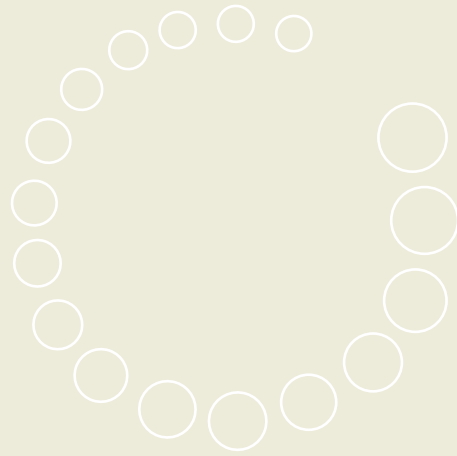


Nº1



# BOLETÍN DE SENTENCIAS

**ENERO- ABRIL 2012**



# BOLETIN INDH DE SENTENCIAS

## I. Derechos Civiles y Políticos.

---

**1. Derecho a la igualdad y debido proceso.** Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 808-2012, 12 de abril de 2012. Violación del principio de igualdad y del derecho a un debido proceso.

**2. Integridad física y síquica, igualdad ante la ley y derecho a la vida privada e inviolabilidad del hogar.** Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 127-2012, 15 de marzo de 2012.

**3. Igualdad ante la ley y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.** Corte Suprema, Acción de protección de garantías constitucionales Rol N°10.090-2011, 22 de marzo de 2012, sobre el deber de consulta de conformidad al Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en proyectos de inversión que comprenden tierras indígenas.

## II. Ejercicio de derechos sin discriminación.

---

**4. Violación del derecho a la igualdad y la no discriminación; derecho a la vida privada, derecho a la protección de la familia, derecho a ser oído y a la garantía de imparcialidad.** Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de Febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

## III. Derechos Económicos y Sociales.

---

**5. Derecho a la salud.** Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 21.331-2011, 9 de marzo de 2012. Derecho a la salud y acceso a medicamentos (cáncer de mamas).

**6. Derecho a un medio ambiente libre de contaminación.** Corte Suprema, sentencia Rol N° 10.220-2011, 4 de abril de 2012. Proyecto Hidroeléctrico de Aysén.

## IV. Libertad de expresión y transparencia.

---

**7. Derecho al acceso a la información de interés público** (caso "correos del Ministro Larroulet"). Consejo para la Transparencia. Decisión del amparo C1011-11, acordada el 16 de marzo.

## V. Reseñas de fallos internacionales.

---

- Sentencia de la Corte Suprema Argentina, de 13 de marzo de 2012, que establece que no constituye delito el aborto para poner término a un embarazo que tiene su origen en una violación.

- Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia Caso Vejdeland y Otros Vs. Suecia. (Aplicación no. 1813/07).

- Tribunal Constitucional Español, sentencia de 30 de enero de 2012. Rechaza los amparos solicitados por Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. (núm. 4821-2009) y por Televisión Autónoma Valenciana, S.A. (núm. 4829-2009) fundándose en el derecho a la privacidad.

## I. Derechos Civiles y Políticos.

**1. Derecho a la igualdad y debido proceso.** Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 808-2012, 12 de abril de 2012. Violación del principio de igualdad y del derecho a un debido proceso.

Como es sabido, durante el año 2011 se generó en Chile un importante movimiento estudiantil que planteó la existencia de una severa crisis en la educación pública chilena y la necesidad de que se realicen reformas estructurales. Como producto del movimiento, el gobierno decidió remover al Ministro de Educación y envió al congreso algunos proyectos de ley que buscan recoger algunas demandas del movimiento.

Una de las herramientas utilizadas por el movimiento estudiantil fue la de realizar “tomas” de los establecimientos educacionales como forma de presionar y exigir el cumplimiento de sus demandas. Ante esta situación, algunos directores de liceos resolvieron -en ocasiones en conjunto con los alcaldes- expulsar a alumnas/os que habrían participado de dichas ocupaciones. Ante esta situación, los y las estudiantes, representados/as por sus padres y madres, interpusieron Recursos de Protección. Sin embargo, en muchos casos no se ha podido alegar la violación del derecho a la educación porque no está incluido entre los que permiten la interposición de dicho recurso. De esta manera, se ha tenido que recurrir a una protección indirecta y se ha invocado la vulneración de diversos derechos como el debido proceso, el derecho de propiedad y el principio de igualdad. Si consideramos el periodo que va desde julio del año 2011 a julio del año 2012, se puede afirmar que ha existido una jurisprudencia muy mayoritaria que ha acogido recursos de protección interpuestos por los/as apoderados/as de estudiantes expulsados/as por participar de tomas, en base a vulneraciones de diversos derechos constitucionales, especialmente el principio de igualdad y el derecho a un debido proceso, además de hacer referencia en varios fallos al Interés Superior del Niño consagrado en la Convención de Derechos del Niño<sup>1</sup>.

Uno de estos casos está constituido por la sentencia Rol 808-2012, de 12 de abril de 2012, de la Corte de Apelaciones de Santiago. En este caso se interpusieron cinco recursos de protección a favor de un total de 32 alumnas(os) expulsadas(os) del Liceo Augusto D’Halmar, que estuvo ocupado por 5 meses. Los recursos fueron acumulados para su resolución. En dos casos se interpusieron los recursos de protección en contra de Pedro Sabat Pietracaprina, Alcalde de la Comuna de Ñuñoa y Director de la Corporación Educacional de esa misma comuna, y de Jaime Francisco Andrade Jorquera, en calidad de director del Liceo Augusto D’Halmar, de la comuna de Ñuñoa. En tres casos, en cambio, solo se presentaron estas acciones cautelares en contra del director del Liceo.

1. Vid. al respecto, a modo ejemplar:

Corte de Apelaciones de San Miguel: sentencia Rol N° 187-2011, de 5 de septiembre de 2011, considerando 12 (confirmada por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 8880-2011, de 30 de septiembre de 2011); sentencia Rol N° 244-2011, de 14 de octubre de 2011, Sentencia Rol N° 296-2011 de 19 de noviembre de 2011 (confirmada con dos votos en contra por la Corte Suprema, Rol 11469-2011, 11 de enero de 2012); sentencia Rol N° 219-2011, de 13 de octubre de 2011, sentencia Rol N°194-2011, de 12 de septiembre de 2011 (confirmada por unanimidad por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 9105-2011 de 19 de octubre de 2011); sentencia Rol N° 252-2011, de 28 de octubre de 2011.

Corte de Apelaciones de Valparaíso: sentencia Rol N° 508-2011, de 18 de octubre de 2011;

Corte de Apelaciones de Puerto Montt: sentencia Rol N° 343-2011, de 31 de enero de 2012 (confirmada por sentencia de la Corte Suprema de Justicia con un voto en contra, Rol N° 1772-2012, de 27 de febrero de 2012).

Corte de Apelaciones de Santiago: sentencia Rol N° 933-2012, de 4 de junio de 2012; sentencia Rol N° 15876-2011, de 14 de noviembre de 2011, sentencia Rol 808-2012 de 12 de abril de 2012 (confirmada por unanimidad por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 3279-2012 de 10 de julio de 2012), Sentencia Rol N° 2266-2012, de 4 de mayo de 2012 (confirmada por unanimidad por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 4001-2012 de 8 de junio de 2012), Sentencia Rol 3533-2012 de 16 de mayo de 2012.

Corte de Apelaciones de Temuco: sentencia Rol N° 232-2011, de 3 de noviembre de 2011.

Corte de Apelaciones de Iquique: sentencia Rol N° 473-2011, de 12 de diciembre de 2011.

Corte de Apelaciones de Concepción: sentencia Rol N°1125 -2011, de 3 de octubre de 2011.

En los recursos se sostuvo que el acto arbitrario e ilegal consistió en la cancelación de la matrícula de las y los estudiantes por quienes se recurre, como represalia por haber participado durante el año 2011 en la ocupación del establecimiento educacional Liceo Augusto D'Halmar. Asimismo, en los recursos se señaló que el acto recurrido de cancelación de matrícula de los/as alumnos/as afecta los derechos de igualdad ante la ley, ante la discriminación respecto de los/as demás alumnos/as que recibieron su certificado de matrícula para el año escolar 2012. También se sostuvo la vulneración del derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, que habría sido infringido al haber actuado la parte recurrida como tribunal que no considera las normas del debido proceso, al imputárseles de manera imprecisa y sancionárseles a los/as menores la comisión de hechos dañosos en perjuicio del establecimiento educacional, sin poder ejercer su derecho de defensa. Por último, se alegó como afectado el derecho de propiedad en el ámbito de los derechos inmateriales derivados de la condición de alumnos/as.

Finalmente en este caso la Corte de Apelaciones de Santiago decidió acoger el recurso por vulneración respecto de los/as recurrentes del debido proceso y de la igualdad ante la ley contenidos, respectivamente, en los numerales 3 y 2 del artículo 19 del texto constitucional. Lo especialmente relevante de este fallo es que la Corte revisa la posible afectación de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes involucrados(as) a la luz de lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño y, especialmente, de su artículo 3.1 que consagra el principio del interés superior del niño. De acuerdo a lo afirmado por la Corte, dicha norma se integra directamente en un nuestro ordenamiento de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República de Chile y resulta pertinente su aplicación en el caso de los/as estudiantes expulsados/as del Liceo Augusto D'Halmar pues se debe aplicar a *"conflictos que, siendo de derechos, se resuelven priorizando el derecho del interés superior del niño sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño o niña"*(Considerando Jurídico 4).

Es también digno de ser destacado que en este fallo la Corte se refirió al derecho a la educación como un derecho que no podía ser vulnerado, no obstante no estar este derecho incluido en los que permiten la interposición del recurso de protección en conformidad al artículo 20 de la Constitución.

Por último, la Corte considera que las cancelaciones de la matrícula de estudiantes en este caso constituyen actos ilegales ya arbitrarios, siendo que son sancionadoras e importan un castigo, encubierto en algunos casos -"no cumplir el compromiso de buen rendimiento escolar"- o directamente castigadoras -"el apoderado no se hace responsable de los destrozos ocasionados por su alumna o alumno"- . Lo anterior hace que estas medidas sean reprochadas por la Corte nuevamente a la luz del principio del interés superior del niño y la niña pues *"se manifiestan como abusivas y desproporcionadas, porque no se divisan qué beneficios se aportan con su adopción en la protección de los niños y de la sociedad en general, frente a la particular protección de derechos fundamentales que tienen los menores"* (Considerando Jurídico 7).

Ver sentencia [aquí](#).

## **2. Integridad física y síquica, igualdad ante la ley y derecho a la vida privada e inviolabilidad del hogar.** Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 127-2012, 15 de marzo de 2012.

La relevancia de este fallo es que se enmarca en el conflicto generado en la zona de la Araucanía, en el marco de las reivindicaciones de tierras del pueblo mapuche y de lo que el Instituto Nacional de Derechos Humanos manifestó en su Informe Anual sobre la situación de Derechos Humanos del 2011, su preocupación por la vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes. A juicio del INDH, esta vulneración se ha producido por un uso desmedido de la fuerza por

parte de funcionarios/as policiales y ha impactado sobre los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes de comunidades indígenas en conflicto. A lo anterior se agrega que desde el año 2009 UNICEF realiza junto a la SEREMI de Justicia un Proyecto de "Fortalecimiento de la protección de niños, niñas y adolescentes de origen mapuche en la Región de la Araucanía". A través de un levantamiento diagnóstico, UNICEF constató la afectación de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche producto de allanamientos, interrogatorios y otras diligencias realizadas por policías en la zona, la falta de regulación de procedimientos de constatación de lesiones, y ausencia de un registro de denuncia, entre otras afectaciones.

Ha sido en este marco que la Corte de Apelaciones de Temuco en varios casos previos ha acogido acciones cautelares de protección o de amparo dirigidas a constatar la existencia de procedimientos policiales atentatorios de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuches, afirmando de diversas maneras la necesidad de que dichos operativos se realicen en conformidad a la Constitución y a lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos.

Así ocurrió, en primer lugar, en un caso en que la Corte de Apelaciones de Temuco acogió un recurso de protección interpuesto a favor de un niño y una niña mapuche, quienes denunciaban haber sido interrogados por funcionarios/as de la Policía de Investigaciones (Sentencia Rol 545-2010, de 13 de mayo de 2010). La Corte concluye acogiendo el recurso "en contra de la Policía de Investigaciones de Chile, y sólo en cuanto ésta deberá abstenerse en lo sucesivo de efectuar requerimientos o interrogaciones a los niños en cuyo favor se recurre, bajo cualquier modalidad, sin respetar los preceptos que a favor de éstos garantiza la Convención de Derechos del Niño antes citada".

Posteriormente, el 16 de diciembre de 2011, la Corte de Apelaciones de Temuco acogió un recurso de protección interpuesto por un grupo de mujeres mapuche, por sí mismas y en representación de sus hijos/as, niños, niñas y adolescentes, todos habitantes de la Reducción Cherquenco Alto, comunidad Wente Winkul Mapu, en contra de la Gobernación de Malleco y de la Prefectura de Carabineros de Cautín. La Corte estimó que "las lesiones ocasionadas a niños y mujeres y la detonación de bombas lacrimógenas en los hogares de los miembros de la Comunidad Indígena atenta y se contradice con los postulados de la Constitución Política del Estado, de la Convención sobre Derechos del Niño y el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas -como ha quedado dicho-; y por ende el recurso presentado será acogido en cuanto se dirige en contra de Carabineros de Chile". Finalmente la Corte acogió el recurso "solo en cuanto Carabineros de Chile, en lo porvenir, deberá abstenerse de realizar actos de violencia contra mujeres y niños y de lanzar bombas lacrimógenas en las patios de las viviendas particulares de la comunidad indígena ya referida" (Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 342-2011, de 16 de diciembre de 2011).

También la Corte de Apelaciones de Temuco acogió un recurso de amparo interpuesto por la Defensoría Penal Mapuche a favor de un niño de la Comunidad Mapuche de Temucuicui, quien a pesar de ser menor de 14 años fue detenido en una incursión similar a la denunciada en este recurso. El fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, señaló que la detención del menor, "en el contexto antes señalado, vulnera las normas de la Convención Internacional de Derechos del Niño, especialmente lo dispuesto en los artículos 6.2 y 16.1, disposiciones que imponen a los Estados partes la obligación de garantizar la 'supervivencia y desarrollo de los niños' y evitar 'injerencias arbitrarias o ilegales en su familia y domicilio', situación que precisamente ha ocurrido en el presente caso" (Sentencia CA Temuco Rol 1136-2011, de 21 de diciembre de 2011, confirmada por la Corte Suprema en sentencia Rol 35-2012, de 5 de enero de 2012).

En el caso que da lugar al fallo objeto del presente análisis, el INDH presentó un recurso de protección debido a lo que consideró como operativos policiales que afectaron derechos fundamentales de niños y niñas mapuche. De acuerdo a los antecedentes reunidos, el 10 de enero de 2012, mientras se realizaban barricadas en la Carretera Panamericana Cinco Sur, en el sector de Metrenco, Comuna de Padre Las Casas, y en circunstancias que Guillermina Beatriz Painevilo Lincoñir, de 38 años, 4 hijos/as, habitante de la Comunidad mapuche José Jineo cercana del lugar, salió a observar la manifestación junto a sus hijos/as que grababan los hechos, un masivo contingente policial ingresó a la comunidad José Jineo. Los funcionarios de Carabineros habrían lanzado indiscriminadamente bombas lacrimógenas y balines de goma y procedieron a detener de manera violenta y con golpes de escopeta a la comunera Guillermina Beatriz Painevilo Lincoñir y a su hija Jessica Beatriz Guzmán Painevilo, mayor de edad. Guillermina llevaba a su hijo Agustín Quijada Painevilo, de dos años y medio en brazos, quien cayó junto con ella. La acompañaban también su hija Scarlett Llancanao Painevilo, de 13 años, y su hijo Jonathan Llancanao Painevilo. Su hija Scarlett Llancanao Painevilo grabó el momento en que su madre fue golpeada, grabación que fue difundida por la prensa, televisión y sitios de internet. Guillermina hizo ver a Carabineros que sus hijos pequeños quedarían solos, lo que no sólo no importó a los funcionarios sino que insultaron a la mujer, por su condición de indígena.

Además de la violación del derecho a la integridad física y síquica, el recurso de protección fue acogido por vulneración del derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución, en la medida que se dio un trato discriminatorio. Del mismo modo, dio lugar a la violación del derecho a la vida privada y pública, y a la honra de los/as menores y sus familias -contemplado en el N° 4° del Artículo 19 de la Carta Fundamental-, toda vez que se ha producido una intromisión de agentes externos y ajenos a su integridad física y psicológica. En cambio, se estimó que no existían antecedentes suficientes para declarar la vulneración del derecho de propiedad sobre las tierras sagradas de la comunidad indígena (Considerando Jurídico 5).

La Corte consideró que la actuación de Carabineros resultó carente de racionalidad por cuanto se efectuó cuando se encontraban las detenidas acompañadas de niños/as de corta edad y que deviene ilegal porque la obligación de actuar con la debida prudencia por los/as funcionarios/as policiales, cuando se afecta a niños y niñas, que además son indígenas, adquiere mayor relevancia por lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes (Considerandos Jurídicos 3 y 4).

Finalmente, la Corte decidió acoger el recurso *"sólo en cuanto los recurridos deberán abstenerse en lo sucesivo de efectuar actos que menoscaben los derechos de los niños en cuyo favor se recurre, bajo cualquier modalidad, sin respetar los preceptos que a favor de éstos garantiza la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales antes citados; y que en lo porvenir deberán adecuar su actuación a dicha normativa jurídica"*.

**Ver sentencia [aquí](#).**

**3. Igualdad ante la ley y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.** Corte Suprema, Acción de protección de garantías constitucionales, Rol N°10.090-2011, 22 de marzo de 2012, sobre el deber de consulta de conformidad al Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en proyectos de inversión que comprenden tierras indígenas.

Desde la entrada en vigencia del Convenio Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (2009), así como en virtud del actual desarrollo tanto de los estándares fijados por los procedimientos especiales de Naciones Unidas, como de los órganos de control de tratados y la jurisprudencia de la Corte IDH, existe para el Estado de Chile la obligación de consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

El deber de consulta constituye una pieza central dentro del Convenio núm. 169 de la OIT y se enmarca en el derecho a la participación de los pueblos indígenas en la perspectiva de superar modelos históricos caracterizados por la negación de derechos y la imposición unilateral de medidas susceptibles de afectar directamente a dichos colectivos. El Convenio, de esta manera, asienta el deber de garantizar la participación y la consulta previa en el reconocimiento al derecho que les asiste a los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe a su desarrollo económico, social y cultural.

Desde que el Convenio núm. 169 de la OIT hace parte de nuestro ordenamiento jurídico, se ha advertido una creciente judicialización en demanda de una correcta aplicación e implementación del mismo, sobre todo en lo que dice relación al deber de consulta previa. De acuerdo a la información recibida por el INDH, y consignada en su Informe Anual 2011, entre enero de 2010 y julio de 2011 quedaron en estado firme y ejecutoriados 45 sentencias relacionadas con acciones de protección de garantías constitucionales en las que se reprocha por parte de personas y comunidades indígenas la falta de implementación del instrumento internacional. 22 de estas sentencias recaen en alegaciones que se refieren al desconocimiento del deber de consulta en procesos de autorización ambiental para proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas.

La jurisprudencia de la Exma. Corte Suprema en esta materia ha sido vacilante, no obstante desde julio de 2011 (Rol 259-201, de 13 de julio de 2011. Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama) se ha podido advertir una creciente tendencia a reconocer la singularidad jurídica que entraña la consulta a los pueblos indígenas, que la distingue esencialmente de los procesos de participación ciudadana que algunas legislaciones como la Ley General de Bases de Medio Ambiente contempla. Dicha singularidad, según la jurisprudencia de la OIT, la cual ha sido expresamente recogida por el actual Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los/as indígenas, establece que los criterios mínimos y requisitos esenciales para una consulta válida a los pueblos indígenas deben considerar y satisfacer a lo menos las siguientes condiciones: 1) ser previa a la medida susceptible de afectar al pueblo indígena de que se trate; 2) realizarse mediante procedimientos apropiados; 3) por intermedio de las instituciones representativas indígenas; 4) de buena fe; 5) apropiada a las circunstancias, y 6) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas.

El presente fallo se suma a esta interpretación en la medida que afianza el criterio conforme al cual decisiones de carácter administrativo susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas que no sean consultadas de conformidad a los



estándares que impone el Convenio núm. 169, devienen en lesión a la garantía constitucional de igualdad ante la ley *“porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas”* (Considerando Noveno).

En segundo lugar, refuerza la naturaleza de la consulta como un proceso que no se satisface con la sola transmisión de información a las comunidades y pueblos y sobre la posibilidad de influir en las decisiones que conciernan a sus intereses, indicando expresamente que ello se orienta a la posibilidad real de *“[i]nfluir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”* (Considerando Octavo)

El recurso de protección se interpone por la Comunidad Indígena Antu Lafquén de Huentetique en contra de la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, que calificó favorablemente el proyecto “Parque Eólico Chiloé” (Proyecto) luego de aceptar que el procedimiento de aprobación fuera una Declaración de Impacto Ambiental, en circunstancias que debió someterse a un Estudio de Impacto Ambiental de conformidad al artículo 11 letras d), e) y f) de la Ley 19.300 debido a que el proyecto afecta a poblaciones, recursos y áreas protegidas. En segundo lugar, los recurrentes alegan el incumplimiento de la obligación de consulta contemplada en el Convenio 169 de la OIT en el proceso de aprobación del mencionado proyecto pese a encontrarse dentro de un territorio en el que la propia autoridad establece la existencia de hallazgos arqueológicos relacionados con prácticas espirituales de la comunidad recurrente.

En el proceso de aprobación del Proyecto se incorporaron instancias de participación a través de adendas consistentes en reuniones voluntarias para dar a conocer a la comunidad los alcances del mismo. Los/as recurrentes alegan que entregar información no constituiría un acto de consulta ya que no otorga posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto.

La Corte consideró que, de acuerdo a la legislación vigente, la autoridad administrativa debió haber realizado un estudio de impacto ambiental y, en consecuencia, estimó que el proceder de la Comisión lesionó la garantía de igualdad ante la ley y ordenó la realización del referido estudio señalando que dicha evaluación de impacto socio ambiental deberá regirse por los principios del Convenio núm. 169.

Ver [sentencia aquí](#).

## II. Ejercicio de derechos sin discriminación.

**4. Violación del derecho a la igualdad y la no discriminación; derecho a la vida privada, derecho a la protección de la familia, derecho a ser oído y a la garantía de imparcialidad.** Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de Febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)

En el año 2003, el ex marido de Karen Atala interpuso una demanda de tuición por sus tres hijas alegando que la opción de la madre de mantener una convivencia lésbica traería consecuencias dañinas para las niñas. Karen Atala obtuvo la tuición de sus hijas en la primera y segunda instancia. El padre de las niñas interpuso un recurso de queja en la Corte Suprema la que estimó que los jueces y juezas recurridos/as fallaron en no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso y al no haber considerado *“el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja”*(Párr. 57).

El juicio fue ampliamente cubierto por los medios de comunicación donde se hizo pública la orientación sexual de Karen Atala y adicionalmente se denunció en algunos medios un mal uso de los recursos del tribunal donde ella ejercía como jueza. A propósito de dichas publicaciones Karen Atala fue sometida a un proceso disciplinario en su calidad de miembro del poder judicial, proceso que también fue analizado por la Corte.

Desde hace ya varios años, otros órganos de protección de los derechos humanos habían sancionado la discriminación basada en la orientación sexual de las personas<sup>2</sup>, esta fue la primera vez que la Corte aborda esta violación estableciendo importantes estándares de protección, considerando a la orientación sexual como una categoría protegida y señalando que *“está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”* (Párr. 91)

### Consideraciones de la Corte

En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación la Corte señaló que se trata de derechos que constituyen jus cogens, descansando sobre ellos la estructura jurídica del orden público nacional e internacional y que, en consecuencia, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que creen directa o indirectamente situaciones de discriminación, de jure o de facto, como también deben adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias.

En relación a la orientación sexual estableció que es una categoría protegida por la Convención Interamericana de Derechos Humanos y que el derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual sino que también incorpora su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas.

2. En la Corte Europea de Derecho Humanos ver: Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, sentencia de 21 de diciembre de 1999; Caso Lustig-Prean and Beckett vs. Reino Unido, sentencia del 27 de septiembre de 1999, y el Caso Smith and Grady vs. Reino Unido, sentencia del 27 de septiembre de 1999, Caso Karner vs. Austria, sentencia del 24 de julio de 2003. En el sistema universal ver Comité de Derechos Humanos, Caso Young vs. Australia, Comunicación 941/2000 del 18 de setiembre de 2003 y Caso X vs. Colombia, Comunicación 1361/2005 del 14 de mayo de 2007.

En cuanto al interés superior del niño y niña -invocado por la Corte Suprema- la Corte estimó que no puede ser utilizado para justificar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos/as.

Sobre la garantía de protección a la familia, la Corte siguiendo los estándares internacionales<sup>3</sup>, estableció que no existe un modelo único de familia y que el núcleo familiar compuesto por Karen Atala, su pareja y las hijas e hijo de la primera estaba protegido por la Convención y fue objeto de una interferencia arbitraria.

La Corte consideró que la orientación sexual de Karen Atala era parte de su vida privada y, en consecuencia, las intervenciones a la misma debían sujetarse a los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que establece la Convención, estimando que si bien las razones de la Corte Suprema -el interés superior de las tres niñas- es un fin legítimo, la medida adoptada era inadecuada y desproporcionada para cumplir este fin, ya que habría bastado *“estudiar conductas parentales -que podían ser parte de la vida privada- pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala”* (Párr. 166). La Corte resolvió que durante el proceso de tuición se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, considerando que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y carece de relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad.

En cuanto a la participación de las niñas en el procedimiento de tuición, la Corte estimó que la naturaleza particular del recurso de queja -un recurso disciplinario en contra de jueces y juezas- no permite recaudar más prueba de la que ya ha sido aportada durante todo el proceso de tuición por lo que la Corte estimó que no era un requerimiento oír nuevamente a las niñas. Sin embargo, estimó que ello no significa que el testimonio dado por ellas en instancias anteriores pueda ser desatendido y que la CS no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las niñas y las razones por las cuales se apartaba de su voluntad vulnerando con ello su derecho a ser oídas.

Finalmente, en relación al proceso sancionatorio al que fue sometida Karen Atala, la Corte estimó que, pese a no ser sancionada por ello, la Corte Suprema consideró relevante su orientación sexual realizando incluso actuaciones tendientes a establecerla en el proceso, violando el principio de no discriminación y privacidad de la víctima. Asimismo se dio por establecido que existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe del juez a cargo de la investigación y que fueron validados por la Corte de Apelaciones que permiten establecer que se vulneró la garantía de imparcialidad.

### La decisión de la Corte

---

La Corte condenó a Chile por haber violado el artículo 1.1 de la Convención Americana en relación con: i) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24; ii) el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 frente a Karen Atala; iii) el derecho a la vida familiar reconocido en los artículos 11.2 y 17.1, en perjuicio de Karen Atala y las tres niñas; iv) el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, y v) la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 respecto a la investigación disciplinaria a que estuvo sujeta Karen Atala.

3. Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido hace ya varias décadas y en reiteradas ocasiones que la protección de la familia protege una diversidad de relaciones que exceden con mucho a la unión matrimonial entre un hombre y una mujer, ver por ejemplo *Caso Marckx Vs Bélgica*, sentencia 13 de junio de 1979, *Caso Kroon Vs. Holanda*, sentencia de 27 de octubre de 1994, *Caso X, Y y Z vs. Reino Unido*, sentencia de 22 de abril de 1997 y más recientemente el *Caso Schalk y Kopf vs. Austria*, sentencia de 22 de noviembre de 2010.

La Corte Interamericana ordenó al Estado indemnizar el daño material e inmaterial causado a las víctimas. Asimismo ordenó adoptar medidas de rehabilitación a favor de las víctimas para brindar una atención adecuada a los padecimientos psicológicos sufridos por ellas, y medidas de satisfacción como la publicación de la sentencia en diversos medios y la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional. Finalmente la Corte Interamericana ordenó al Estado adoptar como garantías de no repetición la capacitación de funcionarios/as públicos/as y especialmente del poder judicial en todas sus áreas y escalafones.

Ver [sentencia aquí](#).

### III. Derechos Económicos y Sociales.

**5. Derecho a la salud.** Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 21.331-2011, 9 de marzo de 2012. Derecho a la salud y acceso a medicamentos (cáncer de mamas).

Los derechos económicos, sociales y culturales siguen estando, en opinión de muchos/as, más en el ámbito de las políticas económicas que en el de la teoría de los derechos humanos. En efecto, si bien los derechos sociales son regulados en múltiples tratados internacionales y regionales de derechos humanos y están contemplados en la mayoría de las Constituciones nacionales, para gran parte de la población su incumplimiento no es visto como una violación de derechos humanos sino como una mera fatalidad o como la conclusión de inevitables injusticias sociales. Sigue señalándose por algunos/as que la principal función de los textos constitucionales es limitar el ejercicio de poder y que, en materia de derechos humanos, los Estados sólo deben respetar los derechos civiles de los/as ciudadanos/as<sup>4</sup>. Para estas posiciones, no cabe hablar de “justicia social” y menos establecer los derechos sociales como derechos exigibles jurisdiccionalmente pues ello sería un peligro para las libertades individuales<sup>5</sup>.

En cuanto a los mecanismos constitucionales de protección de los derechos constitucionales sociales existentes específicamente en nuestra Constitución Política de la República, se consagra una débil protección pues en la mayoría de los casos no existen recursos judiciales para el caso de que sean violados. En términos generales, el artículo 20 de la Constitución que regula el Recurso de Protección solamente tutela a los llamados derechos civiles y políticos y no a los derechos económicos, sociales y culturales. Entre los derechos sociales contemplados en la Constitución chilena, no están protegidos por el Recurso de Protección el derecho a la educación y el derecho a la seguridad social. Existen otros derechos que están protegidos en determinados aspectos del derecho o bajo ciertas circunstancias. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la salud que está garantizado solo en lo relativo al apartado final del artículo 19 N° 9, esto es, respecto al derecho a escoger el sistema de salud al que se desee acogerse.

Un fallo relevante en materia de protección de un derecho social constitucional está dado por la sentencia Rol 21.331-2011, de 9 de marzo de 2012, de la Corte de Apelaciones de Santiago que versa sobre el derecho a la salud y, específicamente, respecto del acceso a medicamentos de una mujer con cáncer de mamas. La recurrente en este caso interpuso un recurso de protección en contra del Ministerio de Salud (MINSAL) y del Instituto Nacional del Cáncer, estimando que estas instituciones han actuado en forma ilegal y arbitraria al denegar el otorgamiento del medicamento Herceptina o Herceptín, que le fuera recetado por su médico tratante dentro del proceso curativo -paliativo del cáncer de mama que padece. A juicio de la recurrente, lo anterior se habría traducido en una grave privación y perturbación de tres derechos constitucionales, esto es, el derecho a la vida e integridad física y psíquica, el derecho a la igualdad ante la ley, y el derecho de protección de su salud, contemplados respectivamente en los numerales 1, 2 y 9 de la Constitución Política de la República.

Respecto al no otorgamiento de los medicamentos requeridos por la recurrente, el MINSAL afirmó en su informe que se le proporcionaron todas las prestaciones que el sistema Ges (Garantías Explícitas de Salud) establece, y que el avanzado estado de desarrollo de su cáncer de mama implica que ya no tendrá curación como tal, y sólo se prevén tratamientos destinados a paliación de síntomas y, en lo posible, prolongación de la sobrevida. Esto último haría que no sea exigible la entrega de los medicamentos a la recurrente. La Corte en su sentencia señala sobre este punto que el factor o criterio de

4. Cfr. MARTÍNEZ ESTAY, J., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1997, p.16.

5. Cfr. HAYEK, F., *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. 2, *El espejismo de la justicia social*, Madrid, Unión Editorial, 1979, pp.141-157 y 172-180

exclusión no puede radicar en la circunstancia de que la prestación del medicamento sea sólo paliativa y no necesariamente curativa en los eventos de cáncer avanzado y aún terminal, sino que debe entenderse procedente su administración y su financiamiento siempre y cuando redunden en “un beneficio para la sobrevivencia o la calidad de vida” de la paciente.

Acerca de la vulneración del derecho a la vida, el MINSAL afirma que no correspondería alegar la vulneración de este derecho fundamental puesto que en este caso el peligro de vida deriva del cáncer avanzado que afecta a la recurrente y no de conductas de persona alguna ni de los órganos del Estado. Ante esto, es muy importante señalar que en la jurisprudencia constitucional comparada se ha dado lugar en diversos casos a la protección de la salud de las personas a través del derecho a la vida<sup>6</sup>. Ello ha sido particularmente importante cuando el derecho a la salud carece de garantías jurisdiccionales adecuadas, como es el caso de nuestro ordenamiento jurídico. La Corte de Apelaciones afirmó en el fallo que está siendo objeto de análisis, que existe afectación al derecho a la vida en cuanto la privación de los medicamentos redundaría en la aceleración del eventual desenlace fatal de su enfermedad y en dolorosa desmejora de su calidad de vida. De esta forma se reconoce lo establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a que todos los derechos requieren de parte del Estado del cumplimiento de obligaciones negativas y positivas<sup>7</sup>.

En el fallo también se estima que la denegación del medicamento prescrito afecta la igualdad ante la ley, por significar una discriminación en perjuicio de la recurrente, privada del beneficio que a sus iguales corresponde.

Por último, es interesante la argumentación del tribunal acerca del derecho constitucional a la salud. El MINSAL afirmó que no podía ser considerado porque la única parte del artículo 19 N° 9 de la Constitución que consagra ese derecho, y que está incluida en la acción constitucional de protección, es el último inciso que se refiere a la posibilidad de escoger entre el sistema público y privado. La Corte refuta este argumento planteando que, si bien esto último es efectivo, ello no puede significar *“hacer tabla rasa del mandato constitucional que obliga al Estado a proteger la salud de las personas, cuando la acción tutelar se funda también en el numeral 1° de dicho precepto constitucional”*. Ello es coherente con lo establecido en el artículo 6° de nuestra Constitución, que otorga fuerza normativa y aplicabilidad directa a los enunciados normativos constitucionales y que se aplica por igual a todos los derechos fundamentales, incluido por cierto el derecho a la protección de la salud. Y esto último también debe relacionarse con lo establecido en el artículo 5 inciso 2 de nuestro texto constitucional: se establece en la Constitución chilena que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la persona, los cuales se encuentran garantizados en la Constitución

6. Especialmente relevantes al respecto son diversos casos en los que la jurisprudencia constitucional ha resguardado el derecho que tienen los pacientes con VIH de acceder a la atención médica necesaria, destacando los siguientes: Tribunal Constitucional, Sudáfrica: Minister of Health and Treatment Action Campaign (TAC) 2002 (5) SA 721 (CC), de 5 de julio de 2002 (mencionado en el capítulo V.4, supra); Tribunal Constitucional, Perú: sentencia Azanca Alhelí Meza García, Expte. N° 2945-2003-AA/TC, de 10 de abril de 2004; Tribunal Supremo, Venezuela: Cruz del Valle Bermúdez y otros vs. MSAS s/amparo, Expediente N° 15.789. Sentencia N° 196, de 15 de julio de 1999

7. Hay importante jurisprudencia constitucional en diversos países que ha afirmado con claridad esta idea, destacando especialmente una sentencia de la Corte Constitucional colombiana que nos parece importante transcribir por la lucidez de su argumentación:

“El carácter prestacional de las libertades surge de la dimensión positiva de éstas. Tradicionalmente la doctrina identificaba las libertades básicas con derechos negativos o de abstención. El Estado sólo estaba obligado a no impedir el goce y ejercicio de las libertades de la persona, sin que fuera concebible hablar de una dimensión prestacional de las libertades. No obstante, actualmente se reconoce que incluso las libertades más clásicas como el derecho a la libre locomoción o a la libre expresión presuponen prestaciones materiales que hacen posible su ejercicio. En las sociedades modernas, donde el uso de la libertad individual depende de acciones y prestaciones públicas -servicio público de transporte, de telecomunicaciones, de salud, etc.- y donde la seguridad personal cuesta, no es posible sostener la tesis del carácter negativo de las libertades básicas. Por el contrario, la infraestructura necesaria para hacer posible el ejercicio de las libertades fundamentales, los derechos de defensa y debido proceso o los derechos políticos, requiere de grandes erogaciones económicas y de la actuación permanente y coordinada por parte del Estado. La fuerza pública, la administración de justicia y la organización electoral, aunque parezcan obvias en un Estado de derecho, constituyen la dimensión prestacional de las libertades básicas”. Corte Constitucional, Colombia: T-595 de 2002, de 1 de agosto de 2002, considerando y fundamento jurídico 5.1.

y los tratados internacionales ratificados por Chile, entre los cuales se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que consagra el derecho a la salud.

En la sentencia finalmente se acoge el recurso de protección presentado por la recurrente resolviéndose que el Instituto Nacional del Cáncer y el MINSAL deben financiar y proporcionarle a la recurrente el medicamento requerido por todo el tiempo que corresponda según la prescripción de su médico tratante.

Ver [sentencia aquí](#).

**6. Derecho a un medio ambiente libre de contaminación.** Corte Suprema, sentencia Rol N° 10.220-2011, 4 de abril de 2012. Proyecto Hidroeléctrico de Aysén.

En el año 2007 la empresa “Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.” presentó un proyecto de gran escala para la construcción de cinco centrales hidroeléctricas, dos en el río Baker y tres en río Pascua, ubicadas en XI Región de Chile conocido como “Proyecto Hidroaysén” (“Proyecto”).

El referido proyecto ha tenido un gran impacto público debido a los efectos medioambientales que podría causar y ha sido resistido por diversas organizaciones civiles y autoridades políticas que han recurrido varias instancias administrativas y judiciales para lograr el rechazo del proyecto. En un fallo dividido (3 votos contra 2) la Corte Suprema rechazó siete recursos de protección presentados por Senadores/as y Diputados/as de la República, alcaldes y alcaldesas, pobladores/as de Aysén, empresarios/as de la zona y organizaciones ambientales en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén (“Comisión”) por haber calificado favorablemente el Proyecto a fin de dejar sin efecto la resolución de la referida autoridad y se tomen las medidas para proteger los derechos violados contemplados en los numerales 1, 2, 3, 8 y 24 del artículo 19 de la CPR.

La sentencia adopta el criterio que establece que, en la medida en que las autoridades ambientales hayan tomado decisiones en el ámbito de su competencia y de acuerdo al procedimiento reglado definido por ley, sus decisiones deben ser tenidas por legales y no arbitrarias sin que le quepa al juez o jueza efectuar un examen de mérito de dichas decisiones de carácter técnico. Es decir, en tanto la ley no fije parámetros específicos que permitan evaluar las decisiones de la autoridad medioambiental, no existiría la posibilidad de cuestionarlas judicialmente sin importar cuál sea el resultado efectivo que esas decisiones tengan en relación al bien jurídico protegido, esto es, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Lo que deja sin responder esta sentencia es cómo compatibilizar esta aproximación formal con la naturaleza de la garantía invocada por los/as recurrentes. Los derechos constitucionales consagran aspiraciones acerca de un cierto estado de cosas, de modo que un examen de constitucionalidad debiera abarcar, fundamentalmente, un análisis respecto del efecto de la decisión administrativa impugnada en relación al estado de cosas garantizado por la Constitución. ¿Era esa decisión compatible con la garantía constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? En otras palabras, las garantías constitucionales tienen el atributo lógico de ser principios y la ponderación constitucional a su respecto debe tratarlos como tales, es decir, como estándares abiertos cuya aplicación siempre importa un examen de mérito.

Los/as recurrentes alegaron que la autoridad no había permitido una participación efectiva de la comunidad dentro del procedimiento y que las observaciones realizadas no fueron consideradas en la decisión. La CS estimó que la cantidad de observaciones presentadas por la comunidad al proyecto no se condicen con la imposibilidad alegada y que el hecho que la autoridad no haya compartido sus observaciones no significa que el acto sea ilegal o arbitrario.

En relación a la afectación del Parque Nacional Laguna San Rafael se alegó que la realización de un proyecto dentro de un parque nacional requiere de una autorización legal expresa de conformidad a la Ley 19.300, ley que no fue dictada en el presente caso. En el mismo sentido la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América -Convención de Washington- establece que los límites de los parques sólo pueden ser alterados mediante un acto del poder legislativo. En el caso del Proyecto se modificaron los límites de un parque nacional mediante una resolución administrativa. La CS estimó que la ejecución de un proyecto en un parque nacional no está prohibida en la



Ley 19.300 sino que esta solo requiere que la actividad o proyecto que se autoriza no esté prohibido por el ordenamiento jurídico pertinente. En cuanto a la exigibilidad de una ley en la Convención de Washington, la CS desestimó su aplicación al señalar que la CPR no establece que la alteración de los parques nacionales sea materia de ley. Asimismo consideró que las medidas de compensación, consistentes en incorporar un retazo de terreno adicional de 10 hectáreas, aceptadas por la Comisión, eran adecuadas.

Los/as recurrentes alegaron que el Proyecto afectaría la subsistencia del huemul y su hábitat en las áreas de las cuencas de los ríos Baker y Pascua donde habita y que no se han realizado los estudios sobre el impacto del Proyecto ni se han propuesto medidas para su preservación. La CS estimó que las medidas de compensación impuestas por la Comisión consistentes en la realización de un estudio para la conservación de cérvidos y la creación de un área de conservación eran adecuadas para minimizar los efectos adversos que pudieran generarse con el Proyecto.

La Asociación Gremial de Buzos Mariscadores, Algueros, Exportadores de Productos del Mar y afines de Aysén alegaron que la Comisión no había considerado sus observaciones en relación al efecto del Proyecto respecto a la retención y disminución de nutrientes como consecuencia de la instalación de represas y la labor extractiva que ellos realizan. De acuerdo a la CS la condición impuesta de realizar un programa de investigación sobre los efectos de las modificaciones del régimen de sedimentación del río Baker permite tutelar los intereses de los/as actores/as.

Asimismo, los/as recurrentes alegaron que en relación a la predicción y evaluación de eventuales riesgos, casi todos los pronunciamientos se condicionan a la entrega de información adicional previa a la construcción del Proyecto y que esas condiciones constituyen información mínima que debió considerarse en el proceso de evaluación ambiental. Específicamente, se señala que no se consideraron los efectos de los fenómenos golf (desbordamiento de un glaciar con descarga de agua, roca y sedimento) y las fluctuaciones de caudal que en determinadas condiciones podrían representar un riesgo para la vida de las personas. Las condiciones que fueron impuestas por la Comisión, esto es la evaluación y presentación de estudios sobre el posible vaciamiento de los lagos a la Dirección General de Aguas (DGA), y posteriormente y previo a la construcción la presentación de un informe sobre los cauces de los ríos en las áreas de intervención ante la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH), impiden la participación de la comunidad y su evaluación por los organismos con competencia ambiental como tampoco permiten una nueva evaluación en el evento que los estudios impliquen la necesidad de rediseñar el proyecto aprobado. La CS estimó que la existencia de esas condiciones no afecta la legalidad ni constituyen una arbitrariedad por parte de la Comisión ya que la posibilidad de establecer condiciones está expresamente contemplada en la Ley 19.300 y, por otro lado, dichas condiciones descartan las amenazas de riesgo alegadas por los/as recurrentes. En cuanto a la posibilidad de participación, la CS estimó que la aprobación de la DGA y DOH debe sujetarse a la Ley 19.880 (de Procedimiento Administrativo) que contempla una participación activa de los/as interesados/as.

Finalmente, los/as recurrentes impugnaron que el Proyecto está claramente compuesto por dos subproyectos interdependientes; construcción de centrales y líneas de transmisión. Al presentarse por la empresa su evaluación de forma fragmentada se impediría la determinación de los efectos sinérgicos de todos los agentes que componen el Proyecto, situación que además alteró el órgano competente para conocer del Estudio de Impacto Ambiental, presentándolo en la COREMA de la XI Región en circunstancias que debió haber sido competente la CONAMA con competencia nacional. Ello constituiría además un ilícito contemplado expresamente en el artículo 11 bis de la Ley 19.300. La CS estimó que la norma de la Ley 19.300 no exige perentoriamente la presentación conjunta de ambos proyectos y que el efecto sinérgico de los agentes del Proyecto podría ser revisado por la autoridad ambiental en el futuro mediante las facultades de revisión que

contempla la misma ley cuando las variables evaluadas de un proyecto hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se han verificado.

### Votos disidentes

---

Dos Ministros estimaron que la Comisión no consideró el principio preventivo que rige la Ley 19.300 concediendo una calificación favorable a un proyecto que no cumple con el artículo 12 d) y e) que obligan a considerar una predicción y evaluación del impacto ambiental de un proyecto o actividad, incluidas las situaciones de riesgo y las medidas que se adoptarán en caso de producirse. Las imprecisiones y falta de información del Proyecto que fue aprobado por la Comisión constituyen una amenaza a los numerales 1 y 8 del artículo 19 de la CPR.

Ver [sentencia aquí](#).

## IV. Libertad de expresión y transparencia.

**7. Derecho al acceso a la información de interés público** (caso "correos del Ministro Larroulet"). Consejo para la Transparencia. Decisión del amparo C1101-11, acordada el 16 de marzo.

El presidente de la Fundación Ciudadano Inteligente, Juan José Soto (recurrente), pidió tener acceso a los correos electrónicos enviados y recibidos por el ministro Secretario General de la Presidencia, Cristián Larroulet, entre el 18 y 21 de julio, con el objeto de obtener información sobre el proceso de elaboración de un proyecto de ley que mejoraba el Sistema de Alta Dirección Pública enviado en esos días al Congreso. La solicitud fue denegada por el Ministro señalando que los correos solicitados no constituyen información pública cubierta por la Ley de Transparencia sino que se trataba de comunicaciones privadas amparadas por la inviolabilidad que establece respecto de aquellas el artículo 19 N° 4 y 5 de la CPR.

La relevancia del fallo es que señala que los procesos deliberativos de una decisión de una autoridad pública deben ser públicos así como también los correos electrónicos enviados por funcionarios/as públicos/as en el ejercicio de sus funciones. Estos principios de publicidad priman, de acuerdo a lo señalado por el Consejo para la Transparencia (Consejo) sobre el derecho a la privacidad de los/as funcionarios/as públicos/as. En contra de la sentencia del Consejo se interpuso un recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En dicho procedimiento se solicitó al Tribunal Constitucional (TC) pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En un reciente caso similar sobre publicidad de correos electrónicos (Causa Rol 2153-11) interpuesto por el Sr. Subsecretario del Interior, el TC se resolvió en favor de la autoridad administrativa aunque la sentencia aún no ha sido dictada.

### Los argumentos de el/la recurrente

---

De acuerdo a el/la recurrente, la autoridad administrativa aplicó erróneamente los artículos 5 y 10 de la Ley de Transparencia (que definen qué información es de carácter público y el derecho a solicitar información) señalando que el carácter público de la información no está condicionado por el soporte en que se encuentra sino que por la naturaleza de la información que contiene y que, en este sentido, los correos electrónicos forman parte de un procedimiento administrativo y, por lo tanto, de carácter público. Asimismo se alegó que los correos electrónicos solicitados se refieren a aquellos enviados y recibidos por el Sr. Ministro en su calidad de funcionario público y en el desempeño de su función pública y que por ello no quedarían comprendidos dentro de la esfera de su vida privada. Finalmente, se alega que se trata de correos enviados desde una cuenta institucional, creada y mantenida con fondo públicos y especialmente creada para ejercer una función pública, debiendo presumirse que su contenido es público a menos que concurra una causal de reserva.

### Los argumentos de la autoridad administrativa

---

El Sr. Subsecretario reiteró que la información solicitada no es de carácter público y que se encontraría protegida por el artículo 19 N° 4 y 5 de la CPR ya que constituyen datos de carácter personal y porque su publicidad afectaría el debido cumplimiento de las funciones del órgano en tanto afecta el proceso deliberativo. En cuanto a la naturaleza de los correos señala que no se trata de actos administrativos al no contener decisiones formales que manifiesten voluntad de la autoridad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Los correos electrónicos facilitan la función pública pero no reemplazan a los decretos supremos y resoluciones sino que sólo constituirían una comunicación personal entre

autoridades o funcionarios/as. Asimismo alegó que la CPR protege la comunicación privada entre dos personas, realizada por cualquier medio careciendo de relevancia el contenido de la comunicación o si emanan de un/a servidor/a público/a o privado/a. Por otro lado señala que, de conformidad a los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las restricciones a la privacidad no pueden ser abusivas o arbitrarias, deben estar establecidas en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. El Sr. Subsecretario considera que la Ley de Transparencia no reúne el requisito de establecer causales específicas y excepcionales que hagan procedente la revelación del contenido de las comunicaciones ni tampoco un mecanismo especial para ello. En cuanto a la competencia del Consejo señala que la Ley N°20.285 supedita su autonomía al principio de supremacía constitucional, especialmente a las normas de competencia alegando que el Consejo carece de competencia para levantar el secreto de las comunicaciones privadas protegidas por el Artículo 19 N°5 de la CPR y en el evento de hacerlo estaría violando los artículos 6 y 7 de la misma. Finalmente, alegan que la divulgación de los correos vulneraría el principio de igualdad contenido en el artículo 19 N°2 de la CPR al privarse de manera discriminatoria y arbitraria del derecho a la privacidad por el sólo hecho de ser funcionarios/as públicos/as usuarios/as de servidores institucionales vulnerándose además la Ley N°19.628 sobre protección de datos personales.

### **La resolución del Consejo para la Transparencia**

---

En cuanto a si los correos electrónicos se encuentran comprendidos en la Ley de Transparencia, el Consejo señala que el artículo 5 de la referida ley amplía el contenido de la norma del artículo 8 de la CPR al establecer la publicidad de toda la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de la Administración Pública sin distinguir si se trata de deliberaciones o actos o resoluciones. La Ley de Transparencia en este sentido cumple los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece la libertad de pensamiento e información, cuyo contenido ha sido expresamente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes Vs. Chile* en que se estableció que el mencionado derecho incluye los derechos de buscar y recibir informaciones y en consecuencia protege el derecho de las personas a la información que se encuentre en poder del Estado. En este mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que las excepciones al acceso a la información pública deben estar establecidas mediante ley de quorum calificado. Asimismo cita la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que señala que las restricciones deben estar expresamente contempladas en la ley. Por otro lado, señala que en Chile existe una política gubernamental de incorporar tecnología informática en los órganos de la Administración del Estado, en virtud de la cual los correos electrónicos son empleados frecuentemente como fundamento o sustento directo de actos y decisiones de la Administración, remplazando en la práctica los documentos administrativos en formato de papel, tales como memorándum u oficios. Adicionalmente, tuvo en consideración que las casillas de correos institucionales se habilitan con cargo a su presupuesto público y son asignadas a los/as funcionarios/as para el desarrollo eficiente de sus funciones, por lo tanto los mensajes relacionados con el ejercicio de sus funciones forman parte de su trabajo también remunerado con fondos públicos. En consecuencia, el Consejo concluyó que los correos electrónicos se rigen por el artículo 5 inciso 2 de la Ley de Transparencia y que constituyen información potencialmente pública.

En cuanto a las causales que pueden hacer procedente la reserva de los correos, el Consejo estimó que, en relación a la protección constitucional de la vida privada, esta no era aplicable en el presente caso debido a que los correos solicitados excluían expresamente aquellos que el Sr. Ministro considerara bajo el alero de su vida privada. En este sentido el Consejo tuvo en consideración las diversas normas del Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia que establecen la

publicidad de los correos electrónicos y estimó que las autoridades no contaban siquiera con una expectativa de privacidad de sus comunicaciones. Asimismo el Consejo estableció que los correos solicitados no constituyen datos personales de carácter sensible ya que para ello debió haberse acreditado que su contenido se refiere a características físicas o morales de personas determinadas o a hechos o circunstancias de su vida privada, lo que no sucedió. El Consejo estimó que el considerar privados a los correos electrónicos enviados por funcionarios/as públicos/as en el ejercicio de sus funciones, podría crear una instancia de secreto que transformaría en privados documentos que son esencialmente públicos, situación que se agravaría por la profundización del uso de medios electrónicos en el Gobierno. En consecuencia, el Consejo declaró que los correos electrónicos no son comunicaciones secretas en sí mismas, sino que dependerá de su contenido.

En relación a la posible vulneración de la garantía del artículo 19 N°5 -inviolabilidad de la comunicación privada- el Consejo consideró que calificar de comunicaciones privadas a los correos electrónicos de los/as funcionarios/as públicos/as en el ejercicio de sus funciones, con ánimo de reserva, importaría un fuerte retroceso en los propósitos de la Ley de Transparencia, sobre todo porque esta misma interpretación puede aplicarse a cualquier oficio o comunicación en soporte de papel.

En cuanto a la falta de determinación y especificidad de la Ley de Transparencia para levantar la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, el Consejo las estima improcedentes ya que resolvió previamente que no se trata de comunicaciones privadas. No obstante lo anterior, el Consejo estimó que la Ley de Transparencia cumple con los referidos estándares en un procedimiento que contempla la posibilidad de oír a los terceros que puedan verse afectados/as.

Sobre la eventual vulneración de la garantía de igualdad ante la ley, el Consejo resolvió que la igualdad supone una comparación de análogos y que en el presente caso los/as funcionarios/as públicos están sujetos a exigencias distintas a las de personas particulares y efectivamente tienen una esfera mas reducida de su esfera privada justificadas por el ejercicio de una función pública y la necesidad de ejercer un control social sobre las mismas.

Finalmente, en cuanto a los obstáculos al debido funcionamiento del servicio -Artículo 21 N°1 de la Ley de Transparencia- que representaría la publicidad de los correos electrónicos, el Consejo resolvió que los correos electrónicos se utilizan frecuentemente como fundamento o complemento de actos administrativos, por lo que la alegación carece de razonabilidad y que para hacer procedente la excepción de la referida norma es necesario que concurra una causal de secreto o reserva específica, situación que no ocurrió.

El Consejo concluyó que los correos electrónicos de los/as funcionarios/as públicos/as enviados desde su casilla institucional y en el ejercicio de sus funciones son públicos a menos que se acredite la concurrencia de una causal específica de secreto o reserva, acogiendo el amparo y requiriendo a la Subsecretaría General de la Presidencia que entregue al o la solicitante copia de los correos electrónicos tarjando aquellos antecedentes relativos a la intimidad o vida privada de sus emisores/as o receptores/as.

### **Voto Disidente**

---

El Consejero don José Santa María Zañartu estimó que en el caso debió aplicarse la causal del Artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia para proteger el proceso deliberativo de los/as funcionarios/as públicos/as en tanto los correos electrónicos constituyen un espacio para intercambiar abiertamente opiniones, contrastar datos y sopesar alternativas con la tranquilidad que esas comunicaciones no afectarán la decisión pública que se adopte finalmente.

**Ver sentencia aquí.**

## V. Reseñas de fallos internacionales.

### **Sentencia de la Corte Suprema Argentina, de 13 de marzo de 2012, que establece que no constituye delito el aborto para poner término a un embarazo que tiene su origen en una violación.**

La Corte Suprema Argentina señaló que los tratados internacionales de derechos humanos no contemplan normas de protección al feto, haciendo referencia a diversas resoluciones de los organismos de aplicación que más bien se encaminan a solicitar a los Estados legalizar el aborto en determinadas circunstancias, especialmente en caso de violación de la mujer. En relación a la legislación argentina, la Corte Suprema consideró que no existía una norma constitucional que prohibiera el aborto y que si bien el Código Penal sólo lo permitía en caso de violación de mujer incapaz, dicha distinción carece de razonabilidad al no fundarse en un criterio válido de diferenciación. En relación a la interpretación del Código Penal la Corte Suprema señaló el deber de "priorizar una exégesis [que esté] en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y [a] privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal". En consecuencia, la Corte estimó que debe adoptarse la interpretación cuyo resultado sea despenalizar la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación ya que la interpretación restrictiva contraria "amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica".

Asimismo la Corte hace presente a los/as funcionarios/as de la salud sobre la obligación de practicar abortos en los casos que autoriza la ley y llama a no eludir sus responsabilidades solicitando autorización judicial, ya que con ello la situación de las víctimas de violación se hace más gravosa. En este sentido la Corte exhortó "a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual".

### **Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia Caso Vejdeland y Otros Vs. Suecia. (Aplicación N° 1813/07).**

La Corte rechazó la demanda interpuesta por ciudadanos suecos, que fueron condenados por haber cometido el delito de incitación ofensiva en contra de un grupo nacional o étnico (distribuyeron folletos en una escuela secundaria en que se referían a la homosexualidad como una "desviación sexual" que tiene "un efecto destructivo de la moralidad en la sustancia de la sociedad"). La Corte estimó que las condenas impuestas por los tribunales suecos constituían una interferencia a la libertad de expresión que estaba establecida en la ley y tenía un objetivo legítimo de proteger la reputación de otros/as. En cuanto a lo necesario de la medida en una sociedad democrática, la Corte estimó pese a que la acción de los solicitantes tenía por motivo iniciar un debate sobre la falta de objetividad en la educación de los colegios, los panfletos contenían una incitación al odio. Para estos efectos la Corte consideró que la incitación al odio no solamente se refiere a los casos de incitación a la violencia u otro acto criminal sino que también los ataques contra las personas cometidos por un insulto que ridiculice o difame a grupos específicos de la población. La Corte también tuvo en consideración que las penas impuestas a los solicitantes no fueron excesivas ni desproporcionadas al objetivo perseguido.

**Tribunal Constitucional Español, sentencia de 30 de enero de 2012. Rechaza los amparos solicitados por Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. (núm. 4821-2009) y por Televisión Autonómica Valenciana, S.A. (núm. 4829-2009) fundándose en el derecho a la privacidad.**

La Corte estimó que el uso de cámaras ocultas con fines periodísticos constituye un medio ilegítimo para obtener información por cuanto interfiere con el derecho a la privacidad. Para estos efectos y siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos definió que la protección de la intimidad no se restringe al ámbito doméstico o el círculo íntimo de una persona sino que también incluye otros ámbitos como el del trabajo o profesión, estableciendo como criterio las expectativas razonables de una persona de encontrarse al resguardo de la observación o escrutinio público. La Corte estimó que el uso de cámaras ocultas también vulneraba a la propia imagen entendida como el “derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde”.

La Corte estimó que la utilización de cámaras ocultas no era necesaria ni adecuada para la obtención de información por parte de los/as periodistas y que el eventual interés público comprometido no es una consideración en el caso, debido a que es la utilización del método mismo lo que está prohibido constitucionalmente.

