabalidad con el sentido de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En concreto, lo que realiza la Corte de Apelaciones de San Miguel es entrar a la determinación de la competencia castrense a través del segundo requisito explicitado en Palamara sobre la participación de civiles en dichos juicios militares. Así, en la sentencia se argumentó que la ley vigente puede ser interpretada para excluir completamente a los/as civiles de los juzgados militares, lo que es un argumento extremadamente útil para otros casos de civiles violentados/as por militares, especialmente quienes puedan denunciar delitos que pudieren ser cometidos por personal de Carabineros en el contexto de labores de orden público.

**Ver sentencia aquí.**

**5. Obligación de vacunación a menores de edad.** Corte Suprema, Rol 7074-2012 3 de septiembre de 2012, Recurso de Protección.

La Corte Suprema confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción que autoriza al Servicio de Salud de Talcahuano para proceder a la vacunación de una niña en contra de la voluntad de su madre, pudiendo tal organismo recurrir al auxilio de la fuerza pública en caso de oposición.

El Servicio de Salud de Talcahuano interpuso un recurso de protección a favor de una niña (lactante de 5 meses), a la que su madre no ha permitido administrar las vacunas correspondientes a recién nacidos/as del programa de vacunación del Ministerio de Salud. La negativa para la vacunación se sustenta en que la niña es "sana".

El Servicio de Salud argumenta en su recurso que el Ministerio de Salud ha dispuesto la vacunación obligatoria para toda la población infantil con el objeto de evitar morbilidad, discapacidad y muertes; por lo tanto, la actuación de la madre al no permitir la vacunación de su hija habría atentado contra el derecho a la vida de la niña, la seguridad pública y los preceptos legales vigentes. Por esta razón se solicita a la Corte ordene la vacunación con el auxilio de la fuerza pública si fuese necesario.

La madre de la niña declaró que ella tiene el derecho a negarse a que su hija sea inoculada con sustancias tóxicas y perjudiciales. Añade que ha solicitado al Ministerio de Salud se le informe sobre el contenido de tales vacunas, y a su vez sea certificada su inocuidad, pero no ha recibido respuesta alguna. La madre considera que las vacunas afectan el sistema inmune gravemente, que causan alergias y que existe evidencia de daño cerebral e incluso muerte producto de su aplicación.

---

27. Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 01 de julio de 2011.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso estableciendo que es un imperativo para los servicios de salud pública velar por la salud y la vida de las personas, aún contra la voluntad de estas o su familia, imperativo que nace del derecho fundamental a la vida y la integridad física y psíquica de la persona consagrado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política.

La Corte hace presente que la Convención sobre los Derechos del Niño establece el deber de los Estados Partes de velar por la protección y el cuidado necesarios para el bienestar de los menores, adoptando para ello todas las medidas legislativas y administrativas que se precisen. Agrega el tribunal que: *"El artículo 24 N°1 de la misma Convención, expresa que 'los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.' En el N°2 de este mismo artículo señala que se 'adoptarán medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;...'; 'c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud...' (Considerando Octavo)"*.

Finalmente la Corte señala que la negativa de la madre a vacunar a su hija es ilegal pues contraviene el decreto exento N°6 de 2010, que establece la obligatoriedad del programa de vacunación para niñas y niños. Por otro lado, que tal actitud es arbitraria pues la negativa obedece a la sola voluntad o capricho de la recurrida.

El fallo que acoge el recurso de protección fue apelado por la madre ante la Corte Suprema, quien confirmó la sentencia con el voto disidente de uno de los jueces.

El voto disidente considera que la negativa de la madre a vacunar a su hija no aparece como un mero capricho, pues su pretensión es evitar que la menor, una niña sana, sea inyectada con sustancias tóxicas y perjudiciales. Consta que la madre ha solicitado información al Ministerio de Salud que pruebe la inocuidad de la vacuna, no recibiendo respuesta.

El juez disidente pondera también la efectividad de la vulneración del derecho a la salud y la vida de la menor puesto que es una niña sana, y el que no se vacune no implica necesariamente que adquiera determinadas enfermedades. Considera también el Ministro que el Estado debe reflexionar y establecer que solo corresponde imponer coactivamente conductas en contra de la voluntad de las personas cuando existe un bien superior a su libertad individual en riesgo, situación no verificada en este caso<sup>28</sup>.

Finalmente se expone en la disidencia: *"Que indirectamente la recurrida está haciendo uso del derecho a ser informada de una acción que tiende a preservar la salud, ejerce y reclama transparencia y publicidad a una autoridad determinada, respecto de hechos y circunstancia precisas, sin que dicha autoridad cumpla con su deber de entregar lo requerido (Considerando Quinto, Voto Disidente)"*.

Estas sentencias plantean una problemática compleja, como es evaluar cuándo la libertad personal puede ser suplantada por una decisión estatal e incluso ser impuesta por la fuerza. Se trata de una situación que se torna aún más delicada cuando hay niños/as involucrados/as.

En Argentina un caso similar hizo que la Suprema Corte de Justicia se pronunciara sobre la legitimidad que tienen padres y madres sobre la decisión de no vacunar a sus hijos o hijas. Al respecto, se señala en la sentencia que si bien el Estado

28. *Ibid.*, cfr. considerando cuarto.

no puede violentar el principio de autodeterminación personal y familiar que consagra la Constitución Política argentina, el "*ejercicio de la potestad parental no es absoluto sino que encuentra como límite el interés superior del niño*"<sup>29</sup>, principio consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Se señala en ese fallo también que el principio de autodeterminación afecta también el interés familiar en cuanto determinación y forma de crianza, pero este principio no es absoluto y debe tener presente siempre el interés colectivo.

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia argentina apunta justamente a lo central de este problema, ya que por un lado se pone el evidente principio de autodeterminación personal, pero por el otro el interés superior del niño, que el Estado debe cautelar.

El interés superior del niño y de la niña, en base a la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye un parámetro de protección de los derechos y medidas que involucran a menores de edad, estableciendo por ejemplo que los órganos del Estado deben orientar sus políticas a cautelar el interés superior del niño y la niña.

La Corte Interamericana entiende el concepto de interés superior del niño y la niña como un "*principio regulador de la normativa de los derechos del niño (que) se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño*"<sup>30</sup>. En el caso Atala Riffo<sup>31</sup>, la Corte considera además este principio como un objetivo legítimo e imperioso de actuación estatal. En otras palabras, el Estado puede justificar sus medidas amparándose en que dichas actuaciones persiguen una finalidad de protección a la niñez.

Relacionado con lo anterior, se debe tener en cuenta que la Corte Interamericana establece que la restricción de derechos establecidos en la Convención Americana tiene que cumplir tres requisitos fundamentales: dicha restricción debe estar establecida por ley, debe perseguir un objetivo legítimo, y debe ser idónea, necesaria y proporcional<sup>32</sup>. El interés superior del niño y la niña, junto con lo anterior y en base a Atala, puede ser utilizado como un objetivo legítimo, y por lo tanto restringir derechos convencionales.

De esta forma, el marco determinado por la Suprema Corte Argentina es perfectamente concordante con lo desarrollado por la Corte Interamericana, en el sentido que cuando existen niños/as que requieren protección, tal protección inspirada en su interés superior puede restringir derechos, y por tanto, intervenir en la autodeterminación familiar si es que las razones del caso lo ameritan.

En el caso comentado, adoptando el modelo propuesto, se debió analizar cuál era la finalidad que buscaba el Servicio de Salud de Talcahuano en la vacunación obligatoria: la protección de la niña. Determinado esto, se debe analizar si la medida —la vacunación obligatoria— es idónea para la finalidad de su protección; posteriormente hay que evaluar si la medida solicitada es necesaria, o sea, que no existan otras medidas menos lesivas que cumplan la misma finalidad. Por último, la vacunación obligatoria tiene que ser proporcional, es decir, que la imposición de la medida genera más beneficios que perjuicios.

29. Expediente Letra N, N° 157, Tomo 46, año 2010, Suprema Corte de Justicia Argentina. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=692136>

30. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, Párr. 56.

31. Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párr. 108.

32. Cfr. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, Párr. 93.

Con el marco fáctico del caso se podría decir que la imposición de vacunación obligatoria es compatible con los derechos humanos; sin embargo, si se pudiera probar que existen medidas alternativas menos lesivas o si existen estudios médicos que prueben daños graves a la salud, probablemente la imposición podría ser ilícita desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales.

Ver [sentencia aquí](#).

**6. Primera condena por el delito de trata de personas.** Cuarto Tribunal Oral en lo Penal, Rol único de la causa 1100440193-1, Rol Interno 199-2012, Viernes 7 de septiembre de 2012. Sentencia definitiva.

El Cuarto Tribunal Oral de Santiago dictó sentencia en contra de cuatro imputados/as por el denominado caso “Trata de Blancas”, que involucró delitos por asociación ilícita para la trata y tráfico de personas con fines de explotación sexual.

El fallo constituye la primera sentencia en la que se aplica la Ley N° 20.507 sobre Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de Personas, que modificó el Código Penal, tipificando delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, y estableció normas para su prevención y más efectiva persecución criminal.

Según los hechos recabados en la investigación, desde aproximadamente abril de 2011 hasta mayo de 2012, mujeres extranjeras eran contactadas desde su país de origen (República Dominicana) y luego ingresadas a Chile bajo promesa falsa de trabajo por una asociación ilícita que organizaba la llegada, recepción y distribución a otras regiones de Chile (San Antonio y Concepción). Luego eran obligadas a ejercer la prostitución. Las víctimas eran vigiladas, amenazadas y encerradas bajo llave con el objeto de someterlas a la voluntad de esta asociación.

Esta organización fue desmantelada a mediados de 2012 por el OS-9 de Carabineros, concluyendo el operativo con 14 personas detenidas de las cuales 5 fueron imputadas y 4 de ellas condenadas.

El Ministerio del Interior, parte querellante, expresó en el juicio que: “(...) *la trata de personas es un fenómeno complejo, que incluye una denegación de derechos humanos de las víctimas y que constituye un mercado altamente lucrativo que moviliza 32 mil millones de dólares al año, afectando a 161 Estados y a un estimado de 12,3 millones de personas víctimas al año a nivel mundial. Este delito posee una expresión tanto nacional como internacional y se manifiesta tanto de una forma de explotación laboral (trabajo forzado), explotación sexual comercial o de extracción de órganos. En estos delitos las víctimas son captadas manipulando el deseo de mejorar su calidad de vida, aprovechándose los autores de aquellos factores de vulnerabilidad como pobreza, desprotección, abandono o ausencia de redes, para profundizar aún más su situación mediante el traslado y desarraigo total de las víctimas con la sola mira de un beneficio personal o inherente al negocio. De esta manera la víctima es en definitiva despojada de su dignidad, libertad y autodeterminación. Las organizaciones tras los delitos de trata constituyen una modalidad de crimen organizado, altamente redituables, con gran movilidad de las personas, compartimentación de funciones y una interesante relación oferta-demanda (...)* (Considerando Segundo)”.

A su vez, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, también como parte querellante manifestó: “(...) *La trata de personas es un crimen internacional grave que viola los derechos humanos, se ha constituido en el ilícito económico ilegal más importante de los últimos años, que generó 32 millones de dólares al año. El derecho internacional ha manifestado su preocupación desde la Declaración Universal De Los Derechos Del Hombre pasando por la Convención de Derechos del*

*Niño y la eliminación de toda forma de discriminación de la mujer, entre otras. De esto se deriva para el Estado, el deber de velar para que en cada legislación interna se haga castigar este delito, lo que se hace a través de la ley 20.507. (...). (Considerando Segundo)".*

Por su parte, la defensa basó sus alegatos en la imposibilidad de demostrar la existencia de una asociación ilícita, sistemática y estructurada jerárquicamente entre las personas imputadas pues estas no se conocieron sino hasta el control de detención. Con respecto al delito de trata de personas, este no existiría puesto que las presuntas víctimas actuaron por voluntad propia, disponiendo de su libertad sexual. Sin embargo, ante las exposiciones y pruebas ofrecidas en juicio el Tribunal Oral en lo Penal condenó a cuatro de los/as cinco imputados/as por diversos delitos.

En relación al delito de asociación ilícita, el Tribunal expresó que el bien jurídico vulnerado es "(...) *el propio poder del Estado, esto es, se compromete su primacía jurídica como institución jurídica y política por la mera existencia de una organización o institución que posee fines ilícitos, bien que con el actuar de los acusados se ve afectado* (Considerando Décimo)".

Respecto del delito de trata de personas el Tribunal declara que "*Este tipo penal parte de una modificación legal que pretende armonizar el derecho chileno con la normativa internacional sobre trata y tráfico de personas, suscrita por Chile, a saber, la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire, y para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, en donde se pretende reprimir la existencia de organizaciones criminales y a la afectación grave de bienes jurídicos vinculados a la dignidad humana, lo que transforma a este delito en pluriofensivo, por la multiplicidad de bienes jurídicos que protege, entre otros la vida e integridad, libertad y seguridad personal y libertad sexual y de trabajo*".

Con lo anterior, la causa en comento dice relación con una serie de vulneraciones a los derechos humanos, vulneraciones por lo demás sistemáticas y reiteradas, en cuanto a constituirse -como se estableció en juicio- una asociación ilícita entre los y las participantes de esta verdadera red criminal.

El Estado de Chile al ratificar el año 2004 el "*Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*", comenzó a reforzar la persecución y la investigación de esta forma especial de fenómeno delictual. El artículo 3° a) de dicho cuerpo legal internacional establece que la trata de personas es "*la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*". Por tanto, la acción realizada por los/as imputados/as se encuadra perfectamente en la tipificación que hace el Protocolo Internacional respecto de este delito.

La defensa de las personas acusadas señaló entre sus argumentos que las víctimas habían accedido a la prostitución por voluntad propia y que, por lo tanto, no se configuraría el ilícito de trata de personas. Lo cierto es que, de los hechos del

caso, no se podría sostener que el consentimiento prestado en esta situación se encuentre libremente adoptado, todo lo contrario, fue posible concluir que existía una estructura de control y presión para que las víctimas de trata no pudieran fácilmente renunciar a dicho oficio. Complementando lo anterior, el artículo 3° b) del Protocolo estima que cualquier consentimiento prestado bajo las hipótesis de la letra a) del mismo artículo, no se entenderá prestado en total libertad de elección por parte de la víctima.

De los hechos del caso se desprende con claridad que se está frente al ilícito de trata de personas toda vez que las víctimas fueron presionadas para ejercer la prostitución con un consentimiento que no fue libre ni espontáneo. El engaño y las posteriores amenazas constituyen inequívocamente una fuerza irresistible a la que las víctimas no pueden sino someterse, coartando su libertad y, por tanto, viciando el consentimiento.

Junto con la determinación del delito de trata y asociación ilícita, el Tribunal también consideró cometido el delito de tráfico de personas. Si bien "tráfico" puede ser sinónimo de "trata" en el lenguaje cotidiano, para efectos de la normativa nacional e internacional constituyen prácticas muy diferentes. Mientras que la trata se refiere a situaciones de privación de libertad con fines de explotación cercanas a la esclavitud, el tráfico de personas dice relación con prácticas o actividades de ingreso ilegal y clandestino de migrantes a un país determinado.

El tráfico y la trata, si bien difieren, generalmente están íntimamente ligados ya que muchas veces personas que viajan en rutas con traficantes de personas pueden convertirse en víctimas de trata en el transcurso de estos ingresos ilegales. Las personas que contratan servicios de tráfico y que tienen la suerte de no caer en redes de trata están permanentemente en una condición de gran vulnerabilidad ya que se convierten en indocumentados/as en el país al cual ingresaron. Los/as indocumentados/as en muchos países de la región no gozan de garantía efectiva de sus derechos, sufren discriminación o sanciones y expulsiones sin las debidas garantías.

Sobre las personas indocumentadas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>33</sup> ha entendido que estas se encuentran en una situación de desigualdad legal con respecto a las personas nacionales; así como también ante una desigualdad de hecho que refleja desigualdades estructurales reforzadas por prejuicios étnicos, xenófobos o racistas.

En vista de lo analizado, la sentencia comentada es un gran paso para la protección de los derechos humanos, tanto para la penalización directa de prácticas inadmisibles en un Estado de Derecho como para el desincentivo de estas actividades por parte de grupos organizados de trata y tráfico de personas.

**Ver sentencia [aquí](#).**

---

33. Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, Pág. 134.

## II. Ejercicio de derechos sin discriminación

**7. Primera sentencia sobre la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación.** Tercer Juzgado Civil de Santiago, Rol 17314-2012, 5 de diciembre de 2012.

El Tercer Juzgado Civil de Santiago aplicó por primera vez la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación en una sentencia que condenó a un motel de Santiago por discriminar arbitrariamente a una pareja lesbiana al negarles servicio exclusivamente en base a su orientación sexual.

Los hechos del caso datan de julio de 2012 cuando la parte demandante, una pareja lesbiana, concurrió al Motel "Marín 014" para contratar servicio de habitación. Sin embargo, la administración del establecimiento se negó bajo el pretexto de no contar con disponibilidad, a pesar de que otras parejas que arribaban eran prontamente acomodadas en el establecimiento. Ante esta situación las jóvenes pidieron explicaciones al guardia del lugar, quien les manifestó que "*por políticas de la empresa no pueden ingresar por ser ustedes*". Frente a esta respuesta la pareja pidió acceder al libro de reclamos y hablar con el encargado del local, pero nada de esto les fue permitido, pidiéndoles además retirarse del lugar. Luego de este incidente, las jóvenes utilizando el mecanismo contemplado en la llamada "Ley Zamudio" presentaron una acción por discriminación arbitraria en contra del motel, representadas por un abogado del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH).

En el juicio, la representación legal del motel negó las acusaciones alegando que en ningún momento se dejó de atender a la pareja y que esta decidió voluntariamente dejar el establecimiento alegando discriminación, no siendo esto verdadero puesto que el tipo de habitación que ellas requerían no estaba disponible al momento de sucederse los hechos. La parte demandada niega también que el guardia haya hecho declaraciones del tipo que las demandantes afirman. El motel sostiene que sus instalaciones han procurado siempre satisfacer las necesidades de los clientes, que desde siempre ha sido pre eminentemente heterosexual, y que el acondicionamiento de sus servicios está dirigido precisamente a ese tipo de clientela, siendo esta conducta lícita ante la Constitución (citando el Art 19 n° 21) y la ley antidiscriminación (citando el artículo 2°) que amparan el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica. No obstante lo anterior, el establecimiento permitiría el ingreso de parejas homosexuales.

El Tercer Juzgado de Letras, luego de apreciar las pruebas y antes de pronunciarse sobre el fondo acogiendo la demanda, recordó las razones de la aceleración del proyecto, posterior promulgación y publicación de la ley que habilita una acción específica contra actos discriminatorios hacia personas por motivos de religión, orientación sexual, raza, apariencia u otros motivos prohibidos, y permite a los tribunales sancionar este tipo de actos. Tales razones se relacionan con el ataque homofóbico y posterior muerte de Daniel Zamudio.

El Tribunal también resaltó que el hecho de sancionar la discriminación no solo está respaldada en la Constitución y la Ley N° 20.609, sino que además "*(...) en diversos Tratados Internacionales, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, entre ellos, la Convención Americana de los Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de la Organización de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la Organización de Naciones Unidas, la Convención sobre la*

*Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas, entre mucho otros (Considerando Duodécimo)".*

De esta forma, el Juzgado establece que el Motel "Marín 014" incurrió en una discriminación arbitraria puesto que no se aprecia en su conducta excluyente contra parejas homosexuales, razonabilidad ni justificación alguna en relación al giro de la sociedad. Además, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica establecida en la Constitución, debe respetar siempre las normas legales que la regulen.

Profundiza el Tribunal expresando que "(...) el permitir el acceso sólo a parejas heterosexuales (...) importaría avalar constantes actos de discriminación, consistentes, por ejemplo, que en un restaurante o en una sala de cine, no se permitiera el ingreso de parejas homosexuales, lo que repugna al principio de igualdad ante la ley y la necesaria tolerancia y aceptación que deben existir entre los seres humanos (...). (Considerando Decimonoveno)".

Finaliza el Tribunal sus razonamientos disponiendo que en lo sucesivo la parte demandada no podrá prohibir ni restringir el ingreso de parejas basándose en su orientación sexual, aplicando además una multa a beneficio fiscal.

Para el análisis de este caso se debe recordar que, como se señaló en la misma sentencia comentada, la ley antidiscriminación fue producto del impacto y el debate posterior que se generó luego de la brutal golpiza que recibió Daniel Zamudio por su orientación sexual, que finalmente le costaría la vida. La Ley N° 20.609 constituye un avance significativo en la protección de toda persona contra diferentes tipos de discriminación, aunque, como toda legislación, es una normativa que puede ser perfeccionada<sup>34</sup>. Con todo, este caso tiene una gran relevancia ya que es el primer caso que utiliza el mecanismo de la "Ley Zamudio" y logra una condena contra una entidad que realiza un acto de discriminación arbitraria.

"Discriminación arbitraria", para efectos de la Ley N° 20.609, está definida en su artículo 2° y refiere a toda distinción, exclusión o restricción en los derechos fundamentales que no cuente con una justificación razonable. Por otra parte, la ley contempla categorías prohibidas de distinción que no son otra cosa que fuertes presunciones de discriminación arbitraria. En otras palabras, si un Estado basa una distinción de trato en base a dichas categorías prohibidas, existe una fuerte presunción que dicha distinción es una vulneración a la igualdad y la no discriminación.

Las categorías prohibidas o sospechosas<sup>35</sup> que contempla la ley antidiscriminación constituyen un catálogo amplio que excede incluso el establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se debe señalar que la Constitución Política de Chile en su artículo 19 N° 2 consagra la igualdad ante la ley excluyendo toda clase de discriminación arbitraria, pero no contempla categorías prohibidas explícitas, aunque a nivel constitucional se pueden tomar aquellas desarrolladas por la Convención Americana por aplicación del artículo 5° inciso 2 de la Constitución.

34. Sobre esto, el INDH, en su Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile (Capítulo 6, Pág. 111), ha dicho, entre otras cosas, que "La nueva legislación presenta desafíos evidentes y ausencias que serán necesarios subsanar en el futuro. Respecto de los primeros, destaca el conflicto entre derechos que plantea la norma al considerar razonables las distinciones, exclusiones o restricciones discriminatorias si se justifica haber actuado en ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial aquellos contenidos en los números 4, 6, 11, 12, 15, 16 y 21 del artículo 19 de la Constitución. Al respecto, el INDH expresó en el debate parlamentario que en la eventualidad que ante un acto discriminatorio se alegue colisión de derechos, es tarea del juez ponderar en el caso concreto si hay o no discriminación. No es posible para el legislador decidir en abstracto y a todo evento qué situaciones no se entenderán como discriminatorias. La ponderación debe darse en pie de igualdad entre derechos y no estableciendo una ventaja normativa a favor de uno de ellos. Caso contrario, la apelación a conflictos de derechos conllevará ubicar el principio de igualdad y no discriminación en un estatus inferior al de otras garantías constitucionales. Este escenario requerirá del esfuerzo de jueces y juezas por incorporar en sus consideraciones y sentencias los estándares internacionales de derechos humanos en la materia".

35. Cfr. Patricia Palacios. La No Discriminación. pag. 36. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/7.pdf>

Con respecto al caso, la categoría sospechosa utilizada fue claramente la orientación sexual de las clientas, lo que fue determinante para la negativa de prestar el servicio de hotelería. De esta forma, dicha actitud tuvo una carga fuerte de ilicitud y alteró la carga de la prueba hacia el demandado en el sentido de que tuvo que justificar y argumentar que la distinción era compatible con la legislación nacional. Sin embargo, como se ve en el fallo, la argumentación no logró convencer al juez y primó la consideración de que fue una discriminación arbitraria.

Aun cuando esta sentencia es extremadamente relevante, se necesitan otras medidas contra la discriminación, sobre todo medidas positivas, preventivas y educativas en torno al respeto de la igualdad. En este sentido, en el Informe Anual 2012 del INDH se ha señalado que *"(l)a erradicación de la discriminación no se agota con la existencia de esta ley, menos aún si esta solo pone el acento en la sanción judicial de los actos discriminatorios. Se requerirá del Estado una acción sostenida para transformar –a través de campañas de bien público y otras modalidades– las construcciones culturales que están en la base de los discursos y conductas discriminatorias, así como el desarrollo de procesos de formación hacia funcionarios/as públicas, y el continuo mejoramiento de los procesos educativos en todos sus niveles, que aborden la cuestión de la igualdad y la no discriminación"*<sup>36</sup>.

[Ver sentencia aquí.](#)

## **8. Recurso contra la resolución adoptada por la Comisión Regional de Uso del Borde Costero de Los Lagos.** Corte Suprema, Rol 7544-2012, 14 de diciembre de 2012, Recurso de Protección.

La Corte Suprema acogió un recurso de protección presentado por la comunidad mapuche huilliche Folil Trincao, en contra de la resolución tomada por la Comisión Regional de Uso del Borde Costero (CRUBC) de Los Lagos, en sesiones de 16 abril y 19 de junio del año 2012.

Los hechos del caso se sitúan en junio de 2010, cuando la comunidad mapuche huilliche Folil Trincao, ubicada en Quellón, presentó una solicitud de Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios (ECMPO) ante la Subsecretaría de Pesca, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 20.249. Siguiendo la tramitación correspondiente, la solicitud fue sometida a votación ante la Comisión Regional de Uso de Borde Costero, en adelante CRUBC, que la rechazó por no incluir en la petición datos sobre terreno de playa. Ante esta situación, la comunidad subsanó las observaciones hechas a la solicitud y el 25 de abril de 2012 presentó el respectivo recurso de reclamación (artículo 8 de la Ley N° 20.249).

En sesión extraordinaria del 19 junio de 2012, la CRUBC decidió una vez más rechazar la solicitud, aprobando solo 3 de los 10 espacios solicitados, desconociendo con esto los derechos de la comunidad planteados en la solicitud, luego del trabajo de más de 3 años llevado a cabo por la CONADI que acreditó a cabalidad el uso consuetudinario de los espacios costeros solicitados, requisito principal exigido por la ley para su concesión.

Bajo esta circunstancia la comunidad presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt por la conducta arbitraria de la CRUBC al desconocer sus derechos, la vulneración de la propia Ley N° 20.249, así como la infracción del Convenio 169 de la OIT, *"(. . .) al desconocer las responsabilidades del Estado Chileno en el cumplimiento del mismo, ya que al entrar en vigencia asumió el deber de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y de garantizar el respeto de su integridad. Asimismo dispone el derecho de los pueblos indígenas y tribales a que se les tome debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario"*.

36. INDH. Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Pág. 113.

El CRUBC alegó que el acto administrativo por el cual se negó parcialmente la solicitud a la comunidad no ha sido arbitrario o ilegal ya que la Comisión actuó en ejercicio de las facultades que la propia ley le confiere. Señalan que la comunidad no pudo acreditar razonablemente la necesidad de la gran extensión del área solicitada. Asimismo, la parte recurrida manifiesta, además "*(...) En cumplimiento de la Política Nacional del Uso del Borde Costero, es deber de la Comisión procurar la compatibilidad de todos los usos posibles del borde costero, estimando en este contexto que la potencial expansión urbana de Quellón, era un aspecto sustancial en la evaluación de la extensión del área total de la solicitud en cuestión*".

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechazó el recurso interpuesto sobre la base de que la resolución exenta emitida por el CRUBC tuvo un procedimiento previo, legalmente tramitado, en que se cumplieron cada uno de los requisitos establecidos en la ley, por lo que este acto es legal.

La Corte considera, por otra parte, que la recurrida no ha tenido una actuación arbitraria, pues analizó, discutió y propuso modificaciones a la solicitud hecha por la comunidad antes de proceder a votar la decisión, gozando de este modo tal decisión de fundamento.

La comunidad apeló dicho fallo ante la Corte Suprema, que lo acogió, declarando que los antecedentes considerados por el CRUBC al momento de votar el rechazo parcial de la solicitud hecha por la comunidad huilliche Folil Trincao, fueron cartas de la Municipalidad y un oficio ordinario del SEREMI de Vivienda y Urbanismo que trataban sobre un proyecto de modificación del Plan Regulador de la Comuna de Quellón. Dicho plan expandiría el límite urbano e incluiría sectores que son parte de la solicitud hecha por esta comunidad, no siendo tales antecedentes aquellos que la ley ha previsto ponderar, alejándose de esta manera del respeto al principio de legalidad consagrados en la Constitución.

Producto de lo anterior, las motivaciones para el rechazo de la solicitud son inválidas y carecen de fundamento, siendo este último elemento una exigencia impuesta por el principio de juridicidad de los actos de los órganos públicos.

La Corte Suprema declaró al respecto "*Que las ilegalidades en las que ha incurrido la recurrida al pronunciarse sobre la solicitud de Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, en las sesiones llevadas a cabo los días 16 de abril y 19 de junio del presente año, se traducen en una discriminación arbitraria que afecta el derecho fundamental de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, porque desconoce que a la comunidad indígena recurrente debe dársele el mismo trato que al resto de las comunidades que presentan similares solicitudes, quienes obtienen un pronunciamiento de las respectivas Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero estrictamente apegado a la Ley N° 20.249 (Considerando Octavo)*".

De este modo la Corte Suprema concluye dejar sin efecto las resoluciones tomadas por la CRUBC, debiendo citar a nueva votación y que esta se ajuste en sus consideraciones a lo que la Ley N° 20.249 ordena ponderar dentro de sus requisitos. El presente caso se puede abordar desde dos puntos de vista complementarios, tanto desde la argumentación en torno al procedimiento y el principio de juridicidad como respecto a consideraciones de fondo sobre la posibilidad de las comunidades indígenas de acceder a terrenos que son reclamados como propiedad comunitaria.

En cuanto al respeto al procedimiento y el principio de juridicidad, este último está consagrado en el artículo 7° de la Constitución Política de la República de Chile en términos tales que todo acto o actuación estatal debe estar amparado por

el ordenamiento jurídico. Toda contravención a esta norma genera la nulidad, como lo establece el inciso final del citado artículo constitucional<sup>37</sup>.

La relevancia de observar la legalidad de un procedimiento, además de ser de importancia para la legislación nacional, tiene impacto en el goce de derechos humanos de las personas sometidas a dicha tramitación. Así, por ejemplo, en el caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua<sup>38</sup>, la Corte Interamericana consideró violados los derechos humanos de la comunidad porque no existía, entre otras cosas, un procedimiento en el Estado para demarcar tierras indígenas<sup>39</sup>. En este caso en comento puede considerarse que la falta de un procedimiento —o el no respeto a este— puede repercutir en que la comunidad mapuche no pueda hacer valer de manera adecuada su pretensión de uso del Borde Costero.

La Corte Suprema, al cautelar la juridicidad del procedimiento en el fondo, resguardó la posibilidad de que la comunidad huilliche Folil Trincao pueda tener posibilidades equitativas de reclamar un terreno que se vincula a su cultura y forma de vida.

En cuanto a un segundo punto de vista, referido al uso mismo del borde costero, el Convenio 169 establece que los Estados deben adoptar todas las medidas que aseguren a los diversos pueblos indígenas el goce de las tierras que ocupen o que hayan ocupado. Así lo consagran los numerales 1 y 2 del artículo 14 del citado Convenio 169.

Si bien es materia de discusión y análisis si la comunidad mapuche podrá efectivamente ocupar la zona costera solicitada, dicha pretensión merece especial consideración en relación con el Convenio 169 y la misma doctrina del Sistema Interamericano. En otras palabras, la pretensión de la comunidad no debe tramitarse como una petición común, sino como la demanda de ocupación de terrenos íntimamente ligados con la cultura mapuche, exigidos por un grupo especialmente protegido.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de territorios indígenas ha manifestado que en el marco de la obligación de garantizar derechos, se *"incluye el mandato según el cual los Estados deben tomar medidas especiales efectivas para asegurar los derechos de propiedad de las comunidades indígenas sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales"*<sup>40</sup>. La principal razón de esta especial protección de la propiedad radica en *"(..) la conexión particular entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos (que) se vincula con la existencia misma de estos pueblos, y por lo tanto amerita medidas especiales de protección"*<sup>41</sup>.

Por lo anterior, la resolución de la Corte Suprema, al cautelar la juridicidad del procedimiento y al devolver los antecedentes para una nueva decisión, no solo decide de acuerdo a derecho interno, sino que la decisión posee concordancia con la observancia precisa de los procedimientos de reconocimiento de territorios de uso indígena y del especial trato que el Estado debe brindar a las comunidades originarias.

**Ver sentencia aquí.**

37. Artículo 7° inciso tercero. *" Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".*

38. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79

39. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Párr. 104 y siguientes.

40. CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales (2009). Párr. 52.

41. CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales (2009). Párr. 55.

### III. Libertad de expresión y transparencia

**9. El secreto profesional como límite al derecho al acceso a la información pública.** Corte Suprema, Rol 3.545-2012, 28 de noviembre de 2012, Recurso de Queja.

La Corte Suprema resolvió tres recursos de queja, todos relativos a peticiones de acceso a información de antecedentes que maneja el Consejo de Defensa del Estado para la representación en distintos litigios, determinando que tales antecedentes se encuentran cubiertos por el secreto profesional de abogados y abogadas, y por lo tanto se debe negar su acceso público y mantenerse en reserva

Durante el año 2012 se sucedieron distintos recursos de queja en contra de ministros y ministras de la Corte de Apelaciones de Santiago, roles 2423-2012, 2582-2012, 2788-2012, promovidos e instruidos tanto por el Consejo de Defensa del Estado como por el Consejo Para la Transparencia por conflictos concernientes a decisiones de amparo ante denegación de información que este último organismo acogió.

En la causa rol 2423-2012, el Consejo para la Transparencia dedujo un recurso de queja en contra de los ministros y ministras de la Corte de Apelaciones por haber incurrido estos/as en falta o abuso grave al dictar sentencia sobre la causa rol 5746–2012, acogiendo un reclamo de ilegalidad deducido por el Consejo de Defensa del Estado en contra de la decisión de amparo que ordenó una entrega de información.

A su vez, en las causas roles 2582-2012 y 2788-2012, fue el Consejo de Defensa del Estado quien dedujo recurso de queja en contra de los/as ministros/as de la Corte de Apelaciones de Santiago por haber dictado las respectivas sentencias sobre causa rol 2314-2011 y causa rol 7330-2011, por las que rechazaron los reclamos de ilegalidad deducidos por el Consejo de Defensa del Estado en contra de las decisiones de amparo C-719-10 y C-690-11 adoptada por el Consejo para la Transparencia que imponen, en definitiva, la exhibición y entrega a los solicitantes de información calificada de reservada y secreta.

La Corte Suprema resolvió los recursos de queja a favor de la posición del Consejo de Defensa del Estado acogiendo las acciones y, en consecuencia, dejando sin efecto las decisiones de amparo adoptadas por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, razón por la que la entrega de información a sus respectivos/as peticionarios/as fue cancelada. La Corte Suprema estableció que los antecedentes que el Consejo de Defensa del Estado utiliza para el resguardo de intereses de sus distintos órganos fiscales, están amparados por el secreto profesional de los/as abogados/as, motivo por el cual deben ser mantenidos en reserva.

Ahonda la Corte estableciendo que:“(…) *la relación que entabla el Consejo de Defensa del Estado con el Fisco de Chile es una relación cliente-abogado y en esta virtud los antecedentes que recaba quedan sujetos a secreto profesional, secreto que, como ya fuera establecido, forma parte del derecho a defensa garantizado en la Constitución Política de la República (Considerando Décimo Noveno)*”.

Agrega la Corte que la Ley N° 20.285 sobre Acceso a Información Pública, en su objetivo de regular el principio de transparencia de la función pública, contempla excepciones a la publicidad de información, siendo una de las causales de estas excepciones la protección de antecedentes necesarios para las defensas jurídicas.

El secreto profesional se garantiza tanto en la Constitución Política de la República de Chile como en el Código de Ética Profesional de los Abogados, por lo tanto la divulgación de antecedentes relativos a una asesoría, defensa o patrocinio por parte del Consejo de Defensa del Estado implicaría una grave vulneración al principio de secreto profesional y un incumplimiento de las obligaciones que la ley orgánica le impone en defensa de los intereses estatales.

La sentencia de la Corte Suprema que acoge el recurso de queja contó con el voto en contra de uno de sus ministros, quien consideró en relación al derecho de información que: "(...) *Teniendo en consideración que las garantías fundamentales están concebidas como barreras de protección para los ciudadanos respecto del accionar del Estado y no a la inversa, es que en el caso en concreto la excepción al ejercicio de la garantía, en tanto crea espacios de opacidad en el actuar de la Administración, debe estar no sólo contemplada en una ley de quórum calificado, sino que debe tener un carácter expreso y específico, requisitos copulativos que en el caso de autos no se cumplen. Razonar en sentido inverso supone limitar entonces, con base a una interpretación extensiva de las excepciones, el ámbito de protección que generan las garantías fundamentales, cuestión que no tiene lógica si de lo que se trata es de garantizar a los ciudadanos el libre ejercicio de sus derechos*".

La resolución de las quejas genera la interrogante de si el Consejo de Defensa del Estado está fuera del ámbito de la transparencia.

Si se entiende que el principal argumento para denegar el acceso a la información radica en la garantía de secreto profesional, se debe intentar dilucidar su sentido y alcance. Así, el secreto profesional ha de entenderse, primero, como una obligación que recae sobre el o la profesional, en este caso sobre la profesión de abogado/a, en razón de su relación personal y confidencial con el o la mandante. El artículo 7° del Código de Ética Profesional de Abogado, emanado el año 2011 del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile, señala precisamente lo anterior. Además, se desprende del contrato de mandato, contemplado en el Código Civil en el artículo 2116, en cuanto mandante y mandatario se vinculan por una relación de *confianza*, "...en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra". Es precisamente esa relación de confianza la que se materializa, entre otras cosas, a través del secreto profesional.

Desde un punto de vista del derecho a la defensa, se podría considerar que el secreto profesional es una garantía para la defensa efectiva de los intereses del cliente o clienta en procesos judiciales o de cualquier otra índole, especialmente aquellos relacionados con imputaciones penales.

Lo anterior permite delimitar claramente que el secreto profesional se refiere a documentos o informaciones producidas por la relación de confianza entre el cliente y el/la abogado/a, o sea, es información que no se podría obtener de otra fuente y que se produce por la interacción constante entre mandante y mandatario.

En ese sentido, el secreto profesional no podría alegarse para ocultar documentos que *per se* son públicos —como el expediente judicial—, que se pueden obtener por otros medios —como escrituras públicas— o que no nacen de la especial relación de confianza entre cliente/a y abogado/a. Aplicado lo anterior al rol del Consejo de Defensa del Estado, podría estimarse que el secreto profesional no se podría aplicar para crear una barrera para toda información que posea este organismo, sino que el secreto debería estar estrictamente delimitado a aquella información que nace de la relación de confianza y que se orienta a la defensa efectiva de los intereses del Estado en juicio.

Se debe señalar que la aplicación del secreto profesional debe ser aún más restrictiva ya que el interés contrapuesto, el de acceso a la información pública, es un derecho humano reconocido por tratados internacionales ratificados por el Estado, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso *Claude Reyes con Chile*, la Corte Interamericana sostiene que el derecho a la información pública está contenido en el derecho a la libertad de expresión, diciendo que *“dicho artículo (13) ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto”*<sup>42</sup>. A su vez, este derecho es de gran relevancia ya que, como se establece en el artículo 4° de la Carta Democrática Interamericana, *“la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa” (son) componentes fundamentales del ejercicio de la democracia*<sup>43</sup>.

Por lo tanto, la sentencia de la Corte Suprema y los futuros casos relacionados con este tema deberían analizarse y abordarse de la manera más restrictiva posible para no limitar en gran medida el derecho a la información pública y negar los efectos que tiene en la contribución al ejercicio de la democracia.

Ver sentencia [aquí](#).

---

42. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, Párr. 77.

43. Citado en Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Párr. 79.

## IV. Reseñas internacionales

### 10. Migrantes. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012.

El 18 de junio de 2000 un grupo de inmigrantes haitianos/as cruzó ilegalmente la frontera de República Dominicana escondido en un camión. En uno de los puntos de control de frontera, militares dominicanos intentaron detener el vehículo para inspeccionarlo pero este no se detuvo, iniciándose una persecución por parte de los agentes, quienes dispararon hiriendo mortalmente a tres de los/as pasajeros/as y provocando que volcara el transporte, producto de lo cual resultó una cuarta persona muerta. Finalmente, otros dos sobrevivientes del accidente intentaron huir del lugar pero fueron acribillados por los militares, siendo el resto de los migrantes detenidos y luego expulsados del país, sin consideración a las garantías judiciales. Tras un largo proceso bajo jurisdicción militar, que culminó con la absolución de los militares involucrados en el incidente, los demandantes recurrieron a tribunales ordinarios, pero su tramitación fue denegada por cuestiones de incompetencia.

La Corte Interamericana declaró responsable al Estado de República Dominicana por la violación de los derechos a la vida, a la integridad y libertad personal, a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la libre circulación, fundando su sentencia en la falta de protocolos adecuados para el control migratorio, el uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza contra migrantes desarmados, la falta de investigación de tales conductas por parte de la autoridad, la ausencia de atención médica a las víctimas y el tratamiento denigrante a los cadáveres que no fueron entregados a sus familiares.

La Corte ordenó al Estado investigar y castigar a los culpables de estos hechos, determinar el paradero de los cuerpos de las personas fallecidas, repatriarlos y entregarlos a sus familiares en Haití, además de la realización de actos de reconocimiento, capacitación de sus fuerzas armadas, realización de campañas sobre los derechos de las personas inmigrantes, y adecuación de la legislación para que la jurisdicción militar sea compatible con la Convención Americana y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[Ver sentencia aquí.](#)

### 11. Fertilización in vitro. Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica.

Desde el año 2000 la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro está prohibida en Costa Rica, producto de un recurso de inconstitucionalidad presentado por un ciudadano en contra del decreto que regulaba tal técnica, alegando que esta vulneraba el derecho a la vida de los embriones. La Sala Constitucional acogió el recurso dictaminando la prohibición de la técnica, fundándose en que el embrión es persona humana desde la concepción y por lo tanto no puede ser tratado como un objeto. Cabe hacer notar que Costa Rica es el único país que prohíbe expresamente esta forma de fertilización asistida.

De esta forma, y producto de tal prohibición, varias parejas diagnosticadas con infertilidad se vieron impedidas de utilizar esta técnica, por lo que consideraron que hubo violación de sus derechos reproductivos y accedieron al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Finalmente, conoció de este caso la Corte Interamericana que declaró la responsabilidad del Estado de Costa Rica por la vulneración del derecho a la privacidad, del derecho a la libertad, del derecho a la integridad personal y del derecho a fundar una familia. La Corte señaló que la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la

existencia de una persona y en la sociedad en general, y que la protección de la familia conlleva, entre otras obligaciones, la de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

La Corte declaró además que la vida privada está en estrecha relación con la autonomía reproductiva y con el acceso a la salud reproductiva y que: "(...) *los derechos reproductivos, se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.(...)*". (Párr. 148).

Por último, la Corte entiende "(...) *que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede*" (Párr. 187).

Ver sentencia [aquí](#).

## 12. Comunidad LGBTI y adopción. "*Catholic Care v Charity Commission*" Reino Unido.

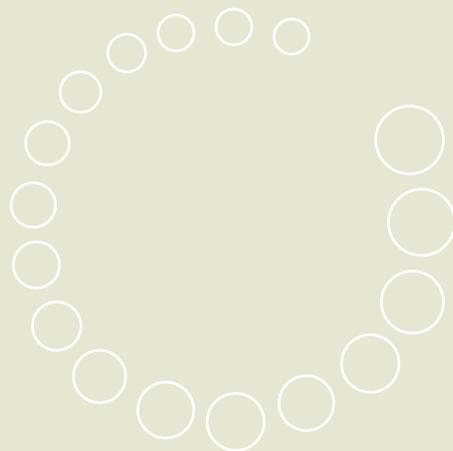
Catholic Care, organización de adopción católica fundada hace más de 100 años, solicitó ante la Comisión de Beneficencia para Inglaterra y Gales (ente gubernamental que regula el funcionamiento y otorga recursos a las organizaciones de beneficencia en Inglaterra y Gales, Charity Commission), verse exentos de la obligación legal de incluir a parejas homosexuales dentro de los/as candidatos/as a adopción de su agencia, fundando tal pretensión en los preceptos de la religión católica. Hasta el año 2008 Catholic Care operó bajo esta política dentro de la legalidad.

La solicitud de Catholic Care fue sometida a la Comisión alegando normas de la Ley de Igualdad de 2007, que aún estableciendo la ilegalidad de este tipo de conductas discriminatorias, contemplaba artículos transitorios que permitían continuar con tales actos en la medida que cumplieran con ciertos requisitos, como el declarar tal posición en sus estatutos sociales. Sin embargo, la Comisión rechazó la solicitud de Catholic Care. De este modo, la agencia presentó una acción judicial ante los tribunales de justicia que fue desestimada. Ante esto, se apeló ante un tribunal superior.

El tribunal de alzada ratificó la decisión del tribunal base, denegando la solicitud de la agencia católica y declarando que el fundamento de la decisión del tribunal inferior es correcto al establecer: "*El que algunas personas puedan sentirse afectadas por el hecho de que la comunidad homosexual reciba un tratamiento igualitario en algunas áreas de la vida, no puede por sí mismo constituir una justificación objetiva para discriminarles*" (Párr. 38).

La Corte contestó el argumento de la agencia en cuanto a que existen muchas otras agencias de adopción a las que personas homosexuales podrían acudir, diciendo que "*El hecho de que parejas del mismo sexo puedan obtener acceso a los servicios de adopción ofrecidos en otros sitios y con esto reducir de alguna manera el menoscabo inmediato que tal conducta produciría en ellos, no elimina el daño emocional que tal discriminación les causaría, tanto a ellos como a los valores sociales que promueven la igualdad de trato para heterosexuales y homosexuales, valores aprobados por el parlamento que respondiendo a las necesidades de la sociedad han sido legislados en normas generales para promover la igualdad de trato para homosexuales*" (Párr. 66).

Ver sentencia [aquí](#).



[www.indh.cl](http://www.indh.cl)