

**SECCIÓN DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

ESCOLIOS SOBRE LAS SENTENCIAS DE AMPARO PRONUNCIADAS POR LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA EN CASOS DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.

Enrique Aldunate Esquivel
Abogado

Resumen

El presente comentario se refiere al conjunto de sentencias pronunciadas por la E. Corte Suprema a mediados del año 2018, específicamente, respecto de siete *acciones de amparo*, por las cuales revocando o confirmando la decisión previa de la Corte de Apelaciones de Santiago, resolvió en forma unánime o en votación dividida, acoger las señaladas acciones constitucionales, otorgando la *libertad condicional* de autores de crímenes de Estado. Las referidas sentencias no pasaron inadvertidas en la comunidad jurídica, ni en la opinión pública, generando en sede parlamentaria la presentación de una acusación constitucional por un grupo de diputados, en contra de tres integrantes de la Sala Penal del máximo tribunal, como asimismo, el fin de la *hibernación legislativa* de mociones en la materia. El presente comentario, aborda los alcances jurídicos de la decisión del máximo tribunal, como asimismo, y como consecuencia de las referidas resoluciones judiciales, las reformas introducidas mediante ley N°21.124 (D.O. 18.01.2019) al Decreto Ley N°321 sobre libertad condicional, objeto también de requerimientos por un grupo de parlamentarios, ante el Tribunal Constitucional, en cuya sede se abordaron temáticas constitucionales de interés.

1. Prolegómenos

1. Como expresa la doctrina nacional, tratándose de la *ejecución de penas* en la ley positiva chilena, no existe un desarrollo adecuado atendido que “el Código Penal es muy parco en este punto”¹, la *fase ejecutiva* de las penas que resultan

¹ Cury, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad de Católica de Chile, 8° edición, 2008: p. 722

aplicadas en el contexto del proceso penal, se limita escuetamente sobre la base de dos disposiciones vigentes. Por una parte, el art. 86 del Código Penal establece que “los condenados a penas privativas de libertad cumplirán sus condenas en la clase de establecimiento carcelario que corresponda en conformidad al reglamento respectivo”. De ahí que con razón se afirme que “el déficit de legalidad del sistema de ejecución de penas en Chile, queda de manifiesto por la remisión a normas de carácter administrativo de la regulación...”², a lo que se agrega que “existen escasos o nulos controles externos en el ámbito de la ejecución de la pena que se limitan, casi exclusivamente, a la posibilidad que tienen los internos de interponer alguna acción constitucional (amparo o protección) o de presentar alguna solicitud ante el juez de garantía. Por lo demás, en este último caso, la regulación del art. 466 del Código Procesal Penal es insuficiente y limitada, lo que muchas veces, lejos de incentivar a los jueces a ser más proactivos en su función cautelar de los derechos de las personas privadas de libertad, los inhibe en términos de competencia y deciden mantener la cuestión en el ámbito administrativo”³. En la órbita comparada en Alemania, la Ley de Ejecución Penal y Medidas de seguridad tiene por origen la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1972⁴ que declaró: “los derechos fundamentales de los internos en un establecimiento penitenciario sólo pueden ser limitados mediante o en base a una ley”, así la norma citada establece dentro de su objeto que “durante la ejecución de la pena privativa de libertad debe estimularse la capacidad del condenado a llevar, en el futuro, una vida socialmente responsable sin delinquir. La ejecución de la pena privativa de libertad tiene también por objeto la protección de la sociedad frente a otros hechos punibles”⁵, asimismo, regula “aspectos tales como alojamiento, alimentación, visitas, encomiendas, trabajo, educación, culto, asistencia médica, etc.”⁶.

2 Cillero, Miguel. *Código Penal Comentado*. Parte General Doctrina y Jurisprudencia. Jaime Couso, Héctor Hernández (directores), Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, 2011: p. 694. Además, Guzman Dálbora, José Luis. “Consideraciones críticas sobre el Reglamento Penitenciario Chileno”. En *Doctrinas Esenciales. Gaceta Jurídica Derecho Penal*. Tomo II. Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing Chile, 2011: pp. 559-567.

3 cf. Consejo para la reforma penitenciaria. Recomendaciones para una nueva Política Penitenciaria. Ministerio de Justicia, Santiago, Marzo de 2010: p. 42.

4 Kaiser, Günter. “Ejecución penal y Derechos humanos”. En *Revista Direito e Cidadanía*. Año II, N°6, 1999, pp. 9-22.

5 Künsemüller, Carlos. “La Libertad Condicional y la Prevención Especial del Delito”. En *Revista de Ciencias Penales*, Tercera Época, Enero-Abril 1973, N°1 Tomo XXXII: p. 113.

6 Cf. con detalle, Morales, Ana María; Welsch, Gherman; Hurtado, María. “Estudio comparado sobre Tribunales de Ejecución de Penas”. Fundación Paz Ciudadana, 2015, p.20

2. Lo anterior, es expresivo de la necesidad de una reforma integral al sistema de ejecución de penas⁷, cuestión que ha sido un tema de escasa atención entre los especialistas. En nuestro sistema penal, es el *sistema progresivo* o irlandés, el que rige en materia de ejecución “basado en un tratamiento gradual y por etapas del recluso, empezando por un régimen estricto hasta llegar finalmente, si se han cumplido satisfactoriamente los pasos anteriores, a un sistema de semi-libertad, previo de la liberación definitiva”⁸. En nuestro medio, “la libertad condicional, que constituye el cuarto período previsto en el Reglamento Carcelario como etapa del cumplimiento de las penas privativas de libertad, es la consecuencia de la aplicación de un sistema penitenciario progresivo que se encamina a obtener la enmienda del delincuente”⁹.

Este sistema ha sido criticado por Ferrajoli, quien se pregunta cuál es la función de un sistema penal *escindido*, que prevé y dispone penas severas en sede legal y judicial, para más tarde desmentirlas con una serie de indulgencias dispensadas discrecional y sistemáticamente en sede de ejecución administrativa, afectando la legalidad, la certeza y la igualdad penal, pues “esta doble función de la pena -ejemplar en el momento de la condena, disciplinaria y compromisoria en el momento de la ejecución- confiere por lo demás a las instituciones punitivas un carácter fuertemente potestativo y totalizante”¹⁰, luego se interpreta que “en rigor, se trata de una crítica a la hipocresía política del sistema pues, en tanto que en el código penal se mantienen penas severísimas, los políticos -ante el temor a la opinión pública asediada por discursos de inseguridad- optan por derogarlas mediante disposiciones de las leyes penitenciarias, en una suerte de *frontalismo* penal”¹¹. Otro aspecto, dice relación al carácter premial del régimen, que surge de la forma facultativa de su concesión, lo que conlleva -como contrapartida- interpretar estos institutos

7 Se puede mencionar el “Anteproyecto de Implementación del Juez de Vigilancia”, elaborado por especialistas, la GTZ y el Ministerio de Justicia, consta de seis títulos, que regulan la organización de los tribunales; la competencia del juez de vigilancia penitenciaria; el procedimiento, las disposiciones adecuadoras, transitorias y finales, en lo medular propone incorporar al juez de vigilancia penitenciaria a la planta de los juzgados de garantía, otra propuesta relevante, es la elaborada por la Universidad Diego Portales, por encargo de la Biblioteca del Congreso Nacional, en que se elabora una propuesta sistemática y más recientemente la moción de los diputados Ilabaca, Alessandri, Leiva, Garín, Hertz, Schaper y Walker (Boletín 12.213-07).

8 Künsemüller, Carlos. “La Libertad Condicional y la Prevención Especial del Delito”. En *Revista de Ciencias Penales*, Tercera Época, Enero-Abril 1973, N°1 Tomo XXXII: p. 113.

9 Novoa Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 3° edición: p. 313.

10 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, 5° edición, 2001: p. 408.

11 Zaffaroni, Raúl; Slokar, Alejandro y Alagia, Alejandro. “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, 2002: p. 954

como derechos, los que ante imperfecciones de la ley deben ser corregidos por vía jurisprudencial.

3. Es en este contexto de reglas deficitarias, que la Corte Suprema pronuncia su decisión sobre las acciones de amparo, empero, con jurisprudencia oscilante los años anteriores¹², lo que se analizara en el siguiente apartado.

2. Contexto de los fallos de la sala penal

a) Los hechos en que se fundamentan las acciones de amparo e individualización

4. La Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema, los días 30 y 31 de julio de 2018, procedió a confirmar o revocar siete sentencias dictadas previamente por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en las que se había acogido o rechazado acciones de amparo, respecto de la decisión de la comisión sobre libertad condicional que denegó el beneficio a condenados por *crímenes de lesa humanidad* cometidos en el período 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1990. Lo anterior exige una diferencia elemental entre criminalidad común y criminalidad del Estado. Tratándose de esta última forma de criminalidad, -durante el período del ejercicio del poder de sus autores, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990-, gozó de impunidad de iure (D.L. 2.191) y de facto, y que con el advenimiento del restablecimiento del régimen democrático, gradualmente se establecieron condiciones materiales para el juzgamiento de estos graves hechos delictivos. Cabe tener presente que los *delitos de lesa humanidad* en el período aludido han sido juzgados conforme a los tipos penales vigentes a la época de la comisión de los delitos (la ley N° 20.357 que tipifica crímenes internacionales es de 2009), de ahí que cobra valor lo señalado por Novoa Monreal: “cuando se lo realiza en un país en forma masiva y sistemática, haya de ser calificado jurídicamente como un delito contra la humanidad, con el fin que le sean aplicables todas las reglas concernientes a este último, entre ellas la obligación de plena colaboración internacional para su persecución y castigo, amplias posibilidades de extradición y la imprescriptibilidad de la responsabilidad consiguiente”¹³.

12 Se puede mencionar sólo como referencia las causas de la Corte Suprema Rol 88.995-2016; 95.099-2016; 99.794-2016; 100.604-2016; 4.785-2017; 28.013-2017; 34.148-2017 entre otras.

13 Novoa Monreal, Eduardo. *El desaparecimiento de personas. Breve análisis jurídico*, p. 29, en Revista Araucaria de Chile, N° 14, 1981.

El análisis de lo resuelto por el máximo tribunal, debe ser analizado más allá de un aspecto rutinario de la ejecución de la pena, esto se explica porque la criminología tradicionalmente no ha puesto como objeto de sus estudios el *crimen de estado*, más bien, “tanto la atención científica como la comunicación social no pueden hacer otra cosa que concentrarse sobre campos limitados y por ello, irremisiblemente, pierden de vista o dejan en segundo plano lo que queda excluido de su foco de atención”¹⁴, pues “en el caso de la comunicación social esto genera la llamada *indiferencia moral*: todos saben la existencia de los hechos atroces, pero se omite cualquier acto al respecto, no existe desinformación sino negación del hecho”¹⁵. Lo anterior supone destacar la banalización de la destrucción cotidiana de miles de vidas humanas ante el silencio indiferente del mundo, como si fuese el inevitable resultado de un curso natural o, más aún, como si no sucediese (negación)¹⁶, COHEN, hace largo tiempo llama la atención acerca de este fenómeno en el campo criminológico con respecto a los crímenes de estado¹⁷.

5. Respecto de los primeros cinco beneficiados, todos condenados por el delito de secuestro, la Segunda sala estuvo integrada por los ministros Sr. Hugo Dolmestch, Sr. Carlos Künsemüller, Sr. Manuel Antonio Valderrama y los abogados integrantes Sr. Ricardo Abuauad y Antonio Barra. La resolución revocó las resoluciones de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había negado hacer lugar a los amparos, confirmando la resolución de la Comisión de Libertad Condicional, cuyos informes psicológicos establecían que los reos tenían “insuficiente o inexistente conciencia del delito y del daño ocasionado”, en algunos casos, o por aplicación del Estatuto de Roma en otros, además, salvo la prevención del Ministro Künsemüller, los integrantes de la sala penal desestiman –en sede de ejecución penal- la aplicación de una fuente de derecho obligatoria, como son los Tratados Internacionales suscritos por Chile en materia de derechos fundamentales. Lo controvertido de este aspecto, que

14 Zaffaroni, Raúl, “El crimen de estado como objeto de la criminología”. En “Contribuciones críticas al sistema penal de la Post Modernidad”, *in memoriam* a Eduardo Novoa Monreal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central, 2008: p. 511.

15 Zaffaroni, nota 9.

16 Zaffaroni, nota 9.

17 Cohen, Stanley, “*Human Rights and Crimes of The State: The Culture of Denial*”, Australian and New Zealand Journal of Criminology, July, 1993, 26: 97-115;

en evidencia, con el voto disidente del Ministro Dahm y la abogada integrante Sra. Gajardo, cuyos fundamentos también se desprenden en las sentencias de la Corte de Apelaciones.

6. Las sentencias de la Sala penal de la Corte Suprema se resumen en el siguiente cuadro sinóptico:

<p>ROL 16.819-18, 30 de julio de 2018. Integrantes del Tribunal: Ministros Dolmestch, Valderrama, Künsemüller, y abogados integrantes Abuauad y Barra. Prevención Ministro Künsemüller. Decisión unánime: Revoca sentencia CAS. Rol 1.571-2018 que rechaza amparo por aplicación art. 5° Constitución no aplicable a delitos comunes. Recurrente: condenado Pérez Santillán.</p> <p>ROL 16.820-18, 30 de julio de 2018. Integrantes del Tribunal: Ministros Dolmestch, Valderrama, Künsemüller, y abogados integrantes Abuauad y Barra. Prevención Ministro Künsemüller. Voto en contra del Ministro Valderrama por tener otros procesos pendientes, incompatibles con el beneficio. Decisión: Revoca CAS. Rol 1.590-2018 que rechazó el recurso de amparo por ser un acto administrativo dictado por el órgano administrativo competente. Recurrente: condenado Quintanilla Fernández</p> <p>ROL 16.821-18, 30 de julio de 2018. Integrantes del Tribunal: Ministros Dolmestch, Valderrama, Künsemüller, y abogados integrantes Abuauad y Barra. Prevención Ministro Künsemüller. Decisión unánime: Revoca sentencia CAS. Rol 1.570-2018 que rechaza acción de amparo por aplicación del art. 5° Constitución no aplicable a delitos comunes. Recurrente: condenado Portillo Aranda.</p> <p>ROL 16.822-18, 30 de julio de 2018. Integrantes del Tribunal: Ministros Dolmestch, Valderrama, Künsemüller, y abogados integrantes Abuauad y Barra. Prevención Ministro Künsemüller. Decisión unánime: Revoca sentencia CAS. Rol 1.568-2018 la que en Fallo Dividido rechaza la acción. El ministro Leopoldo Llanos y la abogada integrante Paola Herrera sostienen que la comisión actuó dentro de sus facultades, además la prevención del Ministro Llanos aplica art. 110 estatuto Roma, la disidencia del Ministro Sr. Poblete se funda en que el amparado reúne los requisitos objetivos del art. 2 DL. 321. Recurrente: condenado González Astorga.</p> <p>Rol 16.958, 31 de julio Integrantes del Tribunal: Ministros Dolmestch, Valderrama, Dahm, y abogados integrantes Abuauad y Gajardo. Decisión dividida: confirma fallo CAS, Valderrama, Dahm, y Gajardo que confirma fallo CAS, rol 1.600-2018 que en decisión dividida “acoge empero ordena evaluar nuevamente la situación del amparado” con voto en contra de la abogada integrante María Cecilia Ramírez. El voto de minoría del Ministro Sr. Dolmestch y el abogado Integrante Abuauad, quienes estaban por acoger amparo y modificar lo resuelto en la Corte de Apelaciones sin ordenar la revisión de lo resuelto en la comisión de libertad condicional.</p> <p>Rol 16.961, 31 de julio. Integrantes del Tribunal: Ministros Dolmestch, Valderrama, Dahm, y abogados integrantes Abuauad y Gajardo. Decisión dividida: confirma fallo CAS, Ministros Dolmestch, Valderrama, y abogado integrante Sr. Abuauad, que en causa Rol 1.547-2018, acoge amparo con votos de Ministros Balmaceda y Poblete, voto en contra del amparo el ministro Leopoldo Llanos (por aplicación del art. 5 de la Constitución y estatuto de Roma). En contra Ministro DAHM y ab. Integrante Gajardo fundando el rechazo en el art. 110 del Estatuto de Roma.</p>
--

b) La solución jurídica que adoptan las sentencias.

7. Los fallos en su parte considerativa establecieron, en lo pertinente, lo siguiente:

“...6°) Que, en el orden referido, las Convenciones suscritas por Chile en materia de Derechos Humanos no impiden reconocer a los condenados su derecho a reincorporarse a la sociedad mediante mecanismos como el de la Libertad Condicional y, concordantemente, el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, en la resolución sobre el cumplimiento de la sentencia de 7 de septiembre de 2012, sólo cuestiona el otorgamiento “*indebido*” de beneficios en la ejecución de la pena, lo que eventualmente puede conducir a una forma de impunidad, situación que no se presenta en el caso de autos, donde el amparado cumple los extremos legales y reglamentarios para acceder a la libertad condicional.

7°) Que, aun cuando todo lo ya señalado resulta suficiente para revocar la sentencia apelada y acoger la acción deducida, no está de más señalar que, en relación al resultado negativo del informe psicosocial que la Comisión recurrida invoca para no ejercer la facultad del artículo 3° del D.L. N° 321 -erróneamente como se ha dicho, pues el secuestro no está mencionado en dicha disposición-, tal alusión no puede estimarse como suficiente para cumplir el deber de motivar adecuadamente una decisión que conlleva prolongar la privación de libertad del amparado, desde que entrega fundamentos genéricos en relación a diversos condenados, lo que no resulta aceptable si dichos fundamentos son atingentes a elementos psicológicos de carácter estrictamente personal. En efecto, la decisión de la Comisión recurrida, no fundamenta ni siquiera de manera breve, por qué concretamente en relación al amparado el contenido del informe psicológico evacuado a su respecto le impide reintegrarse a la sociedad, sin que baste, como se ha dicho, la mera y general remisión a la opinión de los peritos informantes, porque ello en definitiva importaría radicar en éstos, y no en la Comisión, decidir el otorgamiento de la libertad condicional y, además, aceptar que tal asunto se defina en último término, nada más que en base a apreciaciones subjetivas obtenidas en una entrevista llevada a cabo en un determinado momento del encierro, opacando de ese modo el cumplimiento de los demás extremos, en particular el observar una conducta intachable durante todo el período sujeto

a calificación -incluso calificada como sobresaliente con la consiguiente rebaja de pena por 4 meses-, lo que en definitiva haría vanos los esfuerzos concretos de los internos por mantener una correcta conducta en el interior del recinto con el objeto de acceder a la libertad condicional.

8°) Que, finalmente, conviene aclarar que lo que se ha venido reflexionando no conlleva desconocer la particular gravedad de los crímenes de lesa humanidad como aquél por el que cumple condena el amparado, sin embargo, tal carácter ya fue considerado para excluir la extinción de responsabilidad penal -y civil- que operaría en delitos comunes, por causales como la amnistía y la prescripción, así como para fijar la cuantía de la pena y, por consiguiente, determinar su cumplimiento efectivo, de manera que, no resulta razonable considerarlo nuevamente, esta vez, para negar de manera absoluta el acceso a la libertad condicional si se han respetado todos los estándares que el derecho internacional ha demandado para tal efecto, reseñados en el motivo 5° ut supra.

9°) Que, en consecuencia, en este caso la Comisión recurrida ha negado la libertad condicional al amparado pese a cumplir todos los extremos previstos en el artículo 2° del D.L. N° 321, con lo cual se le ha privado ilegalmente de su derecho a recuperar, condicionalmente, su libertad ambulatoria, por lo que la acción de amparo examinada deberá ser acogida en la forma pedida en el arbitrio...”.

Se desprende de esta doctrina que en sede de ejecución los Tribunales, no debe efectuar *control de convencionalidad* respecto de crímenes de lesa humanidad. Además, siguiendo la jurisprudencia constante, la Sala Penal determina que los requisitos¹⁸ establecidos en el artículo 2° del D.L. 321 son objetivos¹⁹, lo que en principio, es una interpretación correcta ante un déficit legislativo, que confiere un carácter discrecional o facultativo en sede administrativa. Adicionalmente, para gozar el derecho a la libertad condicional, la Corte prescinde de cualquier referencia a los informes psicológicos tenidos en

¹⁸ Como se desprende del voto de mayoría de la sentencia Rol 16.961-18 “...1°) Que conforme el mérito de los antecedentes que constan en la presente acción constitucional, el amparado cumple todos los requisitos previstos en el artículo 2° del D.L. No 321 para gozar del derecho a la libertad condicional...”.

¹⁹ Como se desprende de la prevención del Ministro Sr. Künsemüller en las sentencias Rol 16.817-18; 16.819-18; 16.821-18; 16.820-18 y 16.822-18 quién concurre a la decisión de revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acoger el recurso, teniendo solamente en cuenta que el amparado cumple los requisitos objetivos exigidos por el DL N° 321, únicos que ha de satisfacer el condenado, la edad del solicitante y la circunstancia de que no se divisan qué mayores fines de rehabilitación podrán obtenerse con una prolongación de la privación de libertad.

consideración por la Comisión, los que se consideran ilegales. El alcance de estos lineamientos jurisprudenciales, son acotados con posterioridad, como se desprende de las decisiones en los casos de la sentencia Rol 16.823-2018 de fecha 7 de agosto de 2018:

“Que el mérito de la certificación allegada a esta causa en cumplimiento de la medida para mejor resolver decretada, acredita que el amparado es objeto de un juzgamiento penal en curso por diversos ilícitos de la misma naturaleza al que ya fue materia de condena, circunstancia que impide concederle actualmente la libertad condicional, por no hallarse cabalmente dilucidada su situación procesal penal de manera definitiva”²⁰.

3. Discusión jurídica y comentario

8. Entre las principales críticas a las sentencias individualizadas, se señala que la Sala Penal, con esta decisión dejaría sin aplicación tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es decir no habría efectuado el *control de convencionalidad*, entendiendo por este “el realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas con la CADH”²¹. Es decir, al existir la obligación de los organismos del Estado de proteger y promover los derechos reconocidos y garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también, no desconocer lo resuelto por la jurisprudencia de los tribunales internacionales cuya jurisdicción el Estado aceptó (CIDH). Así las cosas, se puede sostener que la aplicación de beneficios ex post condena a criminales de Estado, significa una forma de impunidad al consolidar una *apariencia de justicia*. No se puede desatender que Chile –y sus órganos– “están obligados a honrar los tratados que ha suscrito, no puede argüir su propio Derecho (Decreto ley sobre libertad condicional) para eximirse de acatarlos (arts. 26 y 27 de la Convención de Viena) y, por ende, rigen imperativamente y sin circunloquios para él los artículos 41, letra “b”, 51, número 2, y 68 de la Convención americana sobre derechos humanos.”²²

20 Sentencia pronunciada por los Ministros Dolmestch, Valderrama, Künsemüller y los abogados integrantes Abuaud y Barra, mismo integración de la sala de fecha 30 de julio de 2018.

21 Nash, Claudio. “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, 2013: pp. 489-509, ISSN 2346-0849.

22 Guzmán Dálbora, José Luis. “El estatuto de roma. Influencia en las decisiones de la Comisión y Corte Interamericana”. *Passim*.

Por otra parte, “El principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados impone al Estado la obligación negativa de no desconocer lo resuelto por la jurisprudencia de los tribunales internacionales cuya jurisdicción él aceptó, así como el deber positivo de aplicar el Derecho interno en armonía con aquélla, lo que vale especialmente para la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos”²³. Entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana se puede señalar:

“...145. El Tribunal no entrará a analizar los beneficios carcelarios establecidos en la legislación interna ni tampoco los otorgados a Francisco Antezano Santillán y Ángel del Rosario Vásquez Chumo. No obstante, la Corte considera, sin excluir ninguna categoría de condenados, que el Estado deberá ponderar la aplicación de estos beneficios cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad... (*Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 145*)

“...152. Aun cuando la Corte no puede, ni pretende, sustituir a las autoridades nacionales en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno, el análisis de la efectividad de los procesos penales y del acceso a la justicia puede llevar al Tribunal, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, a analizar la proporcionalidad entre la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita de un agente estatal y el bien jurídico afectado en la violación de derechos humanos. En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado. En efecto, existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos.

153. En cuanto a la pena impuesta, los autores materiales fueron con-

²³ Guzmán Dálbora, ob. cit.

denados a 43 años de prisión efectiva como pena principal y 10 años de interdicción de derechos, como pena accesoria, en calidad de coautores responsables del delito de homicidio agravado, lo cual fue confirmado integralmente por la instancia de apelación. Posteriormente, en marzo y junio de 2006, los condenados obtuvieron la disminución de la pena a 26 años, diez meses y quince días. Finalmente, debido a beneficios otorgados en el cumplimiento de la pena, se concedió el beneficio de libertad condicional a Zúñiga Labrador en marzo de 2006 y a Medina Camacho en mayo de 2007. En definitiva cumplieron efectivamente la pena de 11 años y 72 días y de 12 años y 122 días, respectivamente, y actualmente se encuentran en libertad.

154. Además, según establecieron autoridades internas y tal como lo reconoció el Estado, los referidos suboficiales participaron en un operativo que derivó en el asesinato de un teniente el 14 de julio de 1999 durante su privación de libertad en un centro de reclusión militar. Llama la atención de este Tribunal que al ponderar la aplicación de beneficios en la ejecución de la pena no se haya considerado el hecho reconocido que durante su privación de libertad los mismos salieron del centro de reclusión militar y participaron del mencionado operativo. El otorgamiento indebido de estos beneficios puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso...”
(*Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, supra nota 18, párr. 152 y ss.*).

Por su parte el fallo de la Corte IDH en el *Caso Barrios Altos Vs. Perú* sobre Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. (citado por la Corte Suprema en los fallos comentados) en los párrafos (considerandos 55, 60, 61 y 62) señala lo siguiente:

“55. En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado⁵¹. Del mismo modo, el otorgamiento indebido de beneficios en la ejecución de la pena puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos...”²

9. Tampoco resulta convincente, la interpretación literal que efectúa la Corte sobre el alcance del art. 110 del Estatuto de Roma en relación con la “reducción de pena”, por su parte la regla 223 del “Reglas de procedimiento y prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, esta no se aleja de una auténtica fase de ejecución de la pena (*permisos, régimen de semi libertad, reducción, libertad condicional* son materia propias de la ejecución), pues se trata de un beneficio que permite disminuir el tiempo de privación de libertad (equivalente al art. 8 del D.L. 321), por lo que su aplicación si resulta relevante para el otorgamiento de la libertad condicional tratándose de delitos contra la humanidad. Conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional, por regla general, excluye cualquier beneficio para los autores de crímenes contra la humanidad. La regla general es el cumplimiento. Sin embargo, el mismo estatuto, -excepcionalmente- a propósito de la ejecución de las penas señala en su art. 110:

“Art. 110.

Examen de una reducción de la pena.

1. El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte.
2. Sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso.
3. Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos.
4. Al proceder al examen con arreglo al párrafo 3, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores:
 - a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos;
 - b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o
 - c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.

5. La Corte, si en su examen inicial con arreglo al párrafo 3, determina que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión con la periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba.”.

Por su parte la regla 223 del Reglamento de Procedimiento y Prueba dispone criterios para el examen de una reducción de la pena:

“Al examinar una reducción de la pena de conformidad con los párrafos 3 y 5 del artículo 110, los tres magistrados de la Sala de Apelaciones tendrán en cuenta los criterios enumerados en el párrafo 4 a) y b) del artículo 110, además de los siguientes:

- a) La conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen;
- b) Las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado;
- c) Si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social;
- d) Cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias;
- e) Las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada.

No se puede eludir, en consecuencia, que se trata de un problema de ejecución de penas, pues el sistema de libertad condicional forma parte del mismo, empero, en el caso planteado, asumiendo a la fecha de la sentencia un déficit normativo como elemento contextual, así como también, la imposibilidad de eludir la naturaleza de los delitos cometidos por los condenados.

a) La omisión del legislador.

10. Previo a los fallos objeto de este comentario, la problemática de la libertad condicional, se origina por su otorgamiento “masivo” en la ciudad de Valparaíso, lo que lleva a su rápida discusión durante el año 2016 en el Senado y posteriormente en la Cámara de Diputados (Boletín 10.696-07) siendo causa probable de su *hibernación legislativa* las enmiendas introducidas en la cámara

revisora (entre ellas una regla especial para crímenes de lesa humanidad). Es en el contexto de la acusación constitucional a los Ministros que concurren a los fallos reseñados, que se introduce urgencia para su tramitación en septiembre de 2018 por el ejecutivo, formándose la *comisión mixta* que en definitiva estableció enmiendas significativas al decreto ley del año 1925, entre ellas a los requisitos previstos en el art. 2°, el momento en que estos deben concurrir para optar al beneficio, así como la creación de un delegado de libertad condicional.

En lo concerniente a la polémica por las sentencias del máximo tribunal, el texto aprobado en el Congreso, estableció importantes limitaciones en materia de criminalidad del Estado²⁴ mediante un nuevo art. 3 bis:

“Art. 3 Bis.- Las personas condenadas por delitos de homicidio, homicidio calificado, secuestro, secuestro calificado, sustracción de menores, detención ilegal, inhumación o exhumación ilegal, tormentos o rigor innecesario, y asociación ilícita, que la sentencia, en conformidad al derecho internacional, hubiere considerado como genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, cualquiera haya sido la denominación o clasificación que dichas conductas hubieren tenido al momento de su condena; o por alguno de los delitos tipificados en la ley N° 20.357; podrán postular a este beneficio cuando, además de los requisitos del artículo 2°, hubieren cumplido dos tercios de la pena, o, en caso de presidio perpetuo, los años de privación de libertad efectiva establecidos en los incisos primero y segundo del artículo 3°, según corresponda. Además de lo anterior, al momento de postular, el condenado deberá acreditar las siguientes circunstancias:

a) Haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento del delito o confesado su participación en el mismo; o aportado antecedentes serios y efectivos de los que tenga conocimiento en otras causas criminales de similar naturaleza. Lo anterior se acreditará con la sentencia, en el caso que se hubiere considerado alguna de las atenuantes de los números 8° y 9° del artículo 11 del Código Penal, o con un certificado que así lo reconozca expedido por el tribunal competente; y,

²⁴ Esto se explica en el contexto de macrocriminalidad del Estado. Su conceptualización doctrinaria tiene diversos exponentes bajo: a) la Imputación individual de la conducta colectiva (Jäger); b) el sistema de injusto simple y el sistema de injusto constituido (Lampe); c) La criminalidad reforzada del Estado (Naucke).

b) Haber manifestado su arrepentimiento mediante una declaración pública que signifique una condena inequívoca a los hechos y conductas por las cuales fue condenado y por el mal causado a las víctimas y a sus familiares.

Con el fin de determinar si es procedente la concesión del beneficio, se valorará, además, los siguientes factores:

- a) Si el otorgamiento de la libertad condicional no afectare la seguridad pública por el riesgo de comisión de nuevos delitos de igual naturaleza;
- b) Si el condenado ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las resoluciones durante la etapa de investigación y enjuiciamiento, en particular colaborando en la localización de los bienes sobre los que recaigan multas, comisos o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; y,
- c) Si con el otorgamiento de la libertad condicional pudiese presumirse que el condenado no proferirá expresiones o realizará acciones que afecten a las víctimas o a sus familiares.

La regla especial para los crímenes cometidos en el período 11 de septiembre de 1973 a 10 de marzo de 1990 estableció requisitos copulativos; 2/3 de cumplimiento de la pena, colaboración sustancial en la investigación y arrepentimiento. En síntesis, la propuesta fija dos requisitos que deben concurrir a todo evento, a saber: a) colaborado –en el sentido más amplio posible- y b) arrepentirse y dejarlo en una declaración. En este sentido el art. 3 bis del proyecto aprobado, recoge expresamente como requisito que respecto de estos delitos, la sentencia, en conformidad al derecho internacional, así lo hubiere acreditado. En general las sentencias en esta materia señalan lo siguiente:

“...De este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos investigados en la presente causa y tal como fueron presentados en el fallo que se revisa, así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en ellos, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad y que se deben penalizar, pues merecen una reprobación tan enérgica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.”. (Considerando Trigésimo tercero, SCS Rol 5.989)

b) El requerimiento ante el Tribunal Constitucional.

II. La norma aprobada, fue objeto de dos requerimientos de inconstitucionalidad, presentado por un grupo de Diputados y Senadores respectivamente, al finalizar el trámite de proyecto de ley que sustituye el D.L. N° 321 sobre libertad condicional, correspondiente al Boletín N° 10.696-07, dando origen a la causa rol 5.677-18 y rol 5.678-18 (acumuladas), las que en definitiva fueron rechazados por unanimidad, siendo acogido por voto dirimente la regla prevista en relación al arrepentimiento exigido para acceder a la libertad condicional. En atención a que el objeto del presente comentario no es la sentencia del Tribunal Constitucional, muy sucintamente, se hace referencia a los argumentos y refutaciones planteadas.

Los requirentes, plantean una infracción al principio de igualdad, en el tratamiento penal en el caso de ejecución de penas (regla del art. 3 bis), lo que no resulta convincente pues se ha sostenido que “la pena al genocidio no se distingue del resto del ejercicio del poder punitivo: es tanto o más selectiva que las restantes penas”²⁵, lo demuestra el hecho, que generalmente no se extiende a todos los autores, mucho menos a los partícipes. Ante la magnitud del ilícito cometido, -crímenes de lesa humanidad-, “el derecho penal prácticamente carece de espacio para limitar el poder punitivo e incluso la venganza privada”, la función acotante no sólo se reduce al ámbito fáctico sino que también al ético, “es tan extraordinario el esfuerzo de los hechores de los crímenes para llegar a una situación concreta de vulnerabilidad, habiendo gozado de invulnerabilidad casi absoluta”²⁶. En este sentido, una regla específica en el ámbito de la ejecución de la pena, no debe entenderse como una vulneración de garantías, pues por esa vía lo que se busca establecer requisitos específicos y proporcionales al hecho cometido, conforme a los lineamientos del derecho penal internacional. Cabe señalar, que en varios casos, la punibilidad ha sido notoriamente disminuida por aplicación de la regla del art. 103 del Código Penal, por lo que una exigencia temporal, equivalente al que se aplica a ciertos delitos, más ciertas exigencias específicas sobre colaboración y arrepentimiento sobre el hecho cometido, resulta razonable y justificada por el legislador. Se trata, en definitiva del restablecimiento de la igualdad quebrantada por los actos de poder de impunidad de los que gozaron durante la existencia

25 Zaffaroni, Alagia, Slokar, ob. cit., p. 197 y ss. En igual sentido JIMENEZ DE ASÚA, Luis, “*El criminalista*”, Tomo VII, p. 290 y ss., Editorial La Ley, 1947, a propósito de su enjundioso estudio sobre los crímenes de guerra.

26 Zaffaroni, Alagia, Slokar, ob. cit., p. 197.

del régimen dictatorial que lo validaba, y posteriormente a las condenas, en condiciones penitenciarias inmejorables²⁷ respecto de la población penal. Tratándose de las condiciones configuradas para los *delitos de impunidad*, bajo la apariencia de un tratamiento similar a delitos comunes, es lo que la doctrina rechaza, pues, “esto es lo verdaderamente grave, lo verdaderamente demoleedor, pues cuando en un régimen republicano y democrático se mira o se trata con predilección a un sector en detrimento del resto de la ciudadanía, y más, si tal sector es el militar, que posee los instrumentos de la fuerza, se está declarando que no representa ya la voluntad popular, sino que se ha entregado el miserable arbitrio de una facción, que ha abdicado el ejercicio de la soberanía y lo ha reemplazado por una actitud de mansedumbre y sumisión”²⁸.

Luego, se puede afirmar que el proyecto no infringe el principio de legalidad en su dimensión de prohibición de retroactividad como sostenía el requerimiento. La retroactividad favorable más allá de la incriminación del hecho y de la pena, es un asunto de legalidad (proporcionalidad). En este sentido, resulta necesario, enfatizar que los “beneficios” ex post condena, más allá de la discusión sobre su naturaleza jurídica, se sostiene que “son institutos jurídicos que diseñan el modo en el que en la actualidad se ejecuta la pena”²⁹. Sobre este punto el Tribunal Constitucional Español distingue entre retroactividad auténtica o propia y retroactividad impropia. “El TC ha entendido que la CE no alberga en su art. 9.3 un principio absoluto de irretroactividad de las disposiciones restrictivas y no todos los grados o niveles caen dentro del círculo de protección de este artículo. En palabras del propio TC, la retroactividad propia se produce cuando una determinada ley “pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia ley y ya consumadas” (STC 182/1997). Mientras que la retroactividad impropia se produce cuando una determinada ley “incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas”³⁰. Las enmiendas proyectadas, -como erradamente señalan los requirentes-, no afecta el *principio de legalidad*, no describe un nuevo hecho ni lo incrimina con una pena, se trata

27 Carrasco, Edison. Lagunas. Camila. “Breve panorama de la separación penitenciaria”. En *Libro Homenaje al profesor Hernán Hormazábal Malarée*. Ed. Librotecnia, 2015: pp. 723-736.

28 Rivacoba, Manuel: “*Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida*”, p. 535 y ss., en *Doctrina Penal, Teoría y práctica de las Ciencias Penales*, No 39, Julio Septiembre 1987;

29 Mapelli, Borja. “Naturaleza Jurídica de los Beneficios Penitenciarios”. En *Doctrina y Jurisprudencia Penal* N°25, página 3-16, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Thomson Reuters, 2016.

30 Legaz Martínez, Miguel Ángel, “Evolución legislativa de la libertad condicional en España. Un estudio comparado con Italia y Chile”, Escuela Internacional de doctorado, Universidad Católica de Murcia, Junio de 2017.

de una modificación al régimen de ejecución, no de una derogación, por lo que resulta irrelevante desde la perspectiva de la ley derogatoria y su *preteractividad*.

Finalmente, con fecha de 2 de enero de 2019, el Tribunal Constitucional, asumiendo la dificultad para “decidir en menos de diez días cuestiones esenciales relativas a hechos que acontecieron hace 45 años y en momentos críticos de nuestra historia. Ha habido una larguísima evolución de conflictos políticos, sociales, militares y morales a lo largo de estas décadas en Chile y que han labrado lo que denominamos transición democrática. En el ámbito específico de los casos de derechos humanos hay una modalidad histórica de esta evolución que se sintetiza en la idea de “justicia transicional” (considerando sexto), como asimismo, los alcances normativos “...parece claro –como escuchamos de personas e instituciones que concurrieron a la audiencia pública y en los alegatos planteados por las partes- que, si bien, no existe una regla que, de manera explícita o al menos indubitada, impere en materia de libertad condicional a nivel de nuestra Constitución y del Derecho Internacional, sí resulta posible, tal y como lo ha considerado también la Excelentísima Corte Suprema en este ámbito, encontrar criterios u orientaciones en uno y otro ámbito” (considerando octavo) para luego afirmar, en el considerando décimo que “En lo tocante al Derecho Internacional, puede acudirse a la orientación que ofrece el Estatuto de Roma, en su artículo 110, en relación con la Regla de Procedimiento y Prueba N° 223, aun reconociendo que se refiere a la hipótesis de reducción de pena y considerando su aplicación subsidiaria y nada más que para los delitos precisamente señalados en el inciso cuarto de la disposición vigesimocuarta transitoria; asimismo, a las consideraciones aportadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la ejecución de condenas (por ejemplo, en la resolución de 30 de mayo de 2018, Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú, supervisión de cumplimiento de sentencia obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar); y a los elementos que surgen de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como puede verse desde el Caso Welch con Reino Unido, de 24 de febrero de 1995 hasta Del Río Prada c. España, 21 de octubre de 2013, entre otros casos.”. Sobre estas consideraciones resuelve en votación dividida por *voto dirimente* y unánimemente lo siguiente:

“1. Que se acogen los requerimientos deducidos sólo en cuanto se declara inconstitucional el artículo 3 bis, inciso segundo, letra b), del proyecto de ley que “Sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados”. En consecuencia, debe

eliminarse del texto del proyecto la parte en que dispone “y, b) *Haber manifestado su arrepentimiento mediante una declaración pública que signifique una condena inequívoca a los hechos y conductas por las cuales fue condenado y por el mal causado a las víctimas y a sus familiares.*”

2. Que se rechazan los requerimientos de inconstitucionalidad deducidos respecto del artículo 3 bis, incisos primero, segundo letra a), y tercero, y del artículo 12 del mismo proyecto de ley.

Acordado el punto resolutivo 1° con el voto dirimente del Presidente del Tribunal, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado”.

4. Comentarios finales

1. En materia de ejecución penal, en el contexto de las sentencias comentadas, el discurso es el mismo del siglo XIX, sobre la idea de mejoramiento moral (correccionalismo) en que la *libertad condicional* persigue la misma finalidad, es decir, reducir los efectos negativos de encierros prolongados. En principio, quién defiende un planteamiento reductor del sistema penal no podría objetar esa finalidad, sin embargo, se trata de un contexto normativo deficiente (que encubre una hipocresía del sistema) y que por aplicación rutinaria, sin un adecuado control jurisdiccional, fomenta la simulación. Adicionalmente, la ausencia de una revisión legislativa al momento de las sentencias, no contemplaba una regla expresa en relación a los crímenes de Estado.

2. Un segundo elemento contextual, es que las sentencias, advirtiendo la naturaleza de los delitos que son objeto de las acciones de amparo, cometen un error al desestimar las reglas de derecho convencional, que más allá de su tenor literal, si contemplan normas sobre ejecución en materia de delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra.

En este sentido, la actuación de la Sala Penal, durante los últimos años de jurisprudencia por decisiones de mayoría o unánimes, han calificado estos delitos comunes, como crímenes de lesa humanidad efectuando, expresamente control de convencionalidad para la imposición de las condenas. Cabe precisar, que han sido diversas las etapas en la jurisprudencia³¹ nítidamente a partir del año 1998, cuestión que excede este comentario.

31 Cf. con detalle Matus, Jean Pierre. “Sobre la práctica de la Corte Suprema de Chile en el tratamiento de las graves violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante la dictadura militar, entre 1973 y 1989”. En Libro Homenaje al profesor Hernán Hormazábal Malarée. Ed. Librotecnia, 2015: pp. 49-58, además Hernández, Héctor. “La persecución penal de los crímenes de la dictadura militar en Chile”. En *La ciencia penal en la Universidad de Chile, Libro Homenaje a los profesores del departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*: p. 189-213.

3. La solución a la problemática de las violaciones de los derechos humanos³², y en este ámbito las modificaciones introducidas por la ley N°20.124, es una vez más coyuntural, ante la omisión histórica del legislador en el ámbito de la libertad condicional. Así, entre otras materias, se pretende que el sistema opere con un mejoramiento de la información individual del condenado, y con una mayor exigencia temporal para la procedencia, -en el caso de los delitos de genocidio y de lesa humanidad-, que la sentencia de conformidad con el derecho internacional, hubiese considerado respecto de los delitos de homicidio, homicidio calificado, secuestro, secuestro calificado, sustracción de menores, detención ilegal, inhumación o exhumación ilegal, tormentos o rigor innecesario, y asociación ilícita (hechos perpetrados en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990) y naturalmente hacia el futuro, para los previstos en la ley N°20.357.

³² Otro ejemplo es la problemática del D.L. N°2.191 (autoamnistía), no ha sido resuelta en sede legislativa, sólo ha quedado entregado a la evolución de la jurisprudencia penal.

ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL EN CONTRA DE JUECES DE LA CORTE SUPREMA POR NOTABLE ABANDONO DE DEBERES

Valeria Lübbert Álvarez¹

Resumen

El presente artículo analiza la acusación constitucional presentada en 2018 contra de tres ministros de la Corte Suprema -Hugo Dolmestch, Mario Valderrama y Carlos Künsemüller-, por la causal “notable abandono de deberes”. Se discuten los argumentos dados tanto por la parte acusadora como por quienes estuvieron por rechazar la acusación y se exponen los principales de los resultados de ella para la determinación del contenido de la causal de acusación constitucional por notable abandono de deberes. En esta tarea, se revisa asimismo el concepto de “notable abandono de deberes” desde la doctrina nacional y de práctica parlamentaria expresada las acusaciones constitucionales presentadas contra magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia en años anteriores.

1. Introducción

La acusación constitucional es el mecanismo que posee el Congreso Nacional para hacer cesar en su cargo a determinadas autoridades, bajo ciertas causas y en la forma prevista en la Constitución. En el caso de los jueces de los Tribunales Superiores de Justicia, la causal por la que pueden ser acusados es el “notable abandono de deberes”. De la interpretación que se dé a esta causal depende en gran medida cómo se lleva a la realidad el principio de responsabilidad frente al de independencia judicial, ambos, pilares de un Estado de Derecho, por lo que su estudio es de enorme relevancia.

¹ Abogada (Universidad de Chile), Master in Law and Government (American University). Fue abogada asistente del Tribunal Constitucional (2010 y 2012) y Coordinadora de la División Jurídico Legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2014 y 2017). Ha sido profesora invitada a impartir clases en las Universidades de Chile, Adolfo Ibáñez y Diego Portales. Correo electrónico vlubbert@gmail.com

En agosto del año 2018 un grupo de diputadas y diputados² presentó una acusación constitucional en contra de tres ministros de la Corte Suprema: Hugo Dolmestch, Carlos Künsemüller y Manuel Valderrama, miembros de la tercera sala penal de dicha Corte. Esta acusación no prosperó, pues fue rechazada por la Sala de la Cámara de Diputados. La Comisión encargada de estudiar la acusación recomendó aprobarla, por cuatro votos contra uno³. Con fecha 13 de septiembre del mismo año, la Sala de la Cámara de Diputados rechazó la cuestión previa deducida por la defensa de los ministros, al no obtenerse mayoría para su aprobación, sino empate de 69 votos. Luego, en la misma sesión, la acusación constitucional fue rechazada por improcedente, por 73 votos contra 64.

Se trata de un caso que por su complejidad permite ver con mayor claridad –en comparación a acusaciones constitucionales previas– cómo juega en esta materia la concepción imperante sobre el contenido de la causal de acusación constitucional y la prohibición de revisar el fundamento de las decisiones de tribunales.

El resultado de esta acusación, como veremos, confirma una tendencia ya asentada en torno a la interpretación de la causal “notable abandono de deberes”, pero al mismo tiempo deja a la vista una cierta apertura a una interpretación más amplia de la causal.

Para explorar aquello me referiré en primer lugar (parte I) a cuestiones elementales sobre la acusación constitucional de jueces, tales como la discusión sobre la naturaleza jurídica de la acusación y cómo se aprecia dicha discusión cuando los acusados son magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia (I.1.). Luego revisaré sucintamente la historia de los precedentes en la materia bajo la vigencia de la Constitución de 1980 (I.2). Enseguida, expondré los capítulos acusatorios y fundamentos de la acusación presentada contra los magistrados Hugo Dolmestch, Carlos Künsemüller y Manuel Valderrama en 2018 (parte II).

A continuación, me avocaré a la discusión de dos cuestiones de interés del resultado de la acusación (parte III). Por una parte, cómo opera la denominada “cuestión previa” en este tipo de acusaciones (III.1). Por otra, el contenido de

2 Diputadas Marcela Hernando Pérez, Carmen Hertz Cádiz y Alejandra Sepúlveda Órbenes y diputados Gabriel Boric Font, Ricardo Celis Araya, Miguel Crispi Serrano, Tomás Hirsch Goldschmidt, Jaime Naranjo Ortiz, Daniel Núñez Arancibia, y Raúl Soto Mardones.

3 Votaron por aprobar la procedencia de la acusación los diputados Leonardo Soto Ferrada (Presidente de la Comisión) y Esteban Velásquez Núñez y las diputadas Natalia Castillo Muñoz y Carolina Marzán Pinto. Votó por rechazar su procedencia el diputado señor Renzo Trisotti Martínez.

la causal de imputación “notable abandono de deberes” (III.2). Entre los elementos de la causal a destacar, partiré señalando que la causal exige un juicio de imputación de responsabilidad personal (III.2.a), que exige que los hechos imputados revistan una gravedad considerable (III.2.b). Además, abordaré el debate que se ha dado en torno a si la causal cubre o no delitos tales como cohecho o prevaricación (III.2.c).

Por último, analizaré cómo opera la prohibición constitucional de revisar los fallos de los tribunales en relación a esta causal, exponiendo las diversas tesis en pugna (III.2.e.i), para luego someter a escrutinio los precedentes sobre la materia (III.2.e.ii) y explorar en detalle cómo se entendieron y aplicaron estas normas en la acusación de 2018 (III.2.e.iii).

Finalmente, a modo de conclusión (parte IV), sintetizaré algunas reflexiones de cierre sobre lo expuesto.

I. Cuestiones generales

Siempre que se aborda la procedencia de una acusación constitucional suele discutirse la naturaleza de esta, entre dos posturas opuestas⁴.

Por un lado encontramos a quienes la conciben como un mecanismo de control político, en atención especialmente al carácter político de la Cámara de Diputados y el Senado, órganos llamados a pronunciarse sobre ella⁵. Por otro, están quienes entienden la acusación constitucional como una herramienta de control jurídico-político que busca imputación de responsabilidad individual e imponer una sanción⁶.

En mi opinión, la acusación constitucional es un mecanismo de excepción cuya finalidad es hacer efectiva la responsabilidad político-constitucional de

4 Algunos autores distinguen entre quienes conciben la acusación como juicio político, los que la ven como un mecanismo de imputación de responsabilidad jurídica, y un tercer grupo que mezcla elementos de ambos, hablando de naturaleza jurídico-política. v.g. Martínez, G. y Rivero, R., *Acusaciones constitucionales. Análisis de un caso. Una visión parlamentaria*, (Editorial Jurídica de Chile), 2004. A mi juicio, estos dos últimos grupos admiten ser enmarcados en una misma categoría, pues en lo central ambos conceden que deben aplicarse criterios jurídicos en la imputación de responsabilidad y aplicación de sanciones.

5 En este sentido, entre otros, Fernando Atria, en informes presentados a la Comisión encargada de estudiar la procedencia de la acusación constitucional contra la Ministra de Salud, Carmen Castillo, en noviembre de 2016; y la acusación constitucional contra la Ministra de Educación, Marcela Cubillos, en septiembre de 2016; Jaime Bassa, en informe presentado a la Comisión encargada de estudiar la procedencia de la acusación constitucional contra la Ministra de Justicia y Derechos Humanos, Javiera Blanco, en agosto de 2016; Irarrázaval, Luis Silva, “Acusación constitucional y garantía política de la supremacía constitucional”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 2, 2017, pp. 213-250; y, Schweitzer, Daniel, *Acusación constitucional, regímenes de emergencia y otros estudios jurídicos*. Santiago, 1972.

6 En este sentido, entre otros, Bronfman, Alan, “El tipo de responsabilidad perseguida en el juicio político”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. 2, núm. XXVI, 2005, pp. 89-117

las más altas autoridades y funcionarios del Estado, por parte del Congreso Nacional. Para ello debe emplear criterios y principios jurídicos de imputación de responsabilidad. Si bien los órganos llamados a pronunciarse sobre ellas son políticos, se exige de ellos un juicio de imputación de responsabilidad por causales estrictas y dotadas de contenido jurídico. Por lo mismo, no cabe entenderla como un juicio político en sentido estricto.

Esta discusión dicotómica sobre la naturaleza jurídica de la acusación constitucional cobra especial atención cuando los sujetos acusados son Ministros de Estado u otras autoridades de exclusiva confianza del Presidente de la República, y es natural que así sea, pues en tales hipótesis la discusión se relaciona con la definición del tipo de sistema político que tenemos. Así, se sostiene un presidencialismo más o menos fuerte según el margen de control político que posee el Congreso Nacional sobre la remoción de estas autoridades.

Entre las autoridades susceptibles de ser acusadas constitucionalmente, además de los Ministros de Estado y Delegados Presidenciales Regionales o Provinciales (ex Intendentes y Gobernadores), se encuentran otras autoridades de otros poderes del Estado, y cada una por diversas causales⁷⁻⁸. Entre ellas, los ministros de los Tribunales Superiores de Justicia (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) y el Contralor General de la República, por la causal “notable abandono de deberes”. No se trata acá de autoridades políticas⁹, por lo mismo, resulta más evidente que tales casos deben juzgarse como de imputación de responsabilidad constitucional conforme a las causales que la Constitución señala y requieren un juicio de imputación de responsabilidad que culmina en una sanción; no podrían entenderse como hipótesis de juicio político toda vez que tales autoridades no cumplen un cargo de naturaleza

7 Conforme al art. 52 N°2 de la CPR, en el caso del Presidente de la República, sólo puede acusársele por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes. En el caso de los Ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno. En el caso de los magistrados y el Contralor General de la República, por notable abandono de deberes. Para los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación. Y en el caso de los delegados presidenciales regionales, delegados presidenciales provinciales y de la autoridad que ejerza el Gobierno en los territorios especiales a que se refiere el artículo 126 bis, por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión.

8 Queda el problema del Gobernador Regional, ya que si bien la Constitución señala que es acusable constitucionalmente, no determina bajo qué causales. Claramente este es un defecto de la reforma constitucional que creó dicha autoridad (Ley N° 20.990, de 2017).

9 En el sentido de Atria, Fernando, “Jurisdicción e Independencia Judicial”, en Revista de Estudios de la Justicia, N°5, Universidad de Chile, 2002, pp. 119-141.

política. Por ello en estos casos la discusión sobre la naturaleza jurídica de juicio político o jurídico-constitucional pierde sustancia.

Sin embargo, pese a tratarse de autoridades que no ejercen poder político, la causal de imputación de responsabilidad constitucional “notable abandono de deberes” es igualmente abierta que otras que señala la Constitución y corresponde a la Cámara de Diputados y al Senado de determinar su contenido caso a caso.

2. Anteriores acusaciones contra jueces de los Tribunales Superiores de Justicia

En la historia constitucional chilena no han sido muchas las acusaciones deducidas contra magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia. Desde 1990 a la fecha, van 26 acusaciones constitucionales interpuestas considerando todos los sujetos acusables¹⁰. De ellas, sólo 8 casos se han dirigido contra magistrados o ex magistrados de los Tribunales Superiores de justicia, incluyendo el que analizamos acá. Todas estas han sido dirigidas contra magistrados o ex magistrados¹¹ de la Corte Suprema, nunca se ha presentado una acusación en contra de ministros de las Corte de Apelaciones¹².

Estos casos corresponden a las acusaciones contra los ministros Cereceda, Beraud y Valenzuela, y el Fiscal del Ejército señor Torres, en 1992; contra los ministros Ortiz, Zurita, Navas y Álvarez, en 1996; contra el ministro Jordán, en 1997, en su calidad de Presidente de la Corte Suprema; contra los ministros Jordán, Aburto, Faúndez y Zurita, en 1997; contra el ministro Correa, en 2000; contra los ministros Kokisch, Ortiz y Rodríguez, en 2005; contra el ministro Carreño, en 2014 y, por último, contra los ministros Dolmestch, Künsemüller y Valderrama, el año 2018.

De estos 8 casos, en 6 de ellos las comisiones de la Cámara de Diputados que analizaron la procedencia de la acusación recomendaron rechazarlas. Las dos excepciones a tal tendencia son la acusación constitucional contra el ministro Carlos Cereceda del año 1992, y el caso que analiza este trabajo, del año

10 Son 27 en total si se considera que en 2016 respecto de la ex Ministra de Justicia y Derechos Humanos, Javiera Blanco, se interpusieron 2 acusaciones constitucionales de forma simultánea, referidas cada una de ellas a hechos diversos.

11 De acuerdo a la Constitución (art. 52, inciso 3, CPR) la acusación puede ser interpuesta durante el ejercicio del cargo o bien una vez cesado en éste hasta dentro de los 3 meses posteriores.

12 En parte, esto se puede explicar por el carácter jerarquizado del Poder Judicial que permite a la Corte Suprema el control disciplinario sobre las Cortes de Apelaciones y la última palabra en la resolución de asuntos. La misma acusación de 2018 presentada contra los ministros de la sala penal de la Corte Suprema, no se extendió a ministros de Corte de Apelaciones que fallaron otorgando libertades condicionales con similares criterios de forma previa.

2018, en que las comisiones respectivas recomendaron aprobar la procedencia de la acusación.

De todas estas acusaciones, sólo una ha sido acogida, de forma parcial, resultando en la remoción del entonces ministro Carlos Cereceda, el año 1993. Su bajo número de presentación (en contraste, respecto de ministros de Estado se han presentado 14 acusaciones) muestra cierta deferencia del Congreso Nacional hacia el Poder Judicial en esta materia, lo que también se expresa en su escasa tasa de éxito. Lo anterior también se debe a que tratándose de acusaciones constitucionales contra jueces, como veremos en el apartado sobre el contenido de la causal, tiende a primar una interpretación más bien restrictiva o formalista. Se exige fundamentación de la causal y los informes de las comisiones que se refieren a ella llevan a cabo un juicio de imputación de responsabilidad conforme a hechos que se describen subsumidos o no dentro de dicha causal.

2. Capítulos y fundamentos de la acusación contra los magistrados Dolmestch, Künsemüller y Valderrama

La acusación constó de dos capítulos¹³. El primero de ellos acusó a “haber faltado de manera grave o notable al deber de realizar un control de convencionalidad al momento de resolver un conjunto de recursos de amparo, que fueron interpuestos por condenados por delitos de lesa humanidad, dejando a éstos en libertad condicional”¹⁴. Esta omisión de efectuar el control de convencionalidad se habría llevado a cabo en los casos que identifican, al dejar en libertad condicional a sujetos condenados por delitos de lesa humanidad¹⁵.

Sostienen los acusadores que los órganos del Estado y en especial los jueces de la Corte Suprema, deben ejercer un control de convencionalidad de los tratados de derechos humanos, debiendo inaplicar las normas de derecho interno contradictorias o que confronten la Convención Americana sobre Derechos Humanos, utilizando para ello los principios de progresividad y favor

¹³ Conforme al art. 51 Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional “Cada capítulo de la acusación se votará por separado. Se entenderá por capítulo el conjunto de los hechos específicos que, a juicio de la Cámara de Diputados, constituyan cada uno de los delitos, infracciones o abusos de poder que, según la Constitución Política, autorizan para imponerla”.

¹⁴ Escrito de Acusación Constitucional, p. 47. Disponible online: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=146477&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> (10.11.2019).

¹⁵ Se trata de los condenados por violaciones a derechos humanos cometidas durante la dictadura militar chilena, Gamaniel Soto, Manuel Pérez, José Quintana, Hernán Portillo, Felipe González, Emilio de la Mahotiere y Moisés Retamal.

persona¹⁶. Es decir, un deber de garantía de los Estados consistente en subordinar, a través de la jurisdicción, sus normas internas a la conformidad a los tratados de derechos humanos¹⁷.

Enseguida, plantean que conforme a sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no procede conferir libertad condicional a condenados por violaciones a derechos humanos. Asimismo, señalan que debió haberse considerado el Estatuto de Roma, conforme al cual sólo es posible aplicar libertad condicional o beneficios carcelarios una vez que se ha cumplido dos tercios de la condena, lo que no se dio en los casos en cuestión.

A juicio de los acusadores, en las sentencias de los ministros acusados se “debió llegar a la única conclusión posible en la materia: las disposiciones del Decreto Ley N° 321, de 1925, no resultan aplicables a personas condenadas por delitos de lesa humanidad”. Señalan que el incumplimiento de su deber de aplicar el control de convencionalidad es “notable” en el sentido de la causal constitucional pues implicaría comprometer la responsabilidad internacional del Estado al violar la Convención Americana de Derechos Humanos.

En segundo capítulo, la acusación planteó que los acusados faltaron de manera grave o notable a sus deberes al facilitar la impunidad de crímenes de lesa humanidad, fundándose en los mismos hechos del capítulo I. Afirman que los magistrados Dolmestch, Künsemüller y Valderrama “han hecho abandono de sus deberes sustantivos y formales establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales y las leyes, que incluyen el respeto y promoción de los derechos esenciales y la correcta utilización de las fuentes del derecho, entre ellas los tratados internacionales, configurándose así un notable abandono de deberes imputable a ellos”¹⁸.

3. Doctrina del resultado de la acusación

Como se sabe, pese a que la acusación fue aprobada en la comisión encargada de informar la procedencia de aquella a la Sala por cuatro votos contra uno,

16 Nogueira, Humberto, “Los Desafíos Del Control De Convencionalidad Del Corpus Iuris Interamericano Para Las Jurisdicciones Nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012, pp. 1167-1220, p. 1170 y 1171.

17 Esta obligación la desprenden de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme a la cual su propia jurisprudencia es vinculante para los Estados Parte en virtud del efecto expansivo de sus sentencias y de los principios de interpretación de los tratados contenidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En especial véase Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, de 2006.

18 Escrito de la acusación constitucional, p. 92. Disponible online: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=146477&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> (10.11.2019).

en la Sala de la Cámara de Diputados fue rechazada en cuanto al fondo, luego que se rechazara –debido al empate de votos- la cuestión previa planteada por la defensa.

Respecto del resultado de la acusación y del debate que se generó, hay dos cuestiones, al menos, que vale la pena analizar. Por una parte, es interesante ver cómo operó la “cuestión previa”. Por otra, resulta fundamental ahondar en la interpretación de “notable abandono de deberes” que se recogió.

1. La “cuestión previa” en acusaciones de este tipo

Como se sabe, la acusación constitucional consta a grandes rasgos de dos etapas. Una seguida ante la Cámara de Diputados, a quien corresponde declarar la admisibilidad de la acusación para que esta pueda ser conocida por el Senado. Luego, el Senado, actuando como jurado, debe pronunciarse sobre la culpabilidad indicando si ha o no lugar a la acusación.

La denominada “cuestión previa” se refiere al planteamiento, ante la Cámara de Diputados¹⁹, de objeciones de previo y especial pronunciamiento planteadas como defensa de los acusados para impedir que prospere la acusación, en razón de no cumplirse cuestiones formales elementales de la acusación exigidas en la Constitución. Con ella se busca evitar que se utilice la acusación constitucional de forma torcida y fuera de los casos y formalidad que la Constitución prevé. Por ello se ha dicho que la cuestión previa buscaría efectuar un control mínimo de racionalidad al debate político²⁰. Poder deducir la cuestión previa se estima una garantía de debido proceso a favor del inculcado en el proceso acusatorio constitucional²¹. Para ser acogida se exige mayoría de los miembros de la Cámara de Diputados, y de acogerse, la acusación se tiene por no presentada (art. 43, incisos segundo y tercero, Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional).

En la historia de las acusaciones entabladas, es posible constatar una enorme relevancia del planteamiento de la cuestión previa. Pero encontramos

19 La única regulación en cuanto a la oportunidad para deducirse señala que esta debe hacerse valer por la defensa antes del debate en la Sala (art. 43, inciso primero, LOCCN). En la práctica ésta puede plantearse en la defensa escrita u oral por presentada por el acusado ante la misma comisión encargada de informar la acusación, lo que luego se reitera en la Sala de la Cámara de Diputados antes del debate.

20 Zúñiga plantea que la cuestión previa sería un mecanismo de control político de constitucionalidad, pese a que lo define como un mecanismo que temperaría el debate político; en ese sentido sería racionalizador. Zúñiga, Francisco, “Acusación Constitucional: la “cuestión previa” como control político de constitucionalidad”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 75, 2do semestre, 2011, pp. 113 a 128.

21 Nogueira, Humberto. *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo III, (Editorial Legalpublishing), 2014, p. 578.

diferencias significativas según el tipo de autoridad acusada. Tratándose de las 14 acusaciones entabladas contra Ministros de Estado desde 1990 a la fecha, sólo en 2 casos los acusados renunciaron a alegar la cuestión previa y en los 12 casos en que fue invocada sólo en 4 ocasiones resultó rechazada²². En cambio, tratándose de acusaciones contra magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, la tendencia es totalmente distinta. De los 8 casos, sólo en uno de ellos el acusado renunció a ejercer la cuestión previa²³. De los demás casos, en la mayoría²⁴ de ellos la cuestión previa fue rechazada pasando a analizarse el fondo del asunto para determinar la aprobación de la acusación.

¿Cómo se entiende esta diferencia: que en la generalidad de este tipo de acusaciones la cuestión previa sea rechazada y se pase a conocer el fondo del asunto? ¿Se concibe de manera diversa la cuestión previa en este tipo de acusaciones?

A mi juicio, esto en parte se explica porque en el caso de las acusaciones contra estas autoridades políticas suele producirse alineación político partidista²⁵, haciendo más previsible el resultado de la acusación. De esta forma el voto sobre el fondo del asunto se tiende a confundir en alguna medida con la discusión sobre la cuestión previa.

En la acusación contra los ministros Dolmetch, Valderrama y Künsemüller, de 2018, la cuestión previa planteada por las defensas de los ministros, resultó rechazada respecto de los tres, siguiendo la tendencia en esta materia de las acusaciones previas contra jueces. Entre los argumentos para rechazarla se tuvo en consideración la necesidad de acotar la cuestión previa a cuestiones formales y no utilizarla para adelantar un juicio sobre el fondo de las causales. En el caso se discutía si las actuaciones imputadas constituían o no conductas posibles de ser subsumidas en un “notable abandono de deberes”, cuestión que claramente no es un asunto formal.

En este sentido, en la discusión en la Sala de la Cámara de Diputados, la diputada Natalia Castillo señaló: “esta cuestión previa debe ser desechada, ya

22 El último caso ministerial en que se hizo valer la cuestión previa y fue rechazada, fue el caso de la acusación en contra de la Ministra de Educación, Marcela Cubillos, en 2019. En tal ocasión la acusación fue rechazada en cuanto al fondo, a diferencia del último caso en que la cuestión previa había sido rechazada y culminó finalmente en la aprobación de la acusación constitucional y destitución del Ministro de Educación, Harald Beyer, en 2013.

23 En la acusación contra el magistrado Correa Bulo, en 1997, este no hizo presente la cuestión previa. Al conocerse el fondo del asunto la acusación fue rechazada por una holgada mayoría de 60 votos contra 45.

24 La única cuestión previa acogida fue la planteada en el caso de la acusación contra los ministros Korkisch, Ortiz y Rodríguez, en 2005.

25 Bronfman, Alan, “El tipo de responsabilidad perseguida en el juicio político”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. 2, núm. XXVI, 2005, pp. 89-117.

que intenta adelantar un juicio que es privativo de esta Cámara y que debe darse en la votación a través de la cual se declare ha lugar o no la acusación y en la discusión de fondo que resuelva el Senado para el caso de cada uno de los ministros acusados de manera indistinta. En efecto, la cuestión previa de constitucionalidad solo puede referirse a cuestiones de formas elementales, al cumplimiento de requisitos formales que establece la Constitución Política de la República, los que solo pueden interpretarse en el sentido de no transformar la cuestión previa en un control de admisibilidad de fondo. Esos requisitos formales han sido cumplidos. En cambio, los argumentos dados por la defensa son equivalentes a pronunciarse sobre el mérito de la acusación, quebrantando con ello las normas legales y constitucionales que regulan el procedimiento de esta acusación constitucional²⁶. Luego del debate este criterio fue el preponderante y se rechazó la cuestión previa pasando a conocerse el mérito de la acusación.

Sin embargo, cabe señalar que entre los fundamentos de las cuestiones previas se encontraban aspectos formales relevantes que no fueron atendidos de forma separada en la votación de la Cámara. Por ejemplo, respecto de dos ministros se imputaba el haber concurrido en todas las cuestionadas sentencias que concedieron la libertad condicional a violadores de derechos humanos, pese a que ellos no fueron parte del voto de mayoría en la totalidad de ellas²⁷.

2. Concepto de “notable abandono de deberes”

Es un lugar común señalar que dado el carácter de última ratio de la acusación constitucional, sus causales de imputación son de gravedad considerable, no meras faltas sin relevancia; son taxativas y derecho estricto, no admiten extensión por analogía y exigen ser acreditadas por quienes las invocan²⁸.

Sin embargo, la causal de acusación constitucional “notable abandono de deberes” es bastante imprecisa y de su sólo tenor literal resulta imposible

²⁶ Cámara de Diputados, sesión 74°, en jueves 13 de septiembre de 2018, p. 62. Disponible online: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=13270&prmtipo=TEXTOSesion> (10.11.2019).

²⁷ Por ejemplo, se alegó como parte de la cuestión previa que no habían suscrito los 3 ministros la totalidad de los casos imputados. Los magistrados Dolmestch y Künsemüller no votaron con la mayoría en el caso de Gamaniel Soto y el magistrado Valderrama estuvo por confirmar sentencia que rechazó la libertad condicional de José Quintana.

²⁸ Por todos: Zúñiga, Francisco, “Responsabilidad Constitucional de Intendentes y Gobernadores en la acusación en juicio político”, en Revista de Derecho, N° 7 (agosto 2002); Seaman, Lizzy, *La acusación constitucional contra la ministra de educación Yasna Provoste Campillay*, Memoria de prueba, Universidad de Chile, p. 425. Disponible online: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116248/De36-Seaman_lizzy.pdf?sequence=1 (10.11.2019).

determinar ex ante un catálogo cerrado de actuaciones que la configuran. En palabras de Bronfman, “la ausencia de causales precisas y la falta de un régimen de prueba reglada, unida a que tanto el inicio del procedimiento como su juzgamiento corresponde a parlamentarios, permiten cuestionar su eficacia como mecanismo represivo de las infracciones que se pretende evitar”²⁹.

La doctrina ha definido esta causal como descuido u omisión excesiva e inexcusable en el cumplimiento de las obligaciones que corresponden al cargo, sea por negligencia o por ignorancia inexcusable³⁰. Pero para comprender en detalle el contenido de la causal es necesario desglosar sus distintas aristas. Con tal objeto, a continuación se exponen algunos criterios desarrollados por la práctica parlamentaria en acusaciones constitucionales previas, para determinar si una actuación es subsumible en la causal. Asimismo, se analiza de qué manera tales criterios fueron considerados en la acusación que analizamos acá.

a. Causal de notable abandono de deberes exige juicio de imputación

En primer lugar, un criterio crucial a tener en cuenta es que la causal exige imputación subjetiva, es decir, se trata de responsabilidad personal, que requiere configuración de causalidad y culpabilidad de quien es acusado.

En la acusación contra el ministro Carreño de 2014, al respecto se señaló que “[s]e trata, en primer lugar, de infracciones personalísimas. De esta forma, no es dable aplicar al notable abandono de deberes los problemas de diseño institucional de la marcha de un poder del Estado o un Servicio determinado. No se puede tampoco hacer responsable a un ministro por actos que corresponden al órgano colegiado al cual pertenece. 2) Es una responsabilidad, en segundo lugar, subjetiva. Esto significa que requiere de criterios de imputabilidad en una lógica causa-efecto. Tiene que haber dolo o culpa de parte del funcionario para que pueda haber configuración de la responsabilidad constitucional”³¹.

En el caso de la acusación contra los ministros Dolmestch, Künsemüller y Valderrama, el año 2018, se reconoció de ambos lados que la imputación de

29 Sasso, Marcello, “La acusación constitucional: su naturaleza jurídica y los derechos fundamentales en Chile”, Tesis para acceder al grado de Doctor, Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014, p. 306. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129790/La-acusaci%C3%B3n-constitucional-su-naturaleza-jur%C3%addica-y-los-derechos-fundamentales-en-Chile.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (10.11.2019).

30 García, Ana María, “El notable abandono de deberes como causal de acusación constitución contra jueces”, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, No 202, año LXV, Jul-Dic, 1997, p 175 a 186.

31 Informe de la Comisión encargada de estudiar la procedencia de la acusación constitucional contra el magistrado Héctor Carreño, p. 155. Disponible online: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=MANDATOSGRALDET&prmID=20913&prmTIPODOC=LOCAL&prmPERIODO=2014-2018> (10.11.2019).

la causal requería dolo. Entre los argumentos de la defensa de los ministros se señaló que la acusación imputaba dolo a los ministros, sin ofrecer prueba alguna de ello³². Al haberse desechado la acusación es posible sostener que los argumentos de la defensa fueron recogidos.

b. Hechos que fundan la causal deben ser graves

Un segundo criterio interpretativo a considerar dice relación con la entidad de la infracción. La Constitución no define qué es notable abandono de deberes, pero comienza utilizando la voces “notable” y “abandono”. Estos conceptos apuntan a que no se trata de infracciones menores o sin peso, sino de una relevante entidad que las hace notables. Por “notables” se ha entendido “dignas de nota atención o cuidado”; y por “abandono” como desamparar a una persona o cosa, siguiendo en ambos conceptos las definiciones que da el Diccionario de la Real Academia.

Esto se ha entendido, desde la acusación constitucional contra del magistrado Cereceda y otros, en 1992, como un llamado de atención a dejar fuera del marco de la causal las infracciones a deberes que no tengan una entidad relevante, de gravedad suficiente. En esa oportunidad se planteó que “[s]ólo con el mérito de lo que nos indica el léxico, podemos concluir que la expresión ‘notable abandono de deberes’ implica una gravísima infracción de las obligaciones elementales que los jueces deben observar en el cumplimiento de sus funciones. Este incumplimiento debe ser de tal magnitud y relevancia que, de por sí, sobresalga y se advierta como algo desmesurado”³³.

c. Deberes ministeriales abandonados

En cuanto al tipo de deberes cubiertos por la causal, cabe señalar que en casos anteriores se asentó que se trata de deberes de carácter ministerial. Por lo mismo, no pueden –por ejemplo– considerarse deberes generales de los funcionarios públicos que no les son aplicables los magistrados.

Este criterio fue relevante en el caso de la acusación contra el ministro Héctor Carreño, del año 2014, en la cual se le imputaban faltas a deberes funcionarios de la Administración del Estado. Se determinó que “El “notable abandono de

32 Cámara de Diputados, Sesión N° 5, de 7 de septiembre de 2018: Defensa del abogado Alfredo Etcheberry, p. 156 y 164; Defensa del abogado Davor Harasic, p. 145. Disponible online: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=148180&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> (10.11.2019).

33 Discusión en Sala, Acusación contra magistrados Cereceda y otros, p. 129 <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44098/7/Acusaci%C3%B3nConstitucionalCerecedaBeraudValenzuelaTorres.pdf> (10.11.2019).

deberes” no procede por una infracción genérica a los deberes de un funcionario público en relación al principio de juridicidad establecidos en los artículo 6 y 7 de la Constitución (...). Resulta ineludible identificar y determinar las fuentes jurídicas de los deberes estatutarios de los Ministros de la Excelentísima Corte Suprema: Dicho estatuto se encuentra en el Código Orgánico de Tribunales y en los autos acordados que la Corte Suprema dicte en el ejercicio de sus potestades. A ello agregaron que deben ser deberes que digan relación con su labor de jueces de los tribunales superiores y no de otra índole administrativa³⁴.

En el caso de la acusación contra los ministros Dolmestch, Künsemüller y Valderrama, de 2018, el tipo de deberes que se alegaba infringido dice relación con lo resuelto al conceder la libertad condicional a violadores de derechos humanos, por lo nos referiremos a esto en un apartado específico.

d. No procede por delitos ministeriales

Si bien la acusación contra los ministros de la Corte Suprema de 2018 no imputó prevaricación ni contenía imputaciones de hechos que revistieran carácter de delito y cabe mencionar que parte de la doctrina y la práctica de la Cámara de Diputados ha entendido que la configuración de delitos se encuentra fuera del control de la acusación constitucional. Se ha dado como argumento que los delitos ministeriales, como la prevaricación u otros deben ser perseguidos por la justicia ordinaria y no en sede de acusación constitucional, pues de lo contrario se invadiría la independencia judicial. Esta interpretación se remonta a la vigencia de la Constitución de 1833, donde se estimó que determinar la concurrencia de delitos tales como prevaricación invadiría la atribución exclusiva de los tribunales de determinar la genuina aplicación de la ley³⁵.

Bajo tal tesis hay tres argumentos: la propia Constitución (art. 79 CPR) señala que el cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones como delitos a ser sancionados conforme a ley (y no por la Constitución); la Constitución no incluyó expresamente la prevaricación

34 Esto fue relevante en la acusación contra Carreño: parte de los capítulos acusatorios se referían a deberes en su rol de encargado de la unidad de apoyo a la Reforma de Familia. Tales deberes, a juicio de la comisión, son diversos de aquellos referidos al ejercicio del cargo de juez de la Corte Suprema.

35 Palacios, Erlin, *La acusación constitucional a los magistrados de la Corte Suprema de Chile*, Memoria para optar al grado de magister en derecho público, Universidad de Chile, 2004, 2004, p. 60 y ss. Disponible online: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106768/de-palacios_e.pdf;sequence=3 (10.11.2019). Sasso, Marcello, Op. Cit., p. 86 y ss.

u otro delito como causal de acusación constitucional, no es posible aplicar analogía; y que la ley (art. 332 y art. 333 Código Orgánico de Tribunales) al determinar las causales de cese en el cargo de juez de los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia se refiere por separado a la declaración de culpabilidad por notable abandono de deberes hecha en el contexto de una acusación constitucional.

Esta interpretación se ha venido dando una y otra vez en la práctica parlamentaria, desde 1868³⁶.

En un sentido contrario, y a mi juicio el correcto, parte de la doctrina ha estimado que la responsabilidad constitucional no excluye los casos de delitos³⁷. Que la Constitución indique que la ley sancionará tales conductas no impide entender que se trata de dos tipos de responsabilidad, de naturaleza diversa y no excluyentes. Si son las conductas de mayor gravedad las que se sancionan como delito, no se explica que no sean entendidas como notable abandono de deberes.

Además, la propia ley también deja espacio a la acusación constitucional cuando el artículo 324, inciso final, del Código Orgánico de Tribunales excluye a los ministros de la Corte Suprema del control regular por la judicatura en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de la justicia; entender que en estos casos no se aplica la acusación constitucional derechamente vulneraría el principio de responsabilidad³⁸.

36 Jorge Huneeus, refiriéndose a la acusación de 1868 señaló: “Este precedente importante, único ocurrido entre nosotros, ha reconocido el principio de que el crimen de notable abandono de deberes, es distinto de los crímenes a que se refiere el Art. III (102) de la Constitución. Si se considerara a éstos como comprendidos en aquel, la independencia del Poder Judicial sería de todo punto ilusoria, porque el Congreso revisaría los fallos de los Tribunales, se avocaría el conocimiento de causas pendientes o de procesos fenecidos y ejercería funciones judiciales de aquellas que le prohíben ejercer los buenos principios y con ellos, el Art. 108 (99) de la Constitución.” Huneeus, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, 2016, p. 266. Disponible online: <https://doi.org/10.34720/sz3p-n868> (10.11.2019).

37 Así por ejemplo, Nogueira, Humberto, “Consideraciones sobre la acusación constitucional en la carta fundamental vigente”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Congreso Nacional. Libro Homenaje al profesor Alejandro Silva Bascuñán*, (Editorial Jurídica de Chile), 2013, p. 223- 254, p. 236.

38 Durante la discusión de esta causal en su historia legislativa, Silva Bascuñán destacó que “el juicio político por notable abandono de deberes respecto de los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia comprende los delitos que están configurados o que puedan configurarse en relación con el artículo 84 de la Constitución. Así que si se coloca con rango constitucional la excepción del actual artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales, en cualquier forma que sea, debería hacerse sobre la base de que no impidiera el juicio político por notable abandono de deberes. Es razonable defender a la Corte Suprema y a sus integrantes en cuanto actúen como tales, pero de ninguna manera impidiendo a la ciudadanía perseguir la responsabilidad que puedan tener”. Citado por el informe de la comisión encargada de conocer la acusación constitucional del magistrado Servando Jordán, en 1997, p. 11. Disponible online: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44103/7/Acusaci%C3%B3nConstitucionalJordan.pdf> (10.11.2019).

e. La causal no permite “revisar” los fundamentos de fallos

Por último, el criterio más relevante para determinar el contenido de esta causal de acusación responde a la pregunta de si un juez puede incurrir en notable abandono de deberes a través del contenido de sus sentencias. Encontramos acá tres concepciones en pugna, que han existido desde el origen de la causal³⁹.

Veamos a continuación en qué consiste cada una de ella, cómo han sido recogidas por la práctica parlamentaria y, en concreto, cómo se expresaron en la acusación contra los magistrados de la Corte Suprema en 2018.

e. i. Las distintas tesis en pugna

Desde una primera perspectiva, que podríamos denominar restrictiva, en caso alguno podrían analizarse los fallos de un juez ya que la causal debe entenderse acotada a deberes formales de los jueces, tales como asistir a su despacho, respetar horarios de trabajo, o deberes de residencia, entre otros. Esta interpretación fue seguida en los primeros casos de acusaciones constitucionales contra jueces, en el año 1868 cuando acusó a Manuel Montt y a otros ministros de la Corte Suprema, bajo la vigencia de la Constitución de 1833⁴⁰. Pero luego, esta interpretación sumamente restrictiva fue desterrada y nunca ha vuelto a ser recogida de forma directa por la práctica parlamentaria.

Desde una segunda perspectiva, que es posible identificar como amplia, se ha sostenido que el contenido de los fallos judiciales también puede generar responsabilidad constitucional si con ello se aplican de forma torcida las leyes o bien se dejan de aplicar normas generando denegación de acceso a la justicia. Esta fue la doctrina seguida en 1945, bajo la vigencia de la Constitución de 1925, cuando se acusó por esta misma causal a Agustín Vigorena, Contralor General de la República, y se le condenó en atención al contenido de sus actos dictaminadores y toma de razón. Bajo la vigencia de la Constitución de 1980 no hay precedentes parlamentarios que hayan recogido directamente esta interpretación.

Dentro de quienes sostienen esta tesis amplia, encontramos autores como Nogueira, quien sostiene que entre los deberes sustantivos, cubiertos por la

39 García, Ana María, Op. Cit., p. 177 y ss.

40 Tal interpretación era funcional al objetivo primordial de la mayoría parlamentaria: impedir que se pudieran conocer delitos por parte del Congreso Nacional. Véase Bustos R. y Espinoza M., “La acusación constitucional a la Corte Suprema en 1868. Cuestiones de pasión, derecho y honor”, en Revista de Derecho, vol. 15, 1988. Disponible online: <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14459/000310682.pdf?sequence=1> (10.11.2019).

causal de acusación constitucional, que afectan a los jueces se encuentran respetar y promover los derechos esenciales de las personas consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, bajo lo prescrito en el artículo 5, inciso segundo, de la Constitución⁴¹. En el mismo sentido, argumentaron los abogados Francisco Cumplido y Hernán Montealegre, en la acusación contra los ministros de la Corte Suprema, Ortiz, Zurita, Navas y Álvarez, en 1996. Cumplido señaló que “el notable abandono de deberes no sólo implica conductas funcionarias, sino también conductas relativas a la forma en que ejercen la jurisdicción, cuando quede de manifiesto que ella ha estado destinada a transgredir un derecho humano de alguna de las personas juzgadas o de alguna de las partes dentro del juicio”⁴². Montealegre, por su parte, alegó que la prohibición de revisar los fundamentos de las resoluciones judiciales no impide que en sede de acusación se *examine* si ha existido o no denegación o torcida administración de justicia, pues “esto último no significa ‘revisar los fundamentos o el contenido de resoluciones judiciales’, ya que, en caso contrario, la misma Constitución estaría convirtiendo en imposible la investigación sobre una denegación o torcida administración de justicia”⁴³. De manera similar Pereira, señala que la causal de notable abandono de deberes comprende⁴⁴.

Por último, la tesis intermedia, sostenida por la generalidad de la doctrina y expresada por Alejandro Silva Bascuñán, busca un punto medio entre las dos tesis anteriores.

Bajo esta tesis, se recoge la historia fidedigna de la norma constitucional, y de donde se constata que se buscó dejar afuera del alcance de la acusación la posibilidad de revisar los fallos de los tribunales, pero sin que esto significara una limitación exclusivamente a cuestiones de mera formalidad del cargo⁴⁵. Silva Bascuñán señala que “difícilmente puede sostenerse hoy que sólo cabe una acusación por el motivo que se analiza, cuando se ha prescindido de la

41 Nogueira, Humberto, “Consideraciones sobre la acusación constitucional en la carta fundamental vigente”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Congreso Nacional. Libro Homenaje al profesor Alejandro Silva Bascuñán*, (Editorial Jurídica de Chile), 2013, p. 223- 254, p. 235.

42 BCN, Acusación contra los magistrados Ortiz, Zurita, Navas y Álvarez, p. 51. Disponible online: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44110/7/Acusaci%C3%B3nConstitucionalOrtizZuritaNavasAlvarez.pdf> (10.11.2019).

43 Nota 42, p. 68.

44 Citado por Zúñiga, Francisco, “Responsabilidad constitucional de los magistrados de los tribunales superiores de justicia”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 1, 2003, p. 648.

45 García, Ana María, Op. Cit., p. 183.

satisfacción de deberes funcionarios meramente adjetivos y del todo ajenos a la tarea específica de administrar justicia (...) tampoco es tolerable una inteligencia tan amplia de la expresión constitucional que atribuyendo notable abandono de deberes llegue a comprender críticas y revisión de la sustancia de la administración judicial o de control rectamente ejercido. Entre una interpretación que quita eficacia al resorte de la acusación, y la otra, que lo hace en extremo peligroso, se encuentra, a nuestro juicio, la recta comprensión que aviene con la natural acepción de los vocablos: procede cuando se producen circunstancias de su gravedad que demuestran, por actos u omisiones, la torcida intención, el inexplicable descuido o la sorprendente ineptitud con que se abandonan, olvidando o infringiendo, los deberes inherentes a la función pública ejercida”⁴⁶.

De esta forma, bajo esta concepción amplia o flexible de la causal lo único que quedaría excluido de control bajo la casual notable abandono de deberes sería la posibilidad de *revisar* el contenido de los actos jurisdiccionales contenidos en sentencias. De lo contrario vulneraría el artículo 76 de la Constitución, que señala que ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, *revisar* los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos. Y con ello se vulneraría la independencia del poder judicial. Sin embargo, bajo la definición de Silva Bascuñán queda por determinar qué se entiende por “*revisar* los fundamentos o contenido de sus resoluciones”, frente a lo que la discusión parlamentaria ha dado diversas opiniones.

Como veremos, en la historia de las acusaciones constitucionales bajo esta causal, desde 1990, encontramos que en la generalidad de ellas se cita la fundamentación de Alejandro Silva Bascuñán⁴⁷ en el sentido de entenderse igualmente procedente la causal por cuestiones formales y cuestiones sustantivas, pero los matices de cada caso ponen en evidencia la flexibilidad de dicha definición, demostrando que no hay una aplicación unívoca de la causal. Así lo veremos en el siguiente apartado.

46 Silva, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, (2da. Edición, Editorial Jurídica de Chile), 2000, p. 173 y ss.

47 Álvarez P. et al, “Concepto de notable abandono de deberes de los magistrados de Tribunales Superiores de Justicia: Informes de las comisiones de acusación constitucional”, Biblioteca del Congreso Nacional, 2014. Disponible online: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=21226&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> (10.11.2019).

e.ii. Precedentes parlamentarios sobre revisión de los fallos

En la acusación de 1992, contra los ministros Cereceda, Beraud y Valenzuela, y Torres, Auditor General del Ejército como ministro integrante, tanto la defensa como quienes sustentaron la acusación esgrimieron en su favor la flexible doctrina de Alejandro Silva Bascuñán, lo que ya en alguna medida muestra lo dúctil de la definición⁴⁸. Finalmente, si bien se imputaban tres capítulos y comprendía vicios de fondo en la decisión jurisdiccional y en los procedimientos seguidos en casos de derechos humanos, la acusación fue acogida sólo respecto del ministro Cereceda en su calidad de presidente de la respectiva Sala y en consideración exclusivamente a una cuestión más bien formal como es el retraso en la dictación de sentencia⁴⁹. Por lo mismo, en concreto, si bien se recogió la tesis moderada en la fundamentación del informe respectivo, en los hechos primó una concepción más bien formalista para acoger parcialmente la acusación.

En la acusación contra los ministros Ortiz, Zurita, Navas y Álvarez, de 1996, la discusión sobre la posibilidad de analizar el contenido de lo resuelto en una sentencia fue crucial. En dicha acusación se planteaba que los ministros habían cometido notable abandono de sus deberes al aplicar el Decreto Ley 2.191 al caso del homicidio del señor Carmelo Soria. Entre otras imputaciones se alegó que los ministros desatendieron normas de derecho internacional de los derechos humanos, a la vez que se habría calificado erróneamente la condición de funcionario internacional del señor Soria sin dar aplicación a la Convención Internacional sobre Funcionarios Diplomáticos. El informe de la comisión respectiva que rechazó la acusación señaló: “Si bien un juicio político por notable abandono de los deberes en contra de los magistrados de los tribunales superiores de justicia no genera una modificación de las sentencias definitivas o interlocutorias firmes que se invocan para fundamentarla, no es menos cierto que produce una situación aún peor, tal es, destituir magistrados y modificar por esta vía la jurisprudencia. De aceptarse este criterio, los magistrados deberán permanentemente considerar los pareceres de los parlamentarios al fundamentar sus decisiones, so riesgo de perder sus

⁴⁸ Véase la discusión en la Sala del Senado, Legislatura 325. Sesión 25, de 19 de enero de 1993, pp. 329 y 365. Disponible online: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44098/7/Acusaci%C3%B3nConstitucionalCerecedaBeraudValenzuelaTorres.pdf> (10.11.2019).

⁴⁹ Para la votación en el Senado, se distinguió en tres capítulos. El primer capítulo se refería al traspaso de la causa de Alfonso Chanfreau a la justicia militar en contravención a normas de la Constitución y la ley, el segundo referido a la integración indebida por un militar en el caso (fiscal Torres) y el tercero a referido a la dilación injustificada en la dictación de sentencia.

cargos. Su inamovilidad sería una farsa y más bien derivarían en cargos de exclusiva confianza de este poder del Estado. Los abogados de foro, por su parte, dirigirían sus principales alegatos al Congreso Nacional, pasando la función legislativa a sustituir a los tribunales en su rol privativo de interpretar en forma autónoma la ley en los procesos judiciales”⁵⁰.

En la acusación contra Servando Jordán, en 1997,⁵¹ también se siguió el criterio de Silva Bascuñán, con énfasis en que no correspondía a la Cámara o al Senado invadir potestades jurisdiccionales. Lo mismo ocurrió en las acusaciones contra Jordán, Aburto, Faúndez, Zurita del año 1997, y contra el ministro Correa Buló⁵² del año 2000, donde también se sostuvo la doctrina de Silva Bascuñán, y se rechazó la acusación en ambos casos. En todos estos casos, sin embargo, no se discutía el contenido de fallos sino otro tipo de actuaciones.

En la acusación contra los ministros Kokisch, Ortiz y Rodríguez, de 2005, la discusión se aprecia con mayor claridad toda vez que derechamente se plantearon cuestionamientos respecto del contenido de un fallo en los capítulos acusatorios. Entre las imputaciones se alegó notable abandono de deberes el haber aceptado pruebas falsas y en razón de ello fallar un recurso de protección en el caso Celulosa Arauco. En este informe se planteó que resultaba impropio fundar la causal de notable abandono de deberes en el contenido de un fallo y el mérito de las pruebas rendidas en un expediente, por lo debía acogerse la cuestión previa al ser una acusación fuera del ámbito de la causal prevista en la Constitución⁵³.

No obstante, al observar la argumentación dada en respecto de cada capítulo acusatorio, se constata que igual se revisó el contenido de lo resuelto y

50 Voto de mayoría del informe de la comisión p. 73 <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44110/7/Acusaci%C3%B3nConstitucionalOrtizZuritaNavasAlvarez.pdf> (10.II.2019).

51 Cámara de Diputados, Informe de la Comisión encargada del estudio de la acusación, p. 67. Disponible online: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44103/7/Acusaci%C3%B3nConstitucionalJordán.pdf> (10.II.2019).

52 Cámara de Diputados, sesión 38°, en miércoles 13 de septiembre de 2000, p. 89. Disponible online: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/23995/1/Leg342Ses38.DOC> (10.II.2019).

53 Se señaló: “no puede haber acusación constitucional por una infracción de las leyes que regulan el procedimiento en materia probatoria (...) no puede haber acusación constitucional cuando existe una simple discrepancia sobre el mérito del valor probatorio en un proceso, porque eso significaría que sobre los tribunales de justicia, sobre la Corte Suprema y sobre las cortes de apelaciones, existiría una suerte de tercera instancia, que sería la Cámara de Diputados, y una cuarta instancia que, eventualmente, sería el Senado.” Defensa del abogado Hernán Boselin en la Sala. Cámara de Diputados, legislatura 353°, Ordinaria, sesión 19°, 19 de julio de 2005. Disponible online: <https://www.cn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=651303> (10.II.2019).

se procedió a valorar la prueba rendida en dicho juicio⁵⁴. Por lo mismo, vemos acá un acercamiento a la concepción más amplia de notable abandono de deberes.

En cambio, en la acusación contra el ministro Carreño, de 2014, la comisión informante, por unanimidad, rechazó la acusación y concluyó que “el notable abandono de deberes, no incluye la actividad jurisdiccional de los jueces en tanto conocen y juzgan de una determinada manera el derecho. Para esto el ordenamiento se dota de otros institutos. Una muestra de ellos es el mandato que se le da al legislador para determinar los casos y hacer efectiva la responsabilidad de los Ministros de la Corte Suprema por prevaricación en el ejercicio de sus funciones”⁵⁵.

e. iii. La acusación contra ministros Dolmestch, Künsemüller y Valderrama

En este caso, determinar si el ámbito de la causal notable abandono de deberes se extiende también al contenido de los fallos judiciales fue crucial. Justamente se debatía si aplicar control de convencionalidad era un deber de los jueces de aquellos a ser controlados por la acusación constitucional. En tal marco, de responder afirmativamente lo anterior, aplicado dicho control, resultaría relevante además evaluar por la Cámara de Diputados y posteriormente por el Senado si los tratados y normas de derecho internacional fueron aplicadas de forma correcta a los casos concretos de libertades condicionales otorgadas.

Al igual que ocurrió en el caso de la acusación de los ministros del año 2005, se recurrió al concepto de abandono de deberes acuñado por Silva Bascañán tanto por la parte acusadora como por la defensa, poniendo una vez más a la vista una vez la flexibilidad de tal definición. Lo central en la discusión fue qué debía entenderse por la voz *revisar*, para determinar si con la acusación se apuntaba a *revisar* o no los fundamentos de los fallos en el sentido proscrito por el artículo 76 de la Constitución.

54 Se sostuvo que “No se ha aceptado, por tanto, una prueba falsa. Dicho documento es auténtico, no ha sido alterado en su contenido y fue considerado en la sentencia en razón de su mérito intrínseco, junto con otros documentos, no para fundamentar la decisión del asunto controvertido, puesto que el recurso fue rechazado por extemporáneo, sino para señalar las razones por las cuales la Primera Sala de la Corte Suprema, a mayor abundamiento, indicó que aunque el recurso hubiese sido interpuesto dentro de plazo, no podría tampoco haberse acogido por no estar acreditados los hechos invocados por los recurrentes.” Cámara de Diputados, legislatura 353°, Ordinaria, sesión 19°, 19 de julio de 2005. Disponible online: <https://www.cn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=651303> (10.11.2019).

55 Informe de la Comisión encargada de estudiar la procedencia de la acusación constitucional contra el magistrado Héctor Carreño, p. 155. Disponible online: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTPO=MANDATOSGRALDET&prmID=20913&prmTIPODOC=LOCAL&prmPERIODO=2014-2018> (10.11.2019).

Se planteó por los acusadores que el libelo no *revisaba* los fundamentos de las sentencias, pues no apuntaba a revertir o modificar lo resuelto en ellas. Entendiendo por revisar “enmendar o corregir una resolución judicial” tal como lo hacen los recursos judiciales, cuestión que no acontecía en la especie, dado que los fallos cuestionados no serían modificados ni enmendados en caso de acogerse la acusación⁵⁶. Por lo mismo, el cuestionar o “examinar” lo resuelto por los jueces de la tercera sala penal en atención al bloque de constitucionalidad no sería un caso de revisión de sentencias judiciales. En el mismo sentido se manifestaron los profesores Humberto Nogueira, Claudio Nash y Rodrigo Poblete, invitados a la comisión.

Por parte de la defensa de los magistrados, en cambio, y de quienes estuvieron por rechazar la acusación se entendió que se mediante esta, sí se buscaba *revisar* lo resuelto pues implicaba atender al contenido de los fallos para determinar la responsabilidad constitucional. Se señaló que fundar la causal notable abandono de deberes en el mérito de una sentencia constituía un caso de revisión en el sentido proscrito por la Constitución. De tal forma, que resultaría irrelevante si lo resuelto en ella de modifica o enmienda, pues de todas maneras un pronunciamiento sobre lo resuelto constituiría un precedente para futuras resoluciones judiciales, afectando con ello la independencia judicial. En este sentido se expresaron los profesores Álvaro Flores, Enrique Navarro, Arturo Fermandois y Gabriel Zaliasnik.

La acusación finalmente resultó rechazada en la Sala de la Cámara de Diputados. Sin embargo, resulta curioso que los argumentos de fondo dados tanto en la Comisión como en la Sala sí se refirieron al mérito de lo resuelto en los fallos cuestionados, dando por hecho incluso la existencia de un deber de control de convencionalidad. Dicho deber fue debatido por algunos de los invitados a la comisión, pero no por la defensa de los ministros quienes entraron derechamente a la “revisión” del mérito de los fallos cuestionados en el mismo sentido que a su juicio estaba proscrito por la Constitución.

El abogado defensor del magistrado Hugo Dolmestch argumentó que existían discrepancias jurídicas evidentes en torno a la materia de los fallos cuestionados, y que por lo mismo era deber de los legisladores resolver tales dudas legislando sobre la materia en lugar de imputar responsabilidad constitucional

⁵⁶ Texto de la acusación, en el Informe de la Comisión encargada de estudiar la procedencia de la acusación constitucional contra los magistrados Hugo Dolmestch, Manuel Valderrama y Carlos Künsemüller, p. 6 y ss. Disponible online: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=146477&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> (10.11.2019).

a los magistrados⁵⁷. La defensa del ministro Manuel Valderrama, por su parte, alegó que los magistrados efectuaron control de convencionalidad, pero que “[n]o hay acuerdo entre los jueces de la Corte Interamericana ni en la doctrina sobre esta materia, y es difícil sostener un notable abandono de deberes sobre la base de una cuestión que es discutida”⁵⁸. Agregó que “no hay un deber que se pueda extraer del derecho internacional de los derechos humanos, no lo hay en el Pacto de San José de Costa Rica, no lo hay en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para beneficios como los otorgados en Chile, no lo hay en el Estatuto de Roma y no lo hay en la práctica internacional de los países civilizados. No hay deber que se pueda decir que estos jueces han incumplido. Podremos disentir de sus sentencias, pero eso es harina de otro costal.”⁵⁹. En similar sentido, la defensa del ministro Carlos Künsemüller analizó una a una las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que los acusadores estimaban infringidas, sosteniendo que ellas no fueron vulneradas por los ministros acusados, e incluso argumentó que debía entenderse por impunidad en el sentido de la Corte, sosteniendo que en los casos fallados por lo magistrados acusados no se producía impunidad pues se otorgó libertad condicional sin alterar la pena⁶⁰. Asimismo, respecto de la supuesta vulneración del Tratado de Roma sostuvo que “el derecho penal internacional no solo no prohíbe el otorgamiento de beneficios como la libertad condicional, que no alteren la sentencia condenatoria a los condenados por delitos de lesa humanidad, sino que prevé especialmente su otorgamiento, y las reglas mencionadas en último término lo recomiendan especialmente”⁶¹.

Es decir, para decidir si acoger o desechar la acusación lo que debió debatirse fue el mérito de las resoluciones, entrar al mérito de lo resuelto.

Por lo mismo, la comisión y la Cámara de Diputados “examinó” el contenido y fundamento de las sentencias, por lo que se puede estimar que en este caso sí se estimó de forma indirecta que los fallos pueden ser revisados en este sentido y que las normas aplicables en un caso concreto sí configuran un deber susceptible de generar notable abandono de deberes bajo una

57 Defensa del Abogado Davor Harasic. Nota 56, p. 141.

58 Defensa del Abogado Jorge Correa. Nota 56, p. 149.

59 Defensa del Abogado Jorge Correa. Nota 56, p. 152.

60 Defensa del abogado Etcheverry. Nota 56, p. 162 y ss.

61 Defensa del abogado Etcheverry. Nota 56, p. 161.

acusación constitucional. En este caso, sin embargo, no fue posible estimar que dicho deber había sido vulnerado, pues al menos existía un ámbito jurídicamente debatible.

Este precedente, por lo mismo, marca un enorme matiz en práctica parlamentaria, pues incluso bajo la doctrina de Alejandro Silva Bascuñán, se admite examinar el contenido de lo resuelto por la Corte Suprema, más allá de que en definitiva la acusación haya resultado rechazada.

4. Reflexiones finales

La acusación constitucional es un mecanismo de control jurídico-político de última ratio, mediante la cual el Congreso Nacional hace efectiva la responsabilidad constitucional de autoridades, logrando su cese en el cargo. Respecto de los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia también puede darse este control, por la causal notable abandono de deberes.

En virtud de esta herramienta es posible hacer efectivo el principio de responsabilidad, pues sin ella la Corte Suprema se constituiría en órgano más allá de todo control o contrapeso en el ejercicio de sus funciones.

Hemos visto que en la práctica parlamentaria no son muchos los casos que existen de este tipo de acusaciones y que sólo una de ellas ha resultado acogida, de forma parcial, bajo la vigencia de la Constitución de 1980. La interpretación de la causal que se ha tenido presente en todas ellas -y podríamos llamar la interpretación canónica de la causal- apunta a darle flexibilidad a esta, permitiendo el control de deberes ministeriales tanto de carácter adjetivo como sustantivos. Así, se ha excluido del control vía acusación constitucional únicamente la revisión de los fundamentos de los fallos judiciales, en razón del artículo 76 de la Constitución que impide que otros poderes del Estado puedan ejercer jurisdicción y revisar lo resuelto por tribunales.

Sin embargo, si bien se constata cierta deferencia en la utilización de esta herramienta de control por parte de la Cámara de Diputados, observamos cierta inflexión en algunas acusaciones más recientes, incluida la interpuesta contra los magistrados Dolmestch, Künsemüller y Valderrama, en 2018. Ello, pues si bien la procedencia de la acusación resultó rechazada por la Sala de la Cámara, el debate se centró derechamente en si los fallos dictados por los acusados, que concedieron libertades condicionales a sujetos condenados por delitos de lesa humanidad, vulneraban o no normas de derecho internacional vinculantes para nuestro país. De esta forma, la discusión requirió *examinar* el contenido de los fallos y el derecho aplicable, por lo que no podría entenderse

esto como sinónimo de revisar el fundamento de estos en el sentido proscrito por la Constitución.

Debe tenerse presente que el terreno de esta discusión es sumamente delicado, pues una aplicación más extensiva de esta causal en el futuro podría generar riesgos a la independencia de los jueces. Se requiere de un adecuado equilibrio entre el principio de responsabilidad y el de independencia judicial, y por lo mismo, se requiere mesura en la utilización de esta herramienta, atendiendo a su carácter excepcional.

COMENTARIOS A LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL PRESENTADA EN CONTRA DE LOS MINISTROS DE LA SEGUNDA SALA DE LA CORTE SUPREMA Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

*Jaime Gajardo Falcón*¹

Resumen

Entre los meses de agosto y septiembre del 2018 se tramitó en la Cámara de Diputados una acusación constitucional, que fue presentada por diez diputadas y diputados de oposición, por “notable abandono de sus deberes”, conforme lo dispuesto en el artículo 52 N° 2, letra c) de la Constitución Política de la República, en contra de los Ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema los señores Hugo Dolmestch, Manuel Valderrama y Carlos Künsemüller. En dicha acusación constitucional se sostuvo que los Ministros de la Corte Suprema habrían incurrido en la causal de notable abandono de sus deberes debido a que en fallos recaídos en recursos de amparo desatendieron los “estándares” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la materia y, por ende, infringieron el deber contemplado en el artículo 5 de la Constitución Política de la República y que establece la obligación para todas las autoridades y órganos del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos. Todo ello a raíz de que conociendo de recursos de amparo presentados por la defensa de exmilitares, condenados por delitos de lesa humanidad cometidos en la dictadura, les otorgaron el beneficio de la libertad condicional.

La acusación constitucional presentada originó un amplio debate político y académico, entre otras cosas, relacionado con: la acusación constitucional y su pertinencia; la independencia de los miembros del poder judicial

¹ Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Actualmente se desempeña como profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Diego Portales y profesor invitado de la Escuela de Postgrado de Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: gajardofalcon@gmail.com

y la acusación constitucional como mecanismo de injerencia indebida en las funciones judiciales; el control de convencionalidad y su obligatoriedad; la procedencia (o no) de la acusación constitucional por el contenido de las sentencias de los jueces y, en definitiva, sobre la supremacía constitucional y quién(es) es(son) los interprete(s) autorizado(s) de la Constitución Política de la República.

Así, en el presente trabajo, se realizan algunas consideraciones sobre la relación que existe entre la supremacía constitucional y la acusación constitucional. Se sostiene que el mecanismo de acusación constitucional es una garantía de la supremacía constitucional y parte de lo que se ha denominado como defensa de la Constitución, buscando rescatar el cariz político del constitucionalismo.

1. Introducción

Los días 30 y 31 de julio de 2018, siete exmilitares condenados por la comisión de delitos de lesa humanidad obtuvieron el beneficio de la libertad condicional contemplado en el Decreto Ley N° 321 de 1925 que regula su aplicación². La concesión del beneficio señalado fue una decisión adoptada por la Corte Suprema, a través de su Sala Penal, conociendo de recursos de amparo presentados por la defensa de los exmilitares, en el marco de las causas rol n° 16.817-2018, rol n° 16.819-2018, rol n° 16.820-2018, rol n° 16.821-2018 y rol n° 16.822-2018.³

² Los ex militares condenados por delitos cometidos en la dictadura militar son: 1) Gamaliel Soto Segura, condenado como autor del delito de secuestro calificado de Eduardo Enrique González Galeno ocurrido el 14 de septiembre de 1973; 2) Manuel Pérez Santillán, condenado como cómplice del delito de secuestro del ex agente de la DINA Eugenio Berríos Sagredo, en el marco de la causa Rol N° 1-91 seguida por el homicidio de don Orlando Letelier del Solar; 3) José Quintanilla Fernández, condenado como autor del delito de secuestro calificado de Alonso Lazo Rojas y de Nicza Estrella Báez Mondaca (esposa de Alonso Lazo Rojas), ambos ocurridos el 14 de noviembre de 1975; 4) Hernán Ernesto Portillo Aranda, condenado como autor del delito de secuestro calificado de Alonso Lazo Rojas y de Nicza Estrella Báez Mondaca (esposa de Alonso Lazo Rojas), ambos ocurridos el 14 de noviembre de 1975; 5) Felipe Luis Guillermo González Astorga, condenado como autor del delito de secuestro calificado de Alonso Lazo Rojas y de Nicza Estrella Báez Mondaca (esposa de Alonso Lazo Rojas), ambos ocurridos el 14 de noviembre de 1975; 6) Emilio Robert de la Mahotiere González, condenado como encubridor y cómplice del homicidio calificado y del secuestro calificado en la causa conocida como “Caravana de la Muerte-Antofagasta”; 7) Moisés Retamal Bustos, condenado como autor del delito de secuestro calificado de Ariel Arcos Latorre, Juan Pavas Chunk-Galeazzo y Enrique Pargadoy, hechos ocurridos a finales de septiembre de 1973.

³ En general, los fallos citados de la Corte Suprema que concedieron los beneficios de libertad condicional para los ex militares condenados por delitos de lesa humanidad revocaron sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago recaídas en los amparos presentados por las defensas de los ex militares en contra de las resoluciones de la Comisión de Libertad Condicional que les denegaba el beneficio. Sobre los delitos de los militares involucrados en estas causas y sus procesos, véase: Acusación Constitucional por notable abandono de deberes en contra de los Ministros de la Excm. Corte Suprema de Justicia, señores Hugo Dolmestch, Manuel Valderrama y Carlos Künsemüller, pp. 13-46.

Las sentencias de la Corte Suprema, que concedieron el beneficio de la libertad condicional a los ex militares condenados por la comisión de delitos de lesa humanidad, sostienen que los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país en materia de Derechos Humanos:“(…) no impiden reconocer a los condenados su derecho a reincorporarse a la sociedad mediante mecanismos como el de la Libertad Condicional y, concordantemente, el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos vs. Perú, en la resolución sobre el cumplimiento de la sentencia de 7 de septiembre de 2012, sólo cuestiona el otorgamiento “indebido” de beneficios en la ejecución de la pena, lo que eventualmente puede conducir a una forma de impunidad, situación que no se presenta en el caso de autos, donde el amparado cumple los extremos legales y reglamentarios para acceder a la libertad condicional”.⁴

Como se puede apreciar, los fallos de los ministros que componen la Sala Penal de la Corte Suprema son polémicos, al menos, en un doble sentido. En primer lugar, por la concesión del beneficio de libertad condicional a ex militares condenados por delitos cometidos durante la dictadura militar generando una igualación entre delitos comunes y aquellos considerados como crímenes contra la humanidad y, en segundo lugar, por la fundamentación de las sentencias que a pesar de citar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al respecto, vienen a establecer una excepción a lo que se ha denominado como reparación integral a las víctimas en el marco del principio de lucha contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad y, en particular, en su arista de garantía de no repetición.⁵

Debido a la gran discusión pública que generaron las sentencias precitadas, el 23 de agosto de 2018 diez diputadas y diputados de oposición presentaron una acusación constitucional por “notable abandono de sus deberes”, conforme lo dispuesto en el artículo 52 N° 2, letra c) de la Constitución Política de la República, en contra de los Ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema los señores Hugo Dolmestch, Manuel Valderrama y Carlos Künsemüller⁶. En

4 Corte Suprema, Rol 16.817-18, 30-07-2018, C° 6.

5 Sobre la reparación integral en la Corte IDH, tanto en su jurisprudencia como desde un punto de vista doctrinario, véase, entre otros: Nash, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Centro de Derechos Humanos), 2009.

6 La acusación constitucional fue presentada por las diputadas Marcela Hernando Pérez (PR), Carmen Hertz Cadíz (PC) y Alejandra Sepúlveda Orbenes (FRVS); y los diputados Gabriel Boric Font (CS), Ricardo Celis Araya (PPD), Miguel Crispi Serrano (RD), Tomás Hirsch Goldschmidt (PH), Jaime Naranjo Ortiz (PS), Daniel Nuñez Arancibia (PC) y Raúl Soto Mardones (DC).

el libelo acusatorio, se señaló que los Ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema habrían incurrido en la causal de notable abandono de sus deberes debido a que en los fallos precitados desatendieron los “estándares” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la materia y, por ende, infringieron el deber contemplado en el artículo 5 de la Constitución Política de la República y que establece la obligación para todas las autoridades y órganos del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos. El reproche concreto que hacen los diputados y diputadas en la acusación constitucional a los Ministros en cuestión es por desconocer en los fallo señalados un largo camino de reconstrucción de la verdad, de lucha contra la impunidad y de justicia.⁷

Posteriormente, a raíz de la acusación constitucional interpuesta se generó un gran debate político y académico, principalmente en lo relativo a: la acusación constitucional y su pertinencia; la independencia de los miembros del poder judicial y la acusación constitucional como mecanismo de injerencia indebida en las funciones judiciales; el control de convencionalidad y su obligatoriedad⁸; la procedencia (o no) de la acusación constitucional por el contenido de las sentencias de los jueces y, en definitiva, sobre la supremacía constitucional y quién(es) es(son) los intérprete(s) autorizado(s) de la misma.

Así, en el presente trabajo me centraré, con ocasión de la acusación constitucional presentada en contra de los Ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema, en la relación que existe entre la supremacía constitucional y la acusación constitucional. Sostendré que el mecanismo de acusación constitucional es una garantía de la supremacía constitucional y parte de lo que se ha denominado como defensa de la Constitución, buscando rescatar el cariz político del constitucionalismo. Para ello, el presente trabajo, en primer lugar, dará cuenta de forma panorámica sobre el mecanismo de acusación constitucional

7 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos a raíz de los fallos emitidos por los Ministros de la Corte Suprema acusados y en comentario señaló que: “(...) si bien aún en casos de graves violaciones a los derechos humanos el derecho internacional admite que ciertas circunstancias puedan generar una reducción de la pena, como por ejemplo la colaboración efectiva con la justicia mediante información que permita el esclarecimiento del crimen, de acuerdo con los estándares del sistema interamericano de derechos humanos, tales circunstancias *requieren un análisis y requisitos más exigentes* en función del bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos, y la obligación que tienen los Estados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad. Por consiguiente, la obligación internacional de sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos *no puede verse afectada indebidamente o volverse ilusoria durante la ejecución de la sentencia que impuso la sanción, en apego al principio de proporcionalidad*”. Disponible en: <http://www.oas.org/cidh/prensa/comunicados/2018/185.asp>

8 Especialmente interesante en este punto fueron las exposiciones de las profesoras Claudia Cárdenas y Myrna Villegas en la Comisión de la Cámara de Diputados encargada de informar la procedencia de la acusación constitucional deducida en contra de los Ministros en cuestión. Al respecto, véase: https://www.camara.cl/trabajamos/comision_listadodocumento.aspx?prmID=2021

contemplado en la Constitución Política de la República, en particular, de aquel estatuto de atribución de responsabilidad por “notable abandono de deberes” por parte de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia. En segundo lugar, revisaré el entendimiento actual que se le ha dado a la idea de supremacía constitucional en términos doctrinarios, para desde ahí plantear algunas reflexiones finales en torno a su relación con la acusación constitucional.

2. Generalidades de la acusación constitucional y en particular de la que procede por notable abandono de deberes de los Magistrados de los Tribunales superiores de Justicia

Uno de los pilares de la democracia constitucional es el principio de responsabilidad⁹, siendo la responsabilidad constitucional (política) una de sus expresiones¹⁰. En ese sentido, la responsabilidad constitucional sería aquella que tienen las autoridades en el ejercicio de sus funciones y que se deriva de los supuestos del Estado de Derecho Democrático y Constitucional, entendido como una elaboración compleja y sofisticada de carácter normativo y doctrinario, destinada a dar un conjunto de respuestas al problema de las relaciones entre el Derecho y el Poder.¹¹

El fundamento de la responsabilidad general del Estado y, por ende, de las autoridades que lo componen no es otro que el Estado de Derecho y sus presupuestos, cuya finalidad última es proteger a los ciudadanos en sus derechos. Autoridades “irresponsables” y no sujetas a controles constitucionales en un Estado de Derecho es una contradicción en sus propios términos¹².

9 Tal y como señala José López Jacoiste, el principio de responsabilidad en último término, esto es en cualquiera de sus dimensiones, implica poner a las personas en una conmoción íntima, de tener que dar cuenta de sus actos, de dar respuestas, es decir, de una implicación personal. Al respecto, véase: López, José, *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica* (Editorial Universitaria Ramón Areces), 2010, pp. 49-50.

10 Sobre la responsabilidad constitucional, su origen y naturaleza en la doctrina chilena, entre otros, véase: Bronfman, Alan, “El tipo de responsabilidad perseguida en el juicio político”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 26, 2005, pp. 89-117; Martínez, Gutenberg y Rivero, Renée, *Acusaciones constitucionales. Análisis de un caso: una visión parlamentaria* (Editorial Jurídica de Chile), 2004, pp. 79-85; Sasso, Marcelo, *La acusación constitucional: su naturaleza jurídica y los derechos fundamentales en Chile* (Tesis de Doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2014, pp. 14-24; Silva, Luis, “Acusación constitucional y garantía política de la supremacía constitucional”, en *Revista Ius et Praxis*, N° 2, 2017, pp. 213-250; Zúñiga, Francisco, “Acusación en Juicio Político: Notas sobre la Justicia Política”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 20, 1993, pp. 705-724; Sánchez, Leslie, *Acusación Constitucional. Control y responsabilidad política* (Rubicón Editores), 2018, pp. 149-302.

11 Al respecto y sobre las distinciones entre responsabilidad constitucional, responsabilidad política y responsabilidad gubernamental, véase: Sasso (2014), pp. 5-24 en nota 8.

12 En ese sentido, véase: Zúñiga, Francisco, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador* (Lexis Nexis), 2007, p. 21.

Para el jurista argentino Rafael Bielsa: “[e]n un Estado en que rige una Constitución que establece un gobierno representativo y republicano, todos los que ejercen funciones públicas responden de sus actos realizados en ellas, es decir, responden de las extralimitaciones de su mandato, no en el sentido del derecho civil, sino del derecho público”.¹³

Así, la responsabilidad constitucional de las autoridades públicas se debe entender en el marco de lo que se ha denominado el fenómeno del constitucionalismo¹⁴, en el cual el Estado Constitucional de Derecho adquiere una forma distinta, marcada por una nueva constelación de relaciones entre los poderes debido a la consecuencia necesaria del paso del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, que ha implicado el reconocimiento de un carácter normativo directamente vinculante de la Constitución, la que deja de ser un marco de referencia jurídica sostenido por el consenso del comportamiento político, pasando a ser fuente directa de proposiciones normativas vinculantes para todos los órganos del Estado.¹⁵

Por su parte, la finalidad de los mecanismos que persiguen la responsabilidad constitucional (acusación constitucional), en cuanto garantía propia del Estado de Derecho, es la protección de los intereses públicos contenidos en la Constitución y constituye una forma de control interorgánico de base constitucional, que tiene por objetivo contener y sancionar el abuso o desviación de poder, las infracciones constitucionales y delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por parte de las autoridades acusables, resguardando y garantizando el orden institucional de la República establecido en la Constitución y, por ende, es una garantía (política) de la supremacía constitucional.¹⁶

De esta forma, es común que las Constituciones del mundo y, a su turno, nuestra Constitución establezcan hipótesis para que se persiga la responsabilidad constitucional de las autoridades que la República establece. De conformidad con lo anterior y según lo establecido en el artículo 52 número 2 de la Constitución Política: el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los magistrados de los tribunales superiores de justicia, el Contralor General de la República, los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional y los Intendentes, Gobernadores y de la

13 Cfr. Bielsa, Rafael, *El Derecho Constitucional* (Roque Depalma Editor), 1959, pp. 595-596.

14 Sobre el fenómeno del constitucionalismo, entre otros, véase: Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, en *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (Iustel), 2007, pp. 113-127.

15 Cfr. Aldunate, Eduardo, *Derechos Fundamentales* (Legal Publishing), 2008, p. 68.

16 En ese sentido, ver Silva (2017), pp. 213-250 en nota 8.

autoridad que ejerza el Gobierno en los territorios especiales a que se refiere el artículo 162 bis de la Constitución, son responsables políticamente y el mecanismo para representar ello es la acusación constitucional.¹⁷

En términos generales, tal y como anota Francisco Zúñiga la responsabilidad constitucional que se hace efectiva en la acusación constitucional es diferente de las responsabilidades de derecho común, debido a que, en primer lugar, se hace efectiva a través de un instituto de “justicia política”, que por su configuración no permite denominar a los órganos que participan en ella (Cámara de diputados y Senado) como ministerio público y tribunal respectivamente. En segundo lugar, tampoco permite homologar el procedimiento, a un proceso (entendido éste como el iter formalizado, finalístico y garantista en que se despliega por la potestad jurisdiccional). Así, la justicia política es un mixtum conceptual, que por su fuerte carga política, refleja una forma larvada de racionalización garantista en la persecución de una responsabilidad de índole constitucional. En virtud de las características de este juicio con fuertes connotaciones políticas es que la competencia se le otorga tradicionalmente al Congreso Nacional y no a la jurisdicción ordinaria o constitucional.¹⁸

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad constitucional de la que responden, conforme a la letra c) del artículo 52 número 2 de la Constitución, los magistrados de los tribunales superiores de justicia¹⁹ y el Contralor General

17 Lo anterior se complementa, en primer lugar, con el proceso de remoción establecido en el artículo 89 de la Constitución para el Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales, quienes sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados, o de diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. La Corte Suprema conocerá del asunto en pleno especialmente convocado al efecto y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio. En segundo lugar, por el mecanismo de remoción para los Consejeros del Servicio electoral establecido en el artículo 94 bis de la Constitución, que preceptúa que solo podrán ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República o de un tercio de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, por infracción grave a la Constitución o a las leyes, incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. Al igual que en el caso del Fiscal Nacional o de los Fiscales Regionales, la Corte conocerá del asunto en Pleno, especialmente convocado al efecto, y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio. En tercer lugar, por la remoción de los Consejeros del Banco Central establecida en los artículos 16 y 17 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central.

18 Al respecto, véase Zúñiga, Francisco, “Responsabilidad constitucional de los magistrados de los tribunales superiores de justicia”, *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, 2003, pp. 638-640.

19 El concepto de “magistrados de los tribunales superiores de justicia”, que señala el artículo 52 número 2 letra c), es de carácter doctrinario, por lo cual existen diferentes entendimientos de qué incluye. Autores que interpretan de forma restringida la idea de “magistrados de los tribunales superiores de justicia” señalan que el concepto sólo incluye a los miembros de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones. Por otra parte, con un concepto intermedio otros autores incluyen a los ministros de la Corte Suprema, Cortes de apelaciones y los de Cortes Marciales (Zúñiga 2003, pp. 651-652). Con un concepto amplio Silva Bascuñan agrega a los miembros de la Corte Suprema cuando integren el Tribunal Calificador de Elecciones, véase: Silva Bascuñan, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile), 2000, pp. 160-162.

de la República, pueden ser acusados constitucionalmente por notable abandono de sus deberes²⁰. Por su parte, el ilícito de “notable abandono de deberes” no tiene un contenido positivo y en términos generales puede entenderse como “la omisión, grave incumplimiento o abandono de las obligaciones esenciales que exige el cargo que se detenta”²¹. El límite de este concepto es bastante claro y se encuentra establecido en el artículo 76 de la Constitución Política de la República, que establece que “ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

A pesar de lo anterior, el contenido y significado del ilícito de “notable abandono de deberes” para la doctrina ha sido materia de discusión. En ese sentido, para Francisco Zúñiga un concepto restringido del ilícito “podría llevar al absurdo de que el abandono de deberes sólo se configura frente a ilícitos sumamente graves, que incluso puedan revestir prima facie los caracteres de ilícito penal o administrativo, lo que transforma al instituto de la acusación en juicio político en un “hierro de madera”.²²

Debido a ello, para Zúñiga el ilícito de notable abandono de deberes es:

“(…) relativamente amplio o lato para castigar o corregir todo delito, infracción o abuso de poder consistente en la infracción de deberes adjetivos (administrativos-disciplinarios) y deberes sustantivos. Por la vía ejemplar, la infracción de normas autoejecutivas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales (deberes sustantivos), configura un “notable abandono de deberes”, aunque dicha infracción tenga influjo en el contenido de un acto jurisdiccional o sentencia; ya que el principio de supremacía y principios garantistas de la Constitución imponen deberes a los órganos del Estado, que imponen una limitación al ejercicio de la “soberanía”; en particular un deber negativo de respeto y deber positivo de promoción de derechos humanos (art. 5° inciso 2° C.P.R)”.²³

20 Tal y como apunta Francisco Zúñiga, el actual artículo 52 número 2, letra c) de la Constitución Política de la República, tiene su antecedente en el artículo 39 n° 1, letra c) de la Constitución de 1925 y sus respectivos correlatos en la Constitución de 1833, 1828 y 1823. Al respecto, véase: Zúñiga 2003, p. 644 en nota 16.

21 Contreras, Pablo y García, Gonzalo, *Diccionario Constitucional chileno*, (Tribunal Constitucional), 2014, pp.672-673.

22 Cfr. Zúñiga 2003, p. 648 en nota 16.

23 Cfr. Nota 20.

Precisamente, al igual que en las anteriores acusaciones constitucionales que ha conocido el Congreso Nacional²⁴, lo que se discutió en la acusación constitucional presentada en contra de los Ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema en el año 2018, fue si es posible sostener que dichos magistrados incurrieron en la causal de notable abandono de sus deberes debido a que en los fallos de amparo, que concedieron las libertades condicionales a los ex militares condenados por violación de los derechos humanos durante la dictadura militar, desatendieron los “estándares” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la materia y, por ende, infringieron el deber contemplado en el artículo 5 de la Constitución Política de la República y que establece la obligación para todas las autoridades y órganos del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos.²⁵

Durante la tramitación de la acusación constitucional en la Comisión de la Cámara de Diputados, Humberto Nogueira en su exposición, desde una perspectiva amplia del concepto de notable abandono de deberes²⁶, sostuvo que:

24 Al respecto véase: Zúñiga 2003, pp. 644-648 en nota 16.

25 En ese sentido, Humberto Nogueira sostuvo en la discusión de la acusación constitucional, junto con otros académicos, que para determinar el notable abandono de los deberes de los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia, se debe tener en cuenta que en la interpretación y aplicación del derecho vigente no se infrinja la Constitución. Para ello, el examen del ilícito de notable abandono de deberes debe revisar el contenido de las sentencias que emitan en el ejercicio de sus funciones los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia, ya que de otra manera no se podrá determinar si los Ministros respectivos cometieron una infracción constitucional adjetiva o sustantiva, si vulneraron algún derecho fundamental o humano que, de conformidad con la Constitución, se debía respetar y promover. Sólo revisando el contenido de las sentencias se puede determinar si se aplicó o no como parte del derecho vigente las fuentes internacionales vinculantes, entre ellas los tratados de derechos humanos o los principios imperativos de *ius cogens* y los estándares determinados por los tribunales internacionales o supranacionales en la materia. Asimismo, si los Ministros en sus fallos aplicaron las reglas de interpretación en derechos humanos contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos exigibles como órganos estatales en el respeto y garantía de los derechos convencionales. En ese sentido, Humberto Nogueira cita el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Norín Catrیمان y otros vs. Chile”, respecto de sus decisiones en relación a la evaluación de la conducta de los tribunales nacionales en el respeto y garantía de los derechos humanos, sin que ello signifique ni afectar la independencia ni imparcialidad de los tribunales nacionales, ni constituir una cuarta instancia respecto de las decisiones jurisdiccionales nacionales: “186. El esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede hacer necesario para esta Corte examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana, pero no constituye una instancia de revisión de sentencias dictadas en procesos internos, ni hace que actúe como un tribunal penal en el que pueda analizarse la responsabilidad penal de los individuos. Su función es determinar la compatibilidad de las actuaciones realizadas en dichos procesos con la Convención Americana y, en particular, analizar las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos a la luz de las garantías protegidas en el artículo 8 de ese tratado”. Disponible en: https://www.camara.cl/trabajamos/comision_listadodocumento.aspx?prmID=2021

26 Humberto Nogueira sostuvo que: “notable implica “digno de atención y cuidado”. Abandono es “deamparar a una persona o cosa” de sus deberes. Deber es aquello a lo que se está obligado por el ordenamiento jurídico, desde la Constitución, pasando por los tratados o convenciones internacionales incorporadas al derecho interno mediante su ratificación o canje de documentos y los preceptos legales válidos y vigentes. Así, la causal genérica en análisis significa dejar, en grado digno de atención o cuidado, las obligaciones provenientes del cargo establecidas por la Constitución, los tratados o

En una perspectiva de interpretación unitaria y sistemática, de efecto útil y corrección funcional de la Constitución, puede determinarse que el Congreso no puede enmendar, reparar o corregir las sentencias de la Corte Suprema, y en general de todos los tribunales de justicia, las que tienen valor de cosa juzgada que puede ser real o aparente, ya que eventualmente la Corte IDH puede como medida de reparación integral en uno de sus fallos determinar la carencia de efectos jurídico de tal sentencia por vulneración de derechos humanos (Caso Almonacid Arellano), pero es perfectamente legítimo y constitucional por parte del Congreso examinar los fallos en el sentido de investigar con diligencia y cuidado una cosa y tantear la idoneidad y suficiencia del ejercicio de las facultades o atribuciones de los Ministros de la Corte Suprema y otros tribunales superiores de justicia en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, elemento indispensable para poder determinar racional y lógicamente si ha habido o no abandono de deberes con carácter de notable. Ello genera como consecuencia jurídica lo ya razonado, que implica el respeto estricto del artículo 76 de la Constitución respecto de la prohibición del Congreso de involucrarse en materias jurisdiccionales dentro de los límites establecidos constitucionalmente, lo que tiene como contrapartida la obligación de los jueces, que parece incumplida en estos últimos días, de no interferir o entrometerse en las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados (art 529 y del Senado (art 53), lo que además está expresamente prohibido por el artículo 4 del Código Orgánico de Tribunales que determina “Art. 4°: “Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes.”²⁷

Por su parte, Enrique Navarro, con una visión más restringida del concepto de notable abandono de deberes, en el sentido de que en el marco de una acusación constitucional la Cámara de Diputados no puede arrogarse atribuciones para la revisión de fundamentos o contenidos de las resoluciones

convenciones internacionales ratificadas y vigentes, como asimismo por las leyes de la República. Así actualmente el notable abandono de deberes no está dado solo por las obligaciones administrativas de los magistrados, sino también por el incumplimiento de sus obligaciones constitucionales sustantivas como la de respetar y promover los derechos fundamentales y humanos asegurados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados y vigentes, (art, 5°, inciso 2°); la dictación de fallos fundados o motivados conforme a las fuentes del derecho vigente y teniendo presente que no pueden suspender disposiciones de un tratado válido y vigente (art. 54 N° 1, inciso 5°); no realizar actos de prevaricación o torcida administración de justicia en el desempeño de sus funciones (artículo.79); y sus obligaciones legales, entre ellas, el artículo 3° del COT que determina como competencia de los jueces ejercer sus atribuciones conservadoras para hacer efectivos los derechos fundamentales y humanos”. Disponible en: https://www.camara.cl/trabajamos/comision_listadodocumento.aspx?prmID=2021

27 Véase nota 23.

judiciales, sostuvo que la acusación constitucional presentada en contra de los Ministros de la Corte Suprema en cuestión, constituirá un ejercicio abusivo de una prerrogativa constitucional y, por ende, afectaría “severamente el regular funcionamiento de nuestro Estado de Derecho y la debida separación de los poderes, puesto que es a los jueces a quienes les corresponde interpretar el Derecho y al Congreso Nacional le está vedado el revisar los fundamentos de las sentencias judiciales”²⁸. Es más, Enrique Navarro en la misma exposición señaló que los Diputados que aprueben la acusación constitucional podrían caer en causal de cesación de su cargo previa calificación del Tribunal Constitucional, ya que estarían “propiciando el cambio del orden jurídico institucional por medios distintos de los que establece la Constitución Política de la República”.²⁹

La visión restringida del concepto de notable abandono de deberes y la posible sanción en la que incurrirían los diputados y diputadas que pretendieran entender el ilícito constitucional de forma amplia (como han planteado, entre otros, Nogueira y Zúñiga) tiene un impacto directo en el rol que le damos a la acusación constitucional como posible vehículo de garantía de la supremacía constitucional (o no), como analizaré en el punto siguiente del presente trabajo.

Finalmente, a pesar de que el informe de la Comisión de la Cámara de Diputados encargada de la revisión de la acusación recomendaba aprobar la admisibilidad de la misma³⁰, en la sesión celebrada el 13 de septiembre del 2018, la Sala de la Cámara de Diputados rechazó, por 73 votos en contra y 64 a favor, la admisibilidad de la acusación constitucional presentada en contra de los Ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema los señores Hugo Dolmestch, Manuel Valderrama y Carlos Künsemüller. Así, la Cámara de Diputados consideró que la acusación constitucional presentada no reunía la cantidad suficiente para que se tramitará en juicio político-constitucional en el Senado.

28 Intervención de Enrique Navarro en la Comisión de la Cámara de Diputados encargada de informar la procedencia de la acusación constitucional deducida en contra de los Ministros en cuestión. Al respecto, véase: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=146226&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

29 Véase nota 28.

30 El informe de la Comisión de la Cámara de Diputados encargada de informar la procedencia de la acusación constitucional deducida en contra de los Ministros en cuestión se puede consultar en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=MANDATOSGRALDET&prmID=148266&prmTIPODOC=LOCAL&prmPERIODO=2018-2022>

3. La acusación constitucional y su relación con la supremacía constitucional: a modo de reflexión final

Como se puede apreciar, en la discusión que se dio en la Cámara de Diputados con ocasión de la acusación constitucional presentada en contra de los Ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema, el aspecto central desde el cual se parte para interpretar las normas de la Constitución Política de la República que establecen las causales de la acusación constitucional, el procedimiento y la competencia del Congreso Nacional para acusar y, en definitiva, establecer si las autoridades acusables son responsables constitucionalmente, es el entendimiento que se tiene de la supremacía constitucional y quiénes se encuentran “habilitados” para la defensa y garantía de la Constitución.

Tal como apunta Luis Silva, la idea que ha prevalecido sobre la supremacía constitucional es que la normatividad de la Constitución se encuentra garantizada de forma exclusiva por vía jurisdiccional, negando que el Congreso Nacional pueda ser, también, un intérprete supremo de la Constitución³¹. Esta concepción de la supremacía constitucional no sólo ha prevalecido a nivel nacional, sino que, principalmente, a raíz del auge que el neoconstitucionalismo ha tenido en la doctrina constitucional de occidente se ha ido consolidando.³²

Con una concepción restringida de la supremacía constitucional y vinculada exclusivamente a su garantía jurisdiccional, no se logra dimensionar el papel que tendría el Congreso Nacional como garante de la Constitución y el rol que juega la acusación constitucional como mecanismo a través del cual el Congreso ejerce dicho control. Asimismo, la visión restringida de la supremacía constitucional va privando a la Constitución de su faceta política y la desvincula de su anclaje con el autogobierno colectivo.³³

Profundizando en las implicancias de la tesis restringida de la supremacía constitucional, podemos señalar, además, que ella no permite apreciar las diferencias que existirían entre los diversos estatutos de responsabilidad y

31 Véase Silva 2017 en nota 10. Para revisar los argumentos de una defensa de la garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional, entre otros, véase: Fayt, Carlos, *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*, (Depalma), 1994.

32 Al respecto, entre otros, véase: Aldunate, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. 23, 2010, N° 1, pp. 79-102.

33 Al respecto, es interesante la crítica que realiza Kramer y en la que concuerdan Post y Siegel, en el sentido de que poner en el centro sólo la faceta jurídica de la Constitución y su garantía jurisdiccional conduce, necesariamente a la extralimitación judicial y a la pasividad ciudadana, lo que amenaza enormemente la democracia y socava la cultura constitucional. Véase: Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, (Siglo XXI editores), 2013, pp.119-139. En el mismo sentido y apuntando a la neutralización del autogobierno colectivo que supone el neoconstitucionalismo y su perspectiva de la supremacía constitucional, véase: Atria, Fernando, *La forma del derecho*, (Marcial Pons), 2016, pp. 67-76.

comete el error de interpretar las causales que establece el artículo 52 como si se trataran de un tipo de responsabilidad asimilable a la administrativa o penal, desconociendo con ello que la responsabilidad que se sanciona es de índole política-constitucional.

Por su parte, una concepción amplia de la supremacía constitucional, que reconoce el papel del Congreso Nacional como intérprete y garante de la Constitución, no desconoce la naturaleza jurídica de la Constitución ni la competencia de los tribunales para custodiar su supremacía, sino que amplía la mirada para abarcar también la naturaleza política de la Constitución.³⁴

La concepción amplia de la supremacía constitucional, vuelve a conectar a la Constitución con su cariz político, poniendo un énfasis tanto en el autogobierno colectivo como en el equilibrio de poderes³⁵. En ese sentido, el reconocimiento de una concepción amplia de la supremacía constitucional, trae por consecuencia que ningún órgano de la República puede pretender el monopolio de la garantía normativa de la Constitución y de la supremacía constitucional³⁶. Lo anterior, permite apreciar con mayor claridad la institución de la acusación constitucional, en particular, tanto su conexión con la responsabilidad político-constitucional que persigue, como que se encuentre radicada en el Congreso Nacional.

Desde una concepción amplia de la supremacía constitucional, se pretenden recuperar la forma política de la Constitución para que esta sirva, como ha sostenido Raz, no sólo como la norma de los juristas sino también como la del pueblo y sus representantes, buscando generar una cultura constitucional³⁷. A su vez, esta perspectiva del constitucionalismo “(...) persigue la tarea de construir una cultura pública democrática mediante la consideración de todos los ciudadanos como participantes iguales en el esfuerzo de construir un orden social justo”.³⁸

34 Silva 2017, p. 219 en nota 10.

35 En ese sentido conecto la idea de una concepción amplia de la supremacía constitucional con los presupuestos de lo que se ha denominado a nivel doctrinario como constitucionalismo político. Al respecto, véase: Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, (Marcial Pons), 2010, pp. 17-31.

36 Sigo a Silva 2017, pp. 218-219 en nota 10. El autor precitado sostiene, además, que el Congreso Nacional, a través de la acusación constitucional, sería el intérprete supremo de la Constitución. Para fundamentar dicha idea sostiene razones vinculadas a: i) la posición que le dio al Congreso la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución; y, ii) la naturaleza de “cosa juzgada” que tendría el veredicto del Senado con ocasión de la acusación constitucional. Al respecto, véase Silva 2017, pp. 232-242.

37 Cfr. Raz, Joseph, “On the Authority and Interpretation of Constitutions”, en *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, (Cambridge University Press), 1998, p. 154.

38 Cfr. Bellamy, p. 23 en nota 35.

Así, desde una visión amplia de la supremacía constitucional, las normas relativas a la acusación constitucional deben ser interpretadas considerando que el tipo de responsabilidad que se persigue es de índole político constitucional y que el intérprete del contenido de dicho estatuto de responsabilidad es el Congreso Nacional. Desde esta perspectiva se puede visualizar que el contenido y significado del ilícito de “notable abandono de deberes”, por el que pueden ser acusados constitucionalmente los Magistrados de los Tribunales superiores de Justicia, se debe interpretar en sentido amplio, tal y como han propuesto, entre otros, Nogueira y Zúñiga y he analizado en el punto anterior del presente trabajo.

De esta forma, en la comprensión del ilícito de “notable abandono de deberes”, el Congreso Nacional se encontraría habilitado para examinar el contenido de los fallos de los Magistrados Superiores de Justicia, no el sentido de enmendarlos o corregirlos, pero sí en el de calificar sí a través del cumplimiento de sus deberes adjetivos los Magistrados han incurrido en responsabilidad de índole político constitucional. Con ello, el Congreso Nacional puede ir construyendo de forma razonada y deliberativa el contenido de los deberes adjetivos de los Magistrados en el cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y, en particular, en temas tan trascendentales como la lucha contra la impunidad.

Finalmente, con una visión amplia de la supremacía constitucional, no sería posible sostener que la interposición y aprobación por parte de los diputados y diputadas de una acusación constitucional y, en particular, la interpuesta el año pasado en contra de los Ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema implique que éstos puedan caer en la causal de cesación de su cargo, previa calificación del Tribunal Constitucional. Lo anterior, debido a que, desde una perspectiva amplia de la supremacía constitucional, los diputados y diputadas en el ejercicio de su función constitucional estarían defendiendo la Constitución y son garantes de la misma. Así, no podría sostenerse que con su accionar hubieran propiciado un cambio en el orden jurídico institucional por medios distintos de los que establece la Constitución Política de la República, tal y como sostuvo Enrique Navarro durante la tramitación de la acusación constitucional, sino que al ser los intérpretes autorizados de lo que se considera la responsabilidad política-constitucional por notable abandono de deberes de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia van configurando y desarrollando lo que ello significa.

COMENTARIO A LA SENTENCIA ROL N° 1488-2018 DE LA CORTE SUPREMA: EL RECURSO DE REVISIÓN COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN JUDICIAL ANTE CONDENAS DE LOS CONSEJOS DE GUERRA.

Ricardo Lillo¹

Introducción

El recurso de revisión es un mecanismo de impugnación, más bien una acción, que tiene por objeto anular una resolución judicial, en particular una sentencia definitiva, no obstante encontrarse firme y en consecuencia haber producido el efecto de cosa juzgada, en hipótesis restringidas que darían cuenta de una clara injusticia en la decisión.² Al dejar sin efecto el objeto mismo del proceso judicial –si lo entendemos como un conjunto de actos procesales encaminados a resolver un conflicto de relevancia jurídica mediante una decisión con autoridad de cosa juzgada³ se trata de un recurso judicial en extremo excepcional. Ello es evidente si se observan los requisitos de procedencia de este recurso,⁴ y sobre todo la interpretación y aplicación restrictiva que de ellos se ha hecho. Ello explica, también, la baja frecuencia con que son acogidos.⁵

1 LL.M. in Public Interest Law and Policy y SJD Candidate UCLA School of Law. Candidato a Doctor en Derecho, Facultad de Derecho UDP. Transnational Program on Criminal Justice Fellow, UCLA School of Law. Profesor e investigador asociado al Programa de Reformas Procesales y Litigación, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: ricardo.lillo@mail.udp.cl

2 En este sentido: Fernández, José; Olavarría, Malva, “Teoría y Práctica de la acción de revisión en el nuevo código procesal penal, causal letra d) del artículo 473”, en *Ius et Praxis*, Año 15, No 2, 2009, p. 216.

3 Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, cuarta edición, (B de F), 2014, p. 99.

4 Véase por ejemplo, los artículos 473 del Código Procesal Penal y 810 del Código de Procedimiento Civil.

5 De acuerdo a Duce, para la hipótesis vigente bajo el Código Procesal Penal, un 8% de recursos de revisión fueron acogidos entre los años 2007 y 2017. Duce, Mauricio, “La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el período 2007-2017”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, No 30, 2017, p. 12. De acuerdo a Fernández y Olavarría, entre el período 2007-2009, solo un 4,4% de los recursos presentados eran acogidos. Fernández, José; Olavarría, Malva, “Teoría y Práctica de la acción de revisión en el nuevo código procesal penal, causal letra d) del artículo 473”, en *Ius et Praxis*, Año 15, No 2, 2009, p. 248.

En este caso en particular, el recurrente es don Humberto Lagos Schuffeneger, quien interpone este recurso a favor de su fallecido hermano Enrique Lagos Schuffeneger, fundado en la causal del artículo 657 No 4 del antiguo Código de Procedimiento Penal, esto es, cuando con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que sean de tal naturaleza que basten para establecer la inocencia del condenado. El objeto de este recurso fue anular la sentencia del 31 de octubre de 1973 dictada por los Tribunales de Justicia Militar en Tiempo de Guerra, en la cual se condenó a diversos imputados por delitos de la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado, entre los que se encontraba el hermano del recurrente. El principal fundamento del recurso fue la constatación a través de antecedentes posteriores de que las condenas a estos imputados fueron obtenidas mediante torturas, entre otras violaciones a garantías del debido proceso. Ese habría sido el hecho desconocido y descubierto con posterioridad a la sentencia.

Esta decisión de la Corte Suprema en el recurso de revisión en comento, no solo es relevante por tratarse de una de las escasas ocasiones en que ha sido acogido este recurso, sino porque, siguiendo el primer paso dado en el 2016 por la Corte Suprema en el fallo del recurso de revisión rol 27543-2016, se utilizó al recurso de revisión como un medio de cumplimiento con una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resulta destacable, a su vez, porque en ella se aplica el recurso de revisión como una exigencia del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención), como forma de remediar una serie de vulneraciones graves al debido proceso. De acuerdo a lo descrito por la Corte Suprema, estas tendrían tanto un carácter institucional al estar vinculadas a la estructura misma de los Consejos de Guerra, como en la manera en que fueron llevados a cabo los procedimientos que culminaron en condenas. El objetivo entonces de este comentario es dar cuenta de los diversos elementos que tuvo en consideración la Corte Suprema para invalidar la sentencia recurrida. Para ello, se comenzará analizando este último aspecto, las violaciones al debido proceso, para luego analizar cómo la Corte Suprema reinterpreta al recurso de revisión en materia penal para que pueda ser considerado como un medio de protección judicial efectivo a la luz de los estándares de la Convención, y luego, como un mecanismo de implementación y cumplimiento de lo resuelto por la Corte Interamericana

de Derechos Humanos.

1. Violaciones al debido proceso en los Consejos de Guerra

De acuerdo a los antecedentes que fundamentan el recurso, resulta particularmente relevante el fallo del recurso rol 27543-2016, en el que la Corte Suprema anula las condenas obtenidas en el proceso 1-73 de los Consejos de Guerra, y por el que se da cumplimiento también a la decisión de la Corte Interamericana Derechos Humanos en el caso Omar Humberto Maldonado Vargas v. Chile. Al igual que en dicho caso, se recurre a informes de las comisiones Valech y Rettig, así como a otros antecedentes, para constatar diversas violaciones al debido proceso que fundamentan la invalidación de las condenas alcanzadas en los Consejos de Guerra, y que resulta relevante analizar y sistematizar. En este sentido, en primer lugar, se da cuenta de un problema de tipo estructural de los Consejos de Guerra a partir de 1973, vinculadas al derecho a ser juzgado por un juez natural o por un tribunal integrado en conformidad a la ley, y a la exigencia de independencia necesaria para ser considerado como tal. Luego, en relación a la manera en que la evidencia fue recopilada y valorada, las vulneraciones denunciadas dicen relación con los apremios ilegítimos y torturas a través de las cuales se obtuvo confesiones e información para llevar adelante estos procesos. A continuación, se analiza cada una de ellas.

1.1. Violaciones al debido proceso vinculadas a la estructura de los Consejos de Guerra

La primera cuestión analizada por la Corte Suprema en esta decisión dice relación a si la conformación de los Consejos de Guerra fue realizada de acuerdo a lo establecido en el Código de Justicia Militar. En particular, se señala que según los artículos 73 y 419 del Código, solo procede conformar Tribunales Militares en Tiempo de Guerra en un contexto de guerra interna o conmoción interior *cuando se está en presencia de fuerzas rebeldes sediciosas organizadas militarmente*.⁶ El argumento de la Corte, en este sentido, es que en los Decretos Leyes que dieron lugar al estado de guerra se habría prescindido de este requisito y en consecuencia este habría tenido un carácter “preventivo” más que real. Para la Corte, el hecho de que tales decretos fundaran el estado de guerra solo en la conmoción interna pero sin ver satisfecho también este requisito adicional, implicaría una instrumentalización de un estado de guerra “...para

⁶ Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 1.

activar artificiosamente una indebida competencia castrense”.⁷

Tanto la Constitución de 1925 vigente a la época de los hechos,⁸ la actual,⁹ como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.1.,¹⁰ consagran el derecho el derecho a ser juzgado por un tribunal establecido legalmente. Esto es, de acuerdo a la Corte Interamericana, por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. En consecuencia, y de manera que las personas no sean juzgadas por tribunales especiales o ad hoc, el Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.¹¹ En este sentido, se garantiza que las decisiones en las cuales se determinen derechos de las personas sean adoptadas por las autoridades competentes que la ley interna determine y bajo el procedimiento dispuesto para ello.¹² A modo ilustrativo, la Corte Europea de Derechos Humanos, ha señalado que la frase “establecido por ley” cubre no solamente la base legal para la existencia misma de lo que puede ser concebido como un “tribunal”, sino también el cumplimiento por parte de dicho órgano con normas que regulan el procedimiento así como su composición en cada caso.¹³

Este argumento de la Corte Suprema es el primer paso hacia la decisión de invalidar una sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada. Si el órgano decisor ha sido conformado ilegalmente, entonces no hay una relación jurídico-procesal válida al infringirse la garantía constitucional básica de ser

7 Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 3.

8 Artículo 12. Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, si no por el *tribunal que le señale la ley* y que se halle establecido con anterioridad por ésta (las cursivas son del autor).

9 Artículo 19 No 3° inc. 5°. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el *tribunal que señalare la ley* y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho (las cursivas son del autor).

10 Artículo 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un *juez o tribunal competente*, independiente e imparcial, *establecido con anterioridad por la ley*, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (las cursivas son del autor).

11 Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 129; Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001, par114; Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, par. 50.

12 Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016, par. 159.

13 Corte EDH, Caso DMD Group, A.S. v. Slovakia, Sentencia del 5 de octubre de 2010, par. 59 (la traducción es del autor).

juzgado por un tribunal establecido por ley y, en consecuencia, la cosa juzgada emanada de tal decisión sería más bien aparente que real.¹⁴ Esta interpretación no solo viene a reiterar lo ya resuelto en 2016 por la Corte Suprema, sino también recoger la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia. De esta manera, este tribunal internacional ha señalado que si existe violación del derecho a un juez competente, tal proceso debe ser anulado así como todos los efectos que de él se derivan,¹⁵ en tanto estaría viciado en su origen.¹⁶

Los problemas de los Consejos de Guerra no solo estarían en que su competencia habría sido determinada con un vicio de origen, sino que, además, en su estructura orgánica tampoco daban garantía de independencia. Tal como señala la Corte Interamericana, los justiciables tienen derecho a ser juzgados no solo por un tribunal cuya competencia haya sido determinada legalmente, sino que también este tribunal debe dar garantías de independencia e imparcialidad.¹⁷ La garantía de independencia, tiene por objeto que la decisión que determina un derecho sea realizada sin presiones externas, evitando que el órgano encargado de ellos sea sometido a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos externos o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión.¹⁸ Ello configura las dimensiones de la independencia externa e interna, ambas necesarias para que un procedimiento judicial sea realizado en conformidad con las garantías mínimas de un debido proceso.

Por una parte, los Consejos de Guerra configuran un sistema jerárquico e independiente de toda otra autoridad de la jurisdicción ordinaria. La única excepción estaría dada por la competencia de la Corte Suprema para conocer de la acción de revisión,¹⁹ lo que recién fue posible luego de la reforma constitucional del año 2005.²⁰ Lo anterior podría ser considerado en principio una

14 En la doctrina nacional, se ha definido la cosa juzgada aparente como aquella que es fruto de una relación jurídico procesal en la que han faltado todos o algunos de los requisitos de existencia. Romero, Alejandro, "El Control de Oficio de los Presupuestos Procesales y la Cosa Juzgada Aparente. La Capacidad Procesal", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 No 4, 2001, p. 785.

15 Corte IDH, Caso Cesti Hurtado Vs. Perú, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, par. 194.

16 Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, par. 120. En el mismo sentido: Corte IDH, Caso Yvon Neptune Vs. Haití, Sentencia de 6 de mayo de 2008, par. 84.

17 Corte IDH, Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú, Sentencia de 17 de abril de 2015, par. 398

18 Corte IDH, Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela, Sentencia de 8 de febrero de 2018, par. 207.

19 Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 3.

20 Corte IDH, Caso Omar Humberto Maldonado v. Chile, Sentencia de 2 de septiembre de 2015, pár. 50.

garantía de independencia frente a presiones externas. Sin embargo, esta autonomía en el marco de una estructura jerarquizada como la militar, por otro lado, no brinda garantías de independencia interna. En tanto, tal como lo destaca la sentencia de este recurso de revisión, estos Consejos de Guerra están sometidos jurisdiccionalmente al General en Jefe del territorio respectivo, que tiene facultades omnímodas para aprobar, revocar o modificar sus decisiones y, a la vez, para ejercer sobre ellos medidas disciplinarias.²¹ Al respecto, hay numerosa jurisprudencia de la Corte Interamericana donde se ha destacado los problemas que la Justicia Militar tiene desde este punto de vista.²²

A mayor abundamiento, en este contexto, la imposibilidad de que la ausencia de garantías procesales mínimas sea revisada por un tribunal con jurisdicción ordinaria y plena, podría llegar a ser considerada una vulneración al debido proceso en sí misma, sobre todo en relación a la garantía del derecho a la protección judicial del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.²³

1.2. Violaciones en el procedimiento seguido por los Consejos de Guerra

El procedimiento que motiva este recurso de revisión fue originado mediante la denuncia del General de Brigada, don Héctor Bravo Muñoz, y culminó con la sentencia condenatoria en contra de una serie de imputados, entre los que se encontraba el hermano del recurrente, a una pena privativa de libertad de 5 años de presidio menor en su grado máximo más accesoria, por el delito previsto en el artículo 4° letra a) de la Ley de Seguridad del Estado. El fundamento de la condena, habría sido la pertenencia de estas personas al Movimiento de Izquierda Revolucionario (MIR), que al ser un grupo de combate o milicia privada que pretendía por medio de la fuerza implantar en Chile un régimen “...reprobado por la inmensa mayoría de los ciudadanos”, los hacía “altamente peligrosos”.²⁴

Para dar cumplimiento al requisito de procedencia del recurso de revisión

²¹ Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 3.

²² Véase, por ej.: Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, par. 156, 157; Corte IDH, Caso Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador, Sentencia de 29 de noviembre de 2016, par. 93.

²³ Por ejemplo, la Corte Interamericana ha señalado respecto de decisiones que provienen de órganos administrativos (sin jurisdicción como tal) que la revisión judicial debe permitir que el órgano judicial pueda decidir respecto del objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso. Sin embargo, la nulidad de la decisión administrativa puede ser considerada como recurso judicial efectivo en términos del artículo 25. Véase: Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay, Sentencia de 13 de octubre de 2011, par. 204, 210.

²⁴ Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 4.

contenido en el artículo 657 No 4 del Código de Procedimiento Penal, esto es la existencia de hechos nuevos o desconocidos pero descubiertos con posterioridad a la sentencia y que sean de tal naturaleza que basten para establecer la inocencia del condenado, fueron invocados y valorados por la Corte Suprema los informes de la Comisión Rettig y Valech. Siguiendo el recurso de revisión en contra del proceso 1-73 de los Consejos de Guerra, se valoran estos informes que dieron cuenta de graves vulneraciones al debido proceso, en particular la aplicación de torturas y apremios ilegítimos como método de obtención de confesiones o de información útil para las investigaciones llevadas en el marco de los procesos llevados a cabo ante los Consejos de Guerra con posterioridad al golpe de Estado de 1973.²⁵ En este caso en particular, estos antecedentes no solo dan cuenta del contexto, sino que también se destaca que el nombre del hermano del recurrente aparece en el listado de víctimas del Informe Valech.²⁶

La Corte Suprema, en este caso, agrega como hechos nuevos posteriores su propia decisión en el recurso de revisión recaído en la causa rol No 27543-2016 antes referido, así como de otras causas abiertas y tramitadas ante Ministros de Cortes de Apelaciones en Visitas Extraordinarias en causas de derechos humanos. En todas estas se daría cuenta de una aplicación sistemática, de un método o patrón, de la tortura y otros apremios ilegítimos a la que fueron sometidos los imputados ante los Consejos de Guerra, con el objeto de obtener sus confesiones de los hechos que se les atribuían o para implicar a otros procesados. A partir de todos estos documentos, es que la Corte Suprema señala que es también posible colegir que en la causa rol No 2025-1973 los imputados fueron objeto de tortura durante el procedimiento.²⁷

Este hecho nuevo o desconocido, la existencia de tortura como un mecanismo de obtención de información o una confesión,²⁸ además serían tales que permitirían establecer la inocencia de las víctimas de tales violaciones graves a sus derechos. Esto, por cuanto se trataría de un medio de prueba obtenido de manera ilícita, en contravención a la cláusula de debido proceso en la Constitución de 1925²⁹ y a las normas del Código de Procedimiento Penal

25 Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 8-9.

26 Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 10.

27 Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 11-14.

28 Convención contra la Tortura, artículo 2°.

29 Artículo 11. Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulga-

(aplicable de manera supletoria al Código de Justicia Militar) en cuya virtud la confesión debe ser prestada “libre y conscientemente” y en un procedimiento libre de la aplicación de tormentos.³⁰

Este argumento de la Corte Suprema es interesante por tres razones. Primero, porque continúa una tendencia iniciada por la propia Corte en 2016, sobre todo tomando en consideración que de manera previa este tipo de antecedentes no fueron suficientes para dar lugar a este requisito.³¹ Segundo, porque se encuentra en línea con la proscripción general de la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes que en general hace el Derecho Internacional de los Derechos³² tanto como mecanismo para la obtención de una confesión o de información, como medio de sanción por ilícitos cometidos.³³ A su vez, por la sanción procesal de exclusión probatoria, también regulada en el ámbito internacional y en el derecho comparado. Así, la UNCAT señala que “[T]odo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.”³⁴ Por su parte, en el ámbito del derecho comparado, famoso es el caso *Rochin v. California*, donde la Corte Suprema de Estados Unidos excluye evidencia por

da antes del hecho sobre que recae el juicio.

- 30 Código de Procedimiento Penal, artículos 18 inc. 2° y 481 No 2. Para una crítica sobre lo que entiende la Corte Suprema por hechos nuevos, en un recurso de revisión fallado en el año 2016 (rol 27543-2016), véase: Fernández, José; Olavarría, Malva, “Examinando de nuevo la acción de revisión”, en *Política Criminal*, Vol. 13, No 26, 2018, p. 1274-1275.
- 31 Corte IDH, Caso Omar Humberto Maldonado v. Chile, Sentencia de 2 de septiembre de 2015, pár. 139-140. Para un análisis de dicho recurso de revisión, véase: Fernández, José; Olavarría, Malva, “Examinando de nuevo la acción de revisión”, en *Política Criminal*, Vol. 13, No 26, 2018, pp. 1190-1285.
- 32 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 2°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7°; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5.2; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 1°.
- 33 En su artículo 1°, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (UNCAT), define la tortura como “...todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia...”
- 34 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 15. La propia Corte Interamericana ha señalado que esta medida es intrínseca a la prohibición de la tortura. Véase, por ej.: Corte IDH, Caso *García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, pár. 58.

haber sido obtenida mediante “...conductas que impactan la conciencia” (el original dice “conduct that shocks the conscience”), no obstante su relevancia para la obtención de una condena.³⁵

La exclusión probatoria de una confesión por haber sido obtenida bajo tortura, que a esta altura parece bastante obvio, no lo era del todo bajo el sistema penal imperante en Chile a la época en la que se dictó el fallo que motiva este recurso de revisión. De esta manera, tal como lo ha destacado Langer en su trabajo sobre los modelos inquisitivos y acusatorios, en la literatura de derecho comparado se suele asociar al primero –acaso de manera simplista– el uso de la tortura como una característica propia.³⁶ No obstante lo anterior, al menos en Chile, los antecedentes en materia de justicia militar antes expuesto, así como respecto del sistema de justicia penal ordinario, dan cuenta de que la tortura era un mecanismo recurrente incluso con posterioridad durante los primeros años luego de la transición a la democracia y de manera previa a la implementación de la reforma procesal penal a partir del año 2000.³⁷ Luego, en el antiguo Código de Procedimiento Penal, tampoco había una norma que permitiese excluir la prueba obtenida por esa vía.³⁸

En razón de lo anterior, la Corte señala que dichas confesiones no podrían sustentar las condenas impuestas a los acusados, y dado que estas se construyeron únicamente en base a ellas, no se alcanzaría entonces el estándar de convicción condenatorio.³⁹ En otras palabras, la Corte Suprema interpreta el requisito del artículo 657 No 4, en el sentido de que ante graves violaciones a los derechos humanos como en estos casos, y ante la insuficiencia probatoria para condenar, ello permitiría establecer la inocencia del imputado para efectos del recurso de revisión.⁴⁰ Concluye la Corte Suprema que en estas condi-

35 Corte Suprema de Estados Unidos, *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 172 (1952). Sobre este y otros casos relevantes en la materia de Estados Unidos e Inglaterra, véase: Duberstein, John, “Excluding Torture: A Comparison of the British and American Approaches to Evidence Obtained by Third Party Torture”, en *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 32, N° 1, 2006.

36 Langer, Máximo, “The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories”, *UCLA School of Law Research Paper No. 13-41*, 2013, pp. 14, 23

37 Varios Autores, *Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile* (Resultado de una investigación exploratoria), (Universidad Diego Portales y Centro por la Justicia y el derecho Internacional), 2002, p. 18.

38 Carocca, Alex, “Una Primera Aproximación al Tema de la Prueba Ilícita”, en *Ius et Praxis*, Vol. 4, N° 2, 1998, p. 320.

39 Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 18-19.

40 En este sentido, Fernández, José; Olavarría, Malva, “Examinando de nuevo la acción de revisión”, en *Política Criminal*, Vol. 13, No 26, 2018, pp.1276-1277.

ciones y atendida la finalidad de justicia que justifica este recurso, se darían por satisfechos los requisitos de procedencia de la acción en consecuencia procedería anular el proceso impugnado.⁴¹

2. El recurso de revisión como mecanismo de protección judicial y la implementación de sentencias de la Corte.

Más allá del análisis que hace la Corte Suprema en este fallo para la satisfacción de los requisitos de procedencia propios del recurso de revisión en materia penal, este fallo destaca también por la interpretación que el máximo tribunal hace de este recurso. En primer lugar, al interpretar de manera extensiva la revisión en concordancia con el derecho a la protección judicial contenido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En segundo lugar, para dar aplicación a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y así no comprometer la responsabilidad internacional del Estado. En esta sección analizo brevemente ambos aspectos.

2.1. El recurso de revisión como mecanismo de protección judicial efectiva.

Fue el propio recurrente quien invocó como hecho posterior a la sentencia bajo revisión, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Omar Humberto Maldonado Vargas v. Chile. En este fallo, se condenó al Estado por el incumplimiento continuado de la obligación de proveer de un recurso efectivo que permitiese invalidar las condenas alcanzadas en el proceso rol 1-73 seguido ante los Consejos de Guerra, no obstante haberse basado en confesiones obtenidas a través de la práctica de torturas.⁴² Tal como señala la Corte Suprema,⁴³ en dicho fallo, se habría determinado que el Estado de Chile habría violado primero que todo el artículo 25.1 de la Convención,⁴⁴ tanto en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades contenidos en ella del artículo 1.1,⁴⁵ como con la obligación contenida

41 Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 19.

42 Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 5.; Corte IDH, Caso Omar Humberto Maldonado v. Chile, Sentencia de 2 de septiembre de 2015, pár. 140-142.

43 Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 5.

44 Artículo 25.1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

45 Artículo 1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su

en su artículo 2 de adoptar todas las medidas, legislativas o de otro carácter, que sean necesarios para ello.⁴⁶ Estas violaciones consistirían, en resumidas cuentas, en la inexistencia de una medida con dicho carácter previamente a la reforma constitucional del año 2005, en tanto hasta ese momento la Corte Suprema no era competente para conocer de asuntos de los Consejos de Guerra, como a su ineffectividad con posterioridad a ello.⁴⁷

La falta de efectividad del recurso de revisión con posterioridad a la reforma constitucional del año 2005, es de particular relevancia para este análisis. Tal como se señala en el citado fallo de Omar Humberto Maldonado Vargas v. Chile, en el año 2011 se interpuso otro recurso de revisión por un grupo de víctimas condenadas en el proceso rol 1-73 diverso a los recurrentes en ese caso, pero basado en la misma causal del artículo 657 No 4 del Código de Procedimiento Penal y utilizando antecedentes similares a los de la presente causa. No obstante, este recurso fue rechazado por no cumplirse los mencionados requisitos de procedencia. En particular se señala que los nuevos antecedentes en realidad no constituirían realmente un hecho nuevo, sino que por el contrario se trataría más bien de una “crítica” a la valoración realizada por el Consejo de Guerra en la citada causa.⁴⁸

La propia Corte Interamericana señala en este fallo que no es claro si el rechazo de la revisión se debe a si la prueba presentada por los accionantes del recurso de revisión de 2011 para acreditar los hechos de tortura padecidos por los condenados en el marco de la causa 1-73 era insuficiente, o se debió a que la Corte Suprema entendía que la tortura por su naturaleza no entraría dentro de las causales de revisión previstas en el artículo 657 Código de Procedimiento Penal.⁴⁹ Si bien, no es posible saber cuál es la alternativa correcta, la primera de estas alternativas parecería más cercana a la descripción que hace la doctrina sobre este recurso. De acuerdo a esta, la regulación de sus

jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

46 Artículo 2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

47 Corte IDH, Caso Omar Humberto Maldonado v. Chile, Sentencia de 2 de septiembre de 2015, pág. 126.

48 Corte IDH, Caso Omar Humberto Maldonado v. Chile, Sentencia de 2 de septiembre de 2015, pág. 135,139.

49 Corte IDH, Caso Omar Humberto Maldonado v. Chile, Sentencia de 2 de septiembre de 2015, pág. 140.

requisitos de procedencia es muy restringida en ley, pero además estos tenderían a ser interpretados de manera estricta y formalista, características que habrían estado presentes ya en las hipótesis del antiguo sistema inquisitivo y luego traspasado a la jurisprudencia posterior a la reforma procesal penal, la que no varió significativamente sus hipótesis de procedencia.⁵⁰

Independiente de la causa por la cual la Corte Suprema haya rechazado en el 2011 la revisión de la sentencia en la causa rol 1-73 de los Consejos de Guerra, para la Corte Interamericana, y dado que las circunstancias fácticas y jurídicas de las presuntas víctimas son casi idénticas, es razonable inferir que el resultado de un recurso de revisión con posterioridad al año 2005 sería el mismo. Así, le llama la atención a la Corte que algunas de las pruebas remitidas en la solicitud de revisión de 2011 consisten en sentencias judiciales de los años 2007 y 2009, una de las cuales fue emitida por la propia Corte Suprema en la que se rechaza un recurso de casación contra una sentencia en la cual se establece que los accionantes habían sido víctimas de tortura en el marco de las “investigaciones” previas a los procesos en la causa rol 1-73.⁵¹ Es por ello, que para la Corte Interamericana las personas condenadas por las sentencias de los Consejos de Guerra durante la dictadura no contarían con un recurso adecuado y efectivo que les permita revisar las sentencias en el marco de las cuales fueron condenados.⁵²

El presente fallo presenta, entonces, la confirmación de un cambio importante en la interpretación de los requisitos de procedencia del recurso de revisión, con el objetivo de que este se convierta en un mecanismo efectivo para revisar las sentencias de condenados emitidas por los Consejos de Guerra, dadas las vulneraciones al debido proceso descritas en la sección precedente.⁵³ Tan relevante como lo anterior, es la justificación seguida por la Corte Suprema para ello. Así, se señala que ello resulta necesario tanto en virtud de la obligación de cumplir con el fallo de la Corte Interamericana, algo de lo que me haré cargo luego, pero incluso, “aún en el evento de no haberse dictado el pronunciamiento referido...”, en razón de un deber de adoptar una interpretación de las normas procesales nacionales compatible con la interpretación

50 Duce, Mauricio, “¿Debiéramos Preocuparnos de la Condena de Inocentes en Chile? Antecedentes Comparados y Locales para el Debate”, en *Ius et Praxis*, Año 19, No 1, 2013, p. 84 y nota 26.

51 Corte IDH, Caso Omar Humberto Maldonado v. Chile, Sentencia de 2 de septiembre de 2015, pár. 139.

52 Corte IDH, Caso Omar Humberto Maldonado v. Chile, Sentencia de 2 de septiembre de 2015, pár. 142.

53 Cambio jurisprudencial iniciado en la causa rol 27543 de la Corte Suprema, a la que ya me referí con anterioridad.

que hace dicho tribunal del derecho a un recurso efectivo consagrado por la Convención, en tanto constituye derecho vigente en nuestro país en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución.⁵⁴

Para este argumento la Corte Suprema cita expresamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana donde se ha desarrollado la denominada “doctrina del control de convencionalidad”, en cuya virtud los jueces, como agentes del Estado, deben velar porque los efectos de las normas de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes nacionales, contrarias a su objeto y fin. Este control de convencionalidad se debería realizar dentro de las respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, teniendo en cuenta no solo el texto del tratado, sino la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.⁵⁵ Como señala Henríquez, este control se realizaría, entre otros medios, por la “interpretación conforme” entre las normas internas y la Convención Americana y los precedentes de la Corte Interamericana.⁵⁶

Resulta destacable, así, que en esta sentencia de la Corte Suprema se recogen ambas dimensiones, tanto el texto de la Convención como la jurisprudencia. De esta manera, se interpreta los requisitos de procedencia del recurso de revisión de manera tal que este constituya un recurso efectivo para anular las sentencias condenatorias obtenidas con violaciones al debido proceso en las causas seguidas ante los Consejos de Guerra.

2.2. El recurso de revisión como mecanismo de cumplimiento del fallo Omar Humberto Maldonado Vargas v. Chile

Como señalaba anteriormente, esta variación interpretativa de los requisitos de procedencia del recurso de revisión, no solo se fundamenta en un deber general de interpretar las normas nacionales de manera tal que se encuentren en conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte interamericana. Tal como señala la Corte Suprema en este fallo y en el de 2016, ambos referidos a procesos diversos seguidos ante los Consejos de Guerra, lo que estaría en juego según la interpretación que se haga de las normas que tratan la acción de revisión, en especial de la

⁵⁴ Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 6.

⁵⁵ Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 6.

⁵⁶ Henríquez, Miriam, “El Control de Convencionalidad Interno. Su Conceptualización en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos”, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. XIX, 2019, p. 349.

causal de invalidación invocada, no es solo la resolución de un caso concreto sino también la responsabilidad internacional del Estado.⁵⁷ Esto, en tanto de utilizar una interpretación restrictiva implicaría un incumplimiento del fallo de la Corte Interamericana en el caso Omar Humberto Maldonado Vargas v. Chile, que como decíamos ordenó al Estado de Chile proveer de un mecanismo adecuado y efectivo para revisar las sentencias de condena emitidas por los Consejos de Guerra.

Este cambio interpretativo en la manera en que la Corte Suprema entiende los requisitos de procedencia del recurso de revisión se fundamentan en la “finalidad de justicia” que este tendría, pero, sobre todo, en la exigencia de armonizar los requisitos de este recurso con los estándares del artículo 25 de la Convención y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esto permitiría valorar los antecedentes aportados respecto de las infracciones al debido proceso seguidas por los Consejos de Guerra, considerándolos como un hecho nuevo o desconocido. Luego, y en particular al excluir la prueba obtenida mediante la aplicación de tortura que, como vimos, daba sustento a las condenas obtenidas en el proceso rol 2025-1973 ante los Consejos de Guerra, se entiende que estos hechos nuevos serían de tal naturaleza que permitirían establecer claramente la inocencia de los condenados.⁵⁸

Finalmente, se destaca que aun cuando el recurso de revisión en comento fue deducido solo a favor de Enrique Lagos Schuffeneger, la Corte Suprema decide anular no solo su condena sino la de todos los imputados condenados en el mismo proceso. De esta forma, señala la Corte Suprema, se da cumplimiento al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Omar Humberto Maldonado Vargas v. Chile, que ordenó poner a disposición de todas las víctimas condenadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura militar chilena.⁵⁹

Conclusiones

Esta sentencia de la Corte Suprema viene a confirmar lo ya resuelto por ella en el año 2016, ambas de gran relevancia en tanto implican un cambio importante en la manera en que tradicionalmente se ha concebido el recurso de revisión. En su virtud, al menos para casos como lo que han sido conocidos

⁵⁷ Corte Suprema, Rol No 27543-2016, sentencia de fecha 3 de octubre de 2016, c. 10; Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 6.

⁵⁸ Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 19.

⁵⁹ Corte Suprema, Rol No 1488-2018, sentencia de fecha 25 de junio de 2018, c. 20.

en ambas, esto es condenas obtenidas mediante graves violaciones al debido proceso en el marco de procesos conformados de manera ilícita como en el caso de los Consejos de Guerra, el recurso de revisión debe ser interpretado de manera tal que permita anular dichas condenas, en conformidad y como una exigencia del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención. Como hemos visto, se trata de casos donde hay violaciones al debido proceso tanto un carácter institucional, al ser establecida la competencia del órgano en cuestión en contravención al ordenamiento jurídico y al no brindar garantías mínimas que aseguren su independencia, como desde el punto de vista del procedimiento, al ser llevado con violaciones graves como la aplicación de torturas y apremios ilegítimos en cuya virtud de sostienen las condenas alcanzadas. Esta manera de concebir el recurso de revisión, saliendo de su tradicional carácter estricto y formalista, se basa en una interpretación acorde a su finalidad, pero, sobre todo, en la recepción de la doctrina del control de convencionalidad que en este caso demanda una interpretación armónica con el derecho a un recurso efectivo y a la protección judicial consagrado en la Convención y a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

LA CORTE SUPREMA ANTE LA “JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD”

*Alejandra Zúñiga-Fajuri*¹

Resumen

El año 2018 se destacó por la agudización del fenómeno de la “judicialización de la salud”. La Corte Suprema se ha erigido en el órgano fiscalizador y legitimador de las políticas públicas sanitarias con sentencias que han obligado a los operadores jurídicos a reinterpretar el sentido de las normas constitucionales que garantizan tanto el derecho a la vida como el derecho a cuidado sanitario. Como veremos, sus fallos han exigido a los seguros privados de salud y al Fondo Nacional de Salud acciones destinadas a “perfeccionar”, en unos casos, y directamente a “ampliar”, en otros, el contenido del mínimo sanitario o canasta básica garantizada por el Estado, sin prestar mayor atención a los problemas de legitimidad y justicia distributiva que ello trae aparejado.

Introducción

No es exagerado sostener que el 2018 ha sido el año de la judicialización de la salud. La Corte Suprema ha acogido acciones de protección destinadas a asegurar la cobertura de tratamientos médicos argumentando que: 1) El derecho a la vida puede ser afectado tanto por actos como por omisiones (Rol N° 25.009-2018, 02/01/2019 y N° 17.043-2018, 06/11/2018); 2) El derecho a la vida debe prevalecer ante consideraciones económicas (Rol N° 25.009-2018, 02/01/2019; Rol N° 17.043-2018, 06/11/2018 y Rol N° 43.250-2017, 29/12/2017) y; 3) Los tribunales no pueden incidir en el diseño y en la implementación de políticas

¹ Doctora en derecho. Profesora titular de Derecho Constitucional y Teoría Política de la Universidad de Valparaíso. Investigadora CIDFE (Centro de investigación de filosofía del derecho y derecho penal). Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. alejandra.zuniga@uv.cl
Artículo asociado al Proyecto de Investigación FONDECYT N° 1180096. “La Salud Mental Infantil como una nueva Garantía Explícita en Salud”.

públicas sino que sólo pronunciarse respecto del caso concreto (Rol N° 25.009-2018, 02/01/2019 y Rol N° 17.043-2018, 06/11/2018).

La Corte Suprema se ha erigido en el órgano fiscalizador y legitimador de las políticas públicas sanitarias con sentencias que han obligado a los operadores jurídicos a reinterpretar el sentido de las normas constitucionales que garantizan tanto el derecho a la vida como el derecho a cuidado sanitario. Como veremos, sus fallos han exigido a los seguros privados de salud (ISAPRES) y al Fondo Nacional de Salud (FONASA) acciones destinadas a “perfeccionar”, en unos casos, y directamente a “ampliar”, en otros, el contenido del mínimo sanitario o canasta básica garantizada por el Estado, sin prestar mayor atención a los problemas de legitimidad y justicia distributiva que ello trae aparejado.

En lo que sigue revisaremos por separado los casos en los que la Corte resuelve problemas asociados a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria en el acceso a servicios de salud y tratamientos médicos (artículo 19 N° 9 en relación con el artículo 19 N°2) y aquellos en los que decide directamente la ampliación de la canasta básica definida por la autoridad sanitaria con el fin de garantizar el derecho a la vida (artículo 19 N°1). Dicho de otra forma, se analizarán primero los casos de derecho a la salud/no discriminación y, luego, las sentencias sobre derecho a la vida.

1. La Corte Suprema frente a la discriminación arbitraria y los límites impuestos por el Recurso de Protección

Para comprender el tipo de sentencias que se dictaron el año 2018 en materia de cuidado sanitario es importante observar que, ya desde el año 2010, la Corte Suprema comenzó a perfeccionar los criterios de adjudicación de recursos sanitarios cuestionando el contenido de las “Guías Clínicas” -que detallan el tipo de prestación, condiciones y requisitos para acceder a las Garantías Explícitas en Salud (GES)- y haciendo cumplir el mandato de no discriminación recogido en la Constitución.

Vale la pena mencionar que la literatura especializada considera en general legítimo que los tribunales reaccionen ante situaciones de discriminación por alguna de las causales usualmente consideradas por la doctrina constitucional como “sospechosas” y en las que no existe fundamento epidemiológico para negar el acceso a prestaciones médicas, que es lo que suele ocurrir cuando se usan factores como la edad o el sexo². Uno de esos casos fue la sentencia Rol

² Zúñiga Fajuri, A. “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la constitución: una relación necesaria”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Año 9, N°1, 2011, pp. 37-64.

N° 1324- 2010 -“José Luis Vivanco Garabito con Hospital Hernán Henríquez Aravena de Temuco”- donde la Corte Suprema argumentó que:

“Si bien es cierto el tratamiento se refiere a personas de 55 años y más, no por ello puede quedar sin recibir atención médica una persona por tener una edad inferior a ella (...) quien ha intentado esta acción cautelar le asiste el derecho igualitario, establecido por la ley y garantizado en el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución Política, de acceder al tratamiento médico que le ha sido prescrito”³.

De este modo, el tribunal rechaza el criterio de “edad” del paciente como único fundamento de exclusión de pacientes y de racionamiento de recursos escasos. A su turno, en el mismo año, la Corte Suprema confirmaba la sentencia Rol 9317-2009 -Elena Vásquez Ibáñez contra FONASA- concluyendo que:

“Si bien esta última garantía, del número 9°, no se encuentra amparada por el recurso de protección según lo establece el artículo 20, sí constituye un derecho garantizado a todas las personas por la Carta, por lo que no es posible desentenderse de su existencia para una adecuada administración de justicia (...)”. Se acoge el Recurso de Protección fundados en “el deber del Estado de Chile en materia de salud y el efectivo acatamiento de las garantías constitucionales de los derechos a la vida, integridad física y protección de la salud”⁴.

Lo inusual de esta sentencia es que el alto tribunal hace una interpretación de la normativa constitucional resaltando que *no se siente limitado por el artículo 20* –referido al Recurso de Protección- y por el hecho de que éste sólo tutele el derecho a elegir el sistema de salud y que, por tanto, puede legítimamente acoger el recurso sustentado en la vulneración del derecho a cuidado sanitario.

Volviendo al año 2018 vemos que en la sentencia Rol N° 25-2018 se aplica nuevamente la regla de no discriminación para acoger el Recurso de Protección presentado a efectos de extender la cobertura para la enfermedad de Morquio que aqueja al demandante. Así, la Corte Suprema dispone:

³ Corte Suprema, Rol N° 1324-2010, 25-02-2010.

⁴ Corte Suprema, Rol N° 93172009, 28-01-2010. Destacado agregado.

“Que si bien los sentenciadores tienen presente que la asignación de recursos para este tipo de tratamientos de salud corresponde a políticas públicas, es insoslayable advertir que la recurrida Fondo Nacional de Salud (FONASA) financia desde el año 2015 el *Programa de Implementación de Terapia de Reemplazo Enzimático para Enfermedad de Morquio A* que beneficia a 27 personas, beneficio que niega hacer extensivo al recurrente, sin esgrimir razones fundadas que justifiquen dicha decisión, estableciendo en consecuencia una diferencia arbitraria en perjuicio de éste en relación a las demás personas vulnerándose con ello la garantía fundamental de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental”⁵.

Se va desarrollando así una jurisprudencia en materia de cuidado sanitario que apunta a perfilarlo, primero, como un derecho de prestación protegido directamente por el Recurso de Protección y *naturalmente* asociados con otros derechos (vida) y, en segundo lugar, como un derecho garantizado también por la vía de la *interdicción general de discriminación arbitraria* que la Constitución –y las normas internacionales- aplican a todos los derechos humanos⁶. En esta línea, se despliega un argumento por el que la Corte Suprema niega que su sentencia implique una interferencia indebida en las decisiones de políticas públicas de los otros órganos del Estado pues su deber de deferencia estaría exceptuado cada vez que se produce la violación de un derecho por la aplicación de políticas públicas discriminatorias sin suficiente fundamento, es decir, arbitrarias.

2. La Corte Suprema y las políticas públicas en salud

Sabemos que cuando el acceso a medicamentos vitales se ve comprometido, los pacientes –sus familias- recurren y ponen todas sus esperanzas en los tribunales de justicia quienes se ven obligados a decidir, en base a informes médicos y periciales muchas veces parciales, si pueden o no acceder a ellos. Como se adelantó, el año 2018 podría ser fácilmente calificado como “el año de la judicialización de la salud” si se tiene en cuenta la cantidad de casos resueltos y, en especial, su importancia en materia de recursos económicos para el Estado. En efecto, fue el 2018 el año en que la Corte Suprema resolvió los

⁵ Corte Suprema, Rol N° 25-2018, 19-04-2018.

⁶ Corte Suprema Rol N° 27-2018, 19/04/2018.

primeros casos relacionados con la provisión de Spinraza, uno de los llamados –con justicia– “medicamentos más caros del mundo”⁷.

En la causa Rol N° 17.043-2018⁸, la Corte Suprema revocó la sentencia pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción⁹ disponiendo:

“Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (en autos rol N° 43.250-2017, N° 8523-2018 y N° 2494-2018), es preciso considerar que, si bien es cierto las consideraciones de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por los recurridos”¹⁰.

“Que en el indicado contexto, la decisión de la parte recurrida consistente en la negativa a proporcionar al hijo de la recurrente aquel fármaco, único, por lo demás, existente para el tratamiento de la patología que lo aqueja, aparece como arbitraria y amenaza, además, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que, como consecuencia de semejante determinación, se niega en la práctica el acceso a un medicamento necesario para la sobrevivencia del menor”¹¹.

“Que de lo razonado en los fundamentos que anteceden ha quedado de manifiesto que, con la negativa de los recurridos a proporcionar un medicamento indispensable para la sobrevivencia e integridad física del hijo de la recurrente, sobre la base de consideraciones de índole económica, éstos han incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental”¹².

7 https://www.washingtonpost.com/business/economy/the-costliest-drug-on-the-planet-will-treat-infants-with-rare-disease-the-market-fight-focused-on-cost-and-safety-is-just-getting-started/2019/05/15/aa4bb4d8-6ce8-11e9-8f44-e8d8bb8df986_story.html

8 Corte Suprema, Rol N° 17.043-2018, 6-II-2018. Pronunciado por la Tercera Sala integrada por los Ministros Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. y los Abogados Integrantes Sr. Jean Pierre Matus A. y Sra. Leonor Etcheberry C. Redacción a cargo del sr. Matus.

9 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 25.009-2018, 25-9-2018. Integrada por los Ministros (as) Claudio Gutiérrez G., Valentina Salvo O. y Abogado Integrante Mauricio Ortiz S.

10 Corte Suprema, Rol N° 17.043-2018, 6-II-2018, considerando 8°.

11 Corte Suprema, Rol N° 17.043-2018, 6-II-2018, considerando 9°.

12 Corte Suprema, Rol N° 17.043-2018, 6-II-2018, considerando 11°.

Son varias las consideraciones que resulta interesante destacar de esta sentencia y las vamos a revisar, para mayor claridad, enfrentadas con los argumentos contrarios esgrimidos por la defensa.

2.1. Principio del Rescate vs. Principio de justicia distributiva

El medicamento recientemente desarrollado para combatir la Atrofia Muscular Espinal (AME), llamado Spinraza, cuesta US \$125.000 por inyección lo que supone al Estado, sólo el primer año, asumir el valor de \$500.000.000 por seis dosis. Es importante tener presente que el fondo disponible del año 2018 para cubrir enfermedades de alto costo (Ley Ricarte Soto) era de \$9.869.000 mil millones. La estimación efectuada para entregar a todos los pacientes con Atrofia Muscular Espinal el medicamento exigiría aumentar dicho presupuesto a \$169.500.000¹³.

Sin perjuicio de esto, la Corte Suprema se niega siquiera a considerar el costo del medicamento (lo que llama razones de orden económico) como factor relevante para la adopción de su decisión final pues, arguye, esas razones “no debieran invocarse” cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona.

Esta argumentación se funda en lo que Ronald Dworkin llamó *El Principio del Rescate* que considera que, “puesto que la salud y la vida serían los mayores y más importantes bienes, todo lo demás debe ser sacrificado en su nombre”¹⁴. De este modo, el argumento ignora la complejidad del problema moral de la escasez, generando que se gaste gran cantidad de recursos sanitarios sin que se gane, a cambio, prácticamente nada en expectativa de vida. Evidentemente, estima este autor, ninguna sociedad sana puede organizarse adecuadamente en torno a este principio pues condenaría su futuro y el desarrollo de otros bienes y derechos también muy importantes por lo que, concluye, “es necesario rechazar este principio por imposible” a largo plazo¹⁵.

¿Cuánto debe gastar un Estado en cuidado sanitario? ¿Cuál es el nivel de atención médica que una sociedad decente debe ofrecer a *todos*? ¿De qué modo decidir cuál es ese nivel mínimo? Esto es precisamente el análisis costoeficiente que hace la autoridad sanitaria al momento de seleccionar patologías que permitan combinar tanto el objetivo de alargar la vida con el de asegurar

¹³ Corte Suprema, Rol N° 17.043-2018, 6-II-2018, considerando 10°

¹⁴ Dworkin, Ronald. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality* (Harvard University Press), 2000, p. 307.

¹⁵ Ob cit., Dworkin, p.309.

una cierta calidad de la misma, lo que queda muy bien explicado en la defensa que hace FONASA en el juicio al exponer acerca del “Principio de Justicia Distributiva” citando el clásico libro “Principios de Ética Biomédica” de Tom L. Beuchamp y James Childress, donde se postula que se deben distribuir los bienes y servicios buscando proveer el mejor cuidado de la salud según las necesidades sin descuidar la promoción del interés público.

“El principio de justicia distributiva señala que se debe distribuir de manera equitativa los recursos y cargas en materia sanitaria para evitar discriminaciones entre los ciudadanos, más aún, cuando *no existe evidencia científica de que el medicamento Spinraza tiene efectividad en pacientes con los síntomas que tiene el menor Cristóbal Farías*”¹⁶.

En efecto, los únicos estudios sobre efectividad del medicamento (los estudios ENDEAR y CHERISH) concluyen que los resultados positivos se obtienen con su suministro antes de los seis meses de vida, lo que no aplica al caso del demandante¹⁷. Además, los estudios no incluyeron niños con insuficiencia respiratoria ni que tuvieran tubo gástrico para proveer alimentación, que es precisamente el caso del hijo de la recurrente. Por ello, la expresión utilizada por los médicos que suscriben el certificado en que se funda el recurso es que el niño “podría beneficiarse”, de modo hipotético, incierto, al utilizar el medicamento Nusinersen (Spinraza), pero no hay certeza alguna de que ello vaya a ocurrir. Por lo demás, es importante notar que el medicamento en cuestión no fue prescrito por profesionales del hospital Guillermo Grant Benavente¹⁸, sino que por médicos privados, lo que no es menor¹⁹.

Para tomar la decisión de obligar al Estado a financiar una medicina con las características del Spinraza los tribunales requieren estar capacitados para, al menos i) Revisar estudios de carga de enfermedad y de carga de factores de

¹⁶ Corte Suprema, Rol N° 17.043-2018, 6-II-2018, considerando 4°.

¹⁷ Según los ensayos clínicos la efectividad de los tratamientos, como indica la ficha de la Agencia Europea de Medicamentos (EMA), estaría situada tan solo entre el 50-57%% de los pacientes.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Son muchos los casos documentados de médicos financiados por las industrias farmacéuticas para que receten sus medicamentos más costosos. Los casos de corrupción relacionados con las enfermedades raras son especialmente preocupantes y es la razón por la que la autoridad sanitaria no considera determinante la opinión de uno o más médicos, sino que se requiere de estudios de eficiencia que trabajan con miles de casos. <https://www.bloomberg.com/news/features/2017-05-24/when-the-patient-is-a-gold-mine-the-trouble-with-rare-disease-drugs>

riesgo (AVISA y AVAC²⁰); ii) Analizar la eficacia y efectividad de las prestaciones que se ofrece otorgar; iii) Considerar la capacidad real de atención del sistema de salud y, cuando sea posible, iv) Incorporar el criterio de preferencias sociales. Luego, una evaluación científica como esta comprende aspectos técnicos y éticos complejos que requieren una experticia de la que las juezas y jueces evidentemente carecen.

2.2 Sobre las competencias de los tribunales para la construcción de políticas públicas

Quiero comenzar descartando una tesis estricta respecto del principio de separación de poderes y, en cambio, defender la idea de que, en el ejercicio de sus funciones, puede ser legítimo que los tribunales de justicia revisen las decisiones tomadas por los demás órganos del Estado, en particular cuando lo hacen con el objeto de valorar la eventual violación de derechos fundamentales. Dicho esto, es importante considerar el problema que se suscita cuando las cortes toman decisiones que evidencian falta de competencias específicas, como creo ha ocurrido en los casos de adjudicación del Spinraza. Así en los considerandos 10° y 15° (Rol N° 17.043-2018) la Corte Suprema sostiene que:

“Esta magistratura puede disponer, en esta sede cautelar, que la autoridad pública lleve a la práctica ciertas actuaciones específicas y determinadas, como puede ser, verbi gracia, la adquisición y suministro de un cierto fármaco. El mandato contenido en una decisión como la descrita alcanza, sin duda, a todos los recurridos de autos y, en particular, al Ministerio de Salud, organismo que, en el cumplimiento de sus funciones, debe ejercer la rectoría del sector salud...Que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado que, *aun cuando la imposición de medidas como la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas*, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal”²¹.

20 Sobre los mecanismos de priorización de recursos sanitarios, véase Zúñiga-Fajuri, Alejandra. “Entre la igualdad y la eficiencia en materia sanitaria”, *Acta Bioethica*. Año XIV, N° 2. 2008. pp. 176-184.

21 Corte Suprema, Rol N° 17.043-2018, 6-II-2018, considerando 10°. *Cursivas agregadas*.

El tribunal intenta, al parecer, definir qué debemos entender por *diseñar* una política pública, recurriendo a alguna doctrina alemana citada por Alexy que parte del principio de que “como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, en modo alguno un Tribunal Constitucional es impotente frente a un legislador inoperante”²². Luego, se justificaría que los tribunales declaren la violación de un derecho fundamental y obliguen al órgano administrativo a su reparación siempre y cuando dejen la definición técnica precisa del “cómo reparar” en manos del ejecutivo. Pero ¿es eso lo que hace la Corte Suprema? Veamos:

“Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de once de julio de dos mil dieciocho y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de protección deducido por Daniela Brigitte Díaz Hernández, en favor de su hijo C.A.F.D., disponiéndose que los recurridos deberán realizar las gestiones pertinentes para la adquisición y *suministro del fármaco identificado como Spinraza o Nusinersen*, mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto que se inicie en el más breve tiempo el tratamiento del indicado menor con este medicamento”²³.

Como se lee la Corte Suprema, junto con declarar la vulneración de un derecho fundamental (el derecho a la vida) no se limita a ordenar al Ministerio de Salud a que tome las providencias del caso a fin de salvaguardar el derecho (dejando a la autoridad sanitaria la tarea de definir cómo hacerlo) sino que le dice, precisamente, cómo hacerlo: suministrando un medicamento específico –Spinraza- y dejando al órgano técnico prácticamente la sola tarea de comprarlo y entregarlo a los paciente. Ello hace muy difícil defender que la sentencia “*no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas*”.

Es importante recalcar por qué es preocupante que las juezas y jueces tomen este tipo de decisiones por sí mismos. Como se ha sugerido, en todos los casos sobre Spinraza la Corte Suprema falla al intentar demostrar la ilegalidad o arbitrariedad en el actuar del Ministerio. Así queda en evidencia en el considerando 4° de la causa Rol N° 25.009-2018

22 Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 497.

23 Corte Suprema, Rol N° 17.043-2018, 6-11-2018, considerando 15°. Cursivas agregadas

“Que al informar el Servicio de Salud Osorno sostiene la ausencia de ilegalidad o arbitrariedad en la decisión de no proveer el medicamento Spinraza a la recurrente, afirmando que ésta no es ilegal, desde que el mecanismo para proveer medicamentos de alto costo radica en un procedimiento regido por Ley Ricarte Soto, que al igual que la ley sobre Garantías Explícitas de Salud, se funda en un análisis estadístico de las enfermedades y su financiamiento...su decisión no puede ser calificada de arbitraria”²⁴

No hay ilegalidad pues la no inclusión del medicamento resulta del cumplimiento de un procedimiento claramente definido en la ley y *correctamente aplicado* en el caso concreto. Tampoco parece existir arbitrariedad pues no se niega la entrega del medicamento por capricho, ligereza o sinrazón. Cosa distinta, se fundamenta racionalmente en el hecho de que el medicamento “no cumple con los análisis costo eficientes” necesarios en estos casos. Dicho de otro modo, aun cuando es cierto que el costo del tratamiento es uno de los argumentos esgrimidos por la autoridad sanitaria para negar su distribución, lo crucial es advertir que *no es el único ni el más importante*. El criterio definitivo es la *falta de evidencia científica sobre su eficacia*, no sólo en general, sino especialmente en los casos concretos de los pacientes que lo han solicitado. Y esto es importante pues nos permite distinguir este tipo de casos de aquellos recursos en los que se demandaban medicamentos de alto costo, pero de probada efectividad, como ocurrió hace años con los recursos de protección a favor de las personas con VIH-SIDA que solicitaban acceso a la llamada triterapia o terapia antirretroviral²⁵.

3. Reflexiones finales

Uno de los problemas más difíciles con los que debe lidiar la administración del Estado es con la falta de coordinación entre sus órganos, especialmente cuando ella requiere la interacción de distintos poderes que ejercen legítimas facultades constitucionales. Estas dificultades de coordinación han quedado en evidencia con las sentencias de la Corte Suprema en las que se ordena a FONASA la provisión de un medicamento que, sólo el primer año, cuesta \$500 millones. La principal crítica que se hizo –y hace- a estas sentencias es

²⁴ Corte Suprema, Rol N° 25.009-2018, 2-I-2019, considerando 4°.

²⁵ Ob.cit. Zúñiga Fajuri. A. 2008.

que cuando las juezas y jueces distribuyen recursos escasos de esta manera “hacen políticas públicas” y eso es algo para lo cual no estarían equipados.

Pero si las juezas y jueces no cuentan con las herramientas para decidir sobre la priorización de recursos sanitario ¿Están mejor preparados los legisladores? En noviembre del 2018 la Cámara de Diputados -a instancia del Movimiento ciudadano “Guatita de delantal”- aprobó la inyección de \$50 mil millones para la realización de cirugías bariátricas y abdominoplastias, arguyendo que se trata de un problema de salud urgente. La medida fue también criticada desde distintos frentes, especialmente por los grupos de enfermos de otras patologías de mayor gravedad que desde hace mucho esperan recursos para su atención. Luego, cuando se sostiene que los tribunales o los operadores políticos (legisladores) no poseen la experticia necesaria para modificar o ampliar las Garantías Explicitas en Salud lo que se arguye es que carecen de las herramientas necesarias para valorar aquellos criterios de priorización de recursos sanitarios escasos consensuados por la literatura y la ciencia médica.

Ahora bien, lo anterior no significa que las juezas y jueces no puedan resolver este tipo de casos, lo que significa es que debiéramos hacer un esfuerzo por distinguir distintas situaciones relacionados con la distribución de asistencia sanitaria. Por ejemplo ¿puede un conjunto de abogadas y abogados hacer análisis de costo-eficiencia de medicamentos, costo-efectividad de tratamientos médicos, cálculos de infraestructura hospitalaria, análisis bioético sobre la pertinencia de un diagnóstico o tratamiento y sobre la adjudicación más justa dentro de un contexto global de necesidades sanitarias? Muy probablemente no ¿Puede, en cambio, un tribunal resolver si una persona ha sido discriminada arbitrariamente al momento de demandar el reconocimiento de un derecho constitucional? Probablemente sí. Veamos por qué.

Recordemos que cada vez que nos enfrentamos a un dilema en que está en juego el principio de igualdad se hace necesario responder dos preguntas: ¿Igualdad entre quiénes? e ¿igualdad en qué? La primera pregunta alude a los *sujetos* que serán comparados en el juicio relacional de igualdad. La segunda cuestión se refiere al *criterio* que permitirá realizar la comparación²⁶. Luego, no parece arriesgado sostener que las juezas y jueces están mejor preparadas para decidir sobre la primera pregunta –igualdad entre quienes- que sobre la

26 Un análisis detallado y crítico del juicio de igualdad desde la teoría y filosofía del derecho puede verse en Villavicencio, Luis. “Justicia social y el principio de igualdad”, en *HYBRIS*. Revista de Filosofía, Vol. 9 N°. 2018, pp. 43-74.

segunda –igualdad en qué. De modo que para responder a la primera cuestión (igualdad entre quienes) un tribunal de justicia está perfectamente capacitado para determinar si, dado un cierto criterio de comparación definido por la autoridad sanitaria (por ejemplo, la inclusión de cierta patología en el mínimo sanitario), se cumple la regla de igualdad establecida en la Constitución. Por ejemplo, realizando la siguiente operación:

“Dada la norma que dispone que X tiene derecho a B (donde X es la persona enferma de Cáncer y B el tratamiento médico para el cáncer) entonces para todo aquel que pertenezca a la clase X se le debe reconocer B”.

Esto es lo que hizo la Corte Suprema en los casos Rol N° 1324-2010, Rol N° 9317-2009, o Rol N° 25-2018 donde, dejando la determinación de B (contenido de las GES) a la autoridad sanitaria, advirtió *una diferenciación en el trato no justificada* –discriminación arbitraria. Luego, parece razonable defender que los tribunales son los indicados para garantizar la aplicación igualitaria, consistente y uniforme de una regla específica que adjudica recursos verificando que ella se aplique a todos los casos a los que atañe, es decir, a todo aquel que sufra, por ejemplo, cáncer. Esto permite a las Cortes revisar la aplicación que los demás órganos del Estado hacen de las leyes, corrigiendo cualquier situación de discriminación arbitraria que, por ejemplo, prive a una persona de un derecho en base a criterios sospechosos como la edad, el sexo etc.²⁷.

Cosa distinta ocurre cuando los tribunales intentan responder la segunda pregunta (igualdad en qué) lo que requiere realizar otro tipo de análisis para el cual, en general, no están preparados. Por ejemplo, para que un diagnóstico o tratamiento esté garantizado por el AUGE o la Ley Ricarte Soto, la autoridad sanitaria debe cumplir una serie de procedimientos regulados de manera pormenorizada en la ley. La evaluación que efectúa la Subsecretaría de Salud Pública pondera en total once factores que se agrupan en cuatro temáticas: 1) eficacia médica del tratamiento; 2) costo del tratamiento; 3) costos de implementación en el sistema de salud, 4) repercusiones éticas, jurídicas y sociales del tratamiento²⁸. Se trata de consideraciones que requieren una experticia

27 Sobre la incorporación de criterios de racionamiento ilegítimos en el AUGE, véase Zúñiga Fajuri, A. “Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE. Dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos”. *Acta Bioethica*. Año XVII - N° 1, 2011.

28 Observatorio Judicial. “Corte Suprema versus Ricarte Soto. Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo” Observatorio Judicial, 13 de Febrero 2019. Véase <http://www.observatoriojudicial.org/category/informes/>

de la que carece un abogado, como se observó en el caso del medicamento Spinraza donde los argumentos que sustentaron los fallos favorables tuvieron claras discrepancias con las pruebas científicas ¿Es correcto fallar en favor del acceso a un medicamento bajo la premisa de mejorar la calidad de vida de los pacientes, cuando las pruebas científicas no demuestran estos beneficios? ¿Pueden las juezas y jueces analizar los resultados de los ensayos clínicos pivotales? ¿Hay reportes de seguimiento post sentencia?

Cuando los tribunales dictan fallos de espalda a la evidencia científica y a los criterios costo-eficientes, bioéticos y sociales de los tratamientos, en la práctica se produce un efecto contraproducente. Por ejemplo, aun cuando los fallos judiciales han ordenado al Estado a suministrar el medicamento Spinraza en ya 17 casos, la asociación FAMECHILE ha denunciado que los servicios de salud han dilatado su compra y administración. Además, el MINSAL habría dado instrucción desde la dirección de los servicios de salud y hospitales a los médicos para que no receten el medicamento SPINRAZA a los pacientes afectos con AME. “Lo que se confirma con el sumario iniciado por la Dirección del Hospital Higuera en la comuna de Talcahuano, en contra de uno de sus médicos que recetó SPINRAZA”²⁹.

En definitiva, sin desconocer que algunas de las recientes decisiones de la Corte Suprema implican alterar e intervenir indebidamente en políticas públicas reservadas a la autoridad sanitaria, también es cierto que quienes recurren a los tribunales de justicia o a los parlamentarios lo hacen convencidos de que los criterios y procedimientos del MINSAL no son justos. La judicialización y politización de lo que deberían ser decisiones técnicas -disminuyendo la descoordinación entre poderes del Estado- requiere hacer partícipes de las decisiones de priorización a los usuarios del sistema, poniendo énfasis en la transparencia y el diálogo democrático al momento de decidir quién tiene acceso a qué.

Contar con mecanismos de transparencia es fundamental, además, desde el punto de vista bioético pues sabemos que los principales dilemas asociados al racionamiento difícilmente estarán libres de controversia. La transparencia implica, muchas veces, desentrañar los componentes valóricos que a menudo están disfrazados de juicios clínicos, económicos o legales. Los estudios muestran que saber quién y por qué se adjudicó un recurso escaso es muy importante para los pacientes, sus familiares y la opinión pública y requiere

29 Véase la “Solicitud de audiencia FAMECHILE” a la Cámara de Diputados, del 2 de abril 2019. <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=82142>

no sólo conocer el resultado de un procedimiento sino que también saber con exactitud cómo se aplicaron las reglas previamente definidas por todos³⁰. Por ello la labor fiscalizadora de los tribunales, aunque perfectible en diversos sentidos, es muy relevante y no podemos prescindir de ella.

30 Daniels y Sabin. *Setting Limits Fairly: Can we learn to share medical resources?* Oxford University Press, 2002.

JURISPRUDENCIA CHILENA SOBRE ACCESO A TRATAMIENTOS Y MEDICAMENTOS DE ALTO COSTO

María Belén Saavedra Prats¹

Rodrigo Bustos Bottai²

1. Introducción

En los últimos años los Tribunales Superiores de Justicia han resuelto una serie de casos conocidos a través de recursos de protección en los que ha dado acceso a tratamientos o medicamentos de alto costo a los recurrentes. Lo anterior no ha estado exento de cuestionamientos. Incluso, en relación a dichos fallos, el propio Presidente de la República les habría señalado en una reunión a Ministros/as de la Corte Suprema, que “pretenden quebrar al Estado”³. En ese contexto, en las páginas siguientes se abordará, en primer lugar, las discusiones acerca de la justiciabilidad de los derechos sociales y el costo de los derechos. A renglón seguido, se señalarán algunos antecedentes acerca de la jurisprudencia chilena referente al acceso de medicamentos. Por último, se describirán y analizarán las sentencias más recientes que han acogido recursos de protección dando acceso a medicamentos de alto costo.

2. Acerca del costo de los derechos y la justiciabilidad de los derechos sociales

En los últimos quince años la doctrina de otros países de la región ha debatido profusamente acerca de la justiciabilidad de los derechos sociales. Varios autores han sostenido que los cuestionamientos a la exigibilidad jurisdiccional

¹ Abogada egresada de la Universidad Diego Portales, Magíster en derecho público, Profesora de derecho de la Universidad Diego Portales.

² Abogado egresado de la Universidad de Chile, Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Diego Portales.

³ <https://www.elmostrador.cl/noticias/sin-editar/2019/01/14/el-llamado-de-atencion-de-pinera-a-la-corte-suprema/>

de los derechos sociales se han basado en planteamientos no basados en la realidad y que, al menos en parte, estos derechos podrían ser perfectamente justiciables. De esta forma, se ha buscado hacer frente a las críticas a la justiciabilidad de los derechos sociales como, entre otras, que no es posible judicializarlos por ser derechos positivos (que requieren de acciones para su realización), así como que ello no es posible por tratarse de derechos que requieren de importantes desembolsos económicos o que se trata de derechos cuyo cumplimiento depende de decisiones discrecionales de los poderes políticos.

Frente a esos planteamientos, en la doctrina comparada se han refutado esos cuestionamientos haciendo ver que los cuestionamientos a la exigibilidad de los derechos sociales por su estructura o por su costo económico no consideran que los derechos civiles y políticos también requieren en algunos casos de la realización de acciones positivas y de gasto fiscal. También se ha señalado que si bien los gobiernos y legisladores tienen que tener un papel predominante en la regulación de esta clase de derechos -y, podríamos decir, de los derechos fundamentales en general- en caso de violación flagrante de cualquier derecho fundamental el Poder Judicial puede -y, agregamos, en algunos casos debe- también tener un espacio de actuación.

En Chile el debate ha sido menor, pero igualmente algunos/as autores/as se han referido a la cuestión, en especial formulando críticas a la justiciabilidad de los derechos sociales. Entre ellos, destaca Fernando Atria que ha expuesto sus argumentos sobre esta materia en varios artículos y libros. Lo interesante de la postura de Atria es que sus cuestionamientos a la justiciabilidad de los derechos sociales son por razones diferentes a los de la generalidad de la doctrina. Atria no se centra en supuestas diferencias de estructura o de costo económico. Su planteamiento es diferente. A su juicio el elemento diferenciador de los derechos sociales respecto de los que él denomina “derechos individuales” es que los primeros se fundarían en la noción de deber recíproco⁴. Buscar avanzar en su justiciabilidad sería entonces de alguna forma transformar los derechos sociales en “posiciones indiferentes a la cooperación”⁵. Es especialmente pertinente citar lo que al respecto señala Atria aplicando lo anterior al derecho a la salud. En sus palabras, esta forma de razonar de abogadas y abogados progresistas que defienden la justiciabilidad de los derechos sociales produciría que “el derecho a la salud, por ejemplo,

4 Atria, Fernando, *Derechos Sociales y Educación*, LOM (2014), pp. 45-53.

5 Atria, Fernando, *Op. Cit.*, p. 47.

deja de ser el derecho a un sistema que provea de prestaciones de salud conforme a la necesidad de cada uno y no conforme a la capacidad de pago en el mercado, y pasa a ser un derecho a que la necesidad de uno sea atendida aun cuando su costo parezca exagerado si se consideran las otras necesidades que por eso quedarán sin cubrir”. Según Atria esto lleva a que “respecto de estas otras necesidades, el que recurre de amparo ante el juez puede decir lo mismo que las partes en el mercado: ¿soy acaso yo el guardián de mi hermano? (= me es indiferente qué consecuencias para otros tenga el hecho de que mi necesidad sea atendida)”⁶.

El problema de lo anterior es que, estando de acuerdo en que los órganos políticos debieran tener discrecionalidad para definir los modos de realizar los derechos sociales como -utilizando sus propios- “derechos de deber recíproco”, Atria no resuelve que ocurre si es que no se da cumplimiento a derechos como, entre otros, el derecho a la salud, a la educación o a la vivienda. En esos casos, ¿la jurisdicción tendría que quedarse de brazos cruzados? En casos en que la afectación a la salud es tal para poner en riesgo la vida de una persona y el Estado se niega a costear un medicamento o tratamiento médico, ¿los tribunales deberían abstenerse de instar a los órganos del Estado correspondientes a que adopten alguna medida porque el derecho social se convertiría en un derecho “con una lógica mercantilista”?

La autora y autor de este trabajo no compartimos esa posición. O, al menos, no la compartimos si es que es llevada al extremo. Ello pues consideramos que, en la medida que los derechos sociales como el derecho a la salud están contemplados en un texto constitucional -como sucede con la Constitución de 1980- y en los tratados internacionales de derechos humanos, implican un contenido y obligaciones que no pueden ser desconocidos⁷ y que, en último término, pueden implicar que en determinadas circunstancias se pueda llegar a activar la jurisdicción para tutelarlos.

Pero recordemos que, dentro de las posiciones contrarias a la justiciabilidad de los derechos sociales, algunos/as plantean argumentos diferentes a los de Atria y expresan fundamentalmente que el legislador es el más indicado para definir con absoluta libertad su contenido y plazos de actuación. Al tratarse del órgano que posee legitimidad democrática por voluntad de la ciudadanía le correspondería de manera exclusiva regular estas cuestiones

6 *Ibíd.*

7 En el mismo sentido, FIGUEROA, R., “El derecho a la salud”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2013, p. 2.

que, entre otras cosas, implican significativas decisiones presupuestarias. Se señala que, en virtud del principio del pluralismo político, la constitución permite que pueda optarse por distintos modelos económicos o sociales y son las mayorías legislativas de turno las que adoptarán estas decisiones políticas fundamentales. En nuestra opinión lo anterior debe ser por lo menos matizado pues creemos no debe entenderse el principio del pluralismo político que está detrás de la noción de constitución abierta como un vaciamiento completo de las normas y principios establecidos en la constitución. Si en los textos constitucionales se establecen listas de derechos sociales y se consagran el principio del Estado social y de la igualdad sustancial, esas disposiciones deben tener algún contenido y valor jurídico que puede y tiene que ser tutelado también por los órganos jurisdiccionales.

Nos cabe afirmar que, si bien comprendemos el temor de que se “judicialicen” en exceso las políticas sociales⁸, creemos que los jueces y juezas pueden ejercer una labor importante en materia de derechos sociales. Sabemos que no es imaginable que en causas judiciales específicas se pueda intervenir en la planificación de áreas tan relevantes como la salud, la educación y en general las que tienen que ver con los derechos sociales⁹. Tampoco desconocemos el riesgo que se produciría para la equidad del sistema político si el poder judicial interviniera en algunos casos de una forma y en otros de una manera distinta.

No obstante, se ha demostrado en la práctica que si los órganos jurisdiccionales son provocados de manera adecuada pueden desarrollar una función muy relevante en la protección de los derechos sociales que, incluso, puede derivar en cambios a nivel de la administración o del Poder legislativo¹⁰. En nuestro concepto los tribunales no pueden desentenderse del incumplimiento flagrante de preceptos constitucionales, ya se trate de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales. Adoptar otra postura implicaría en palabras de PISARELLO, “otorgar cobertura a la impunidad de los poderes estatales en la vulneración de los derechos sociales y, por lo tanto, en la erosión de los propios presupuestos

8 Expresado, entre otros, en RUIZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, en *Doxa*, 16-16, 1994, pp. 671-672.

9 ABRAMOVICH, V. y COURTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 42.

10 Cfr. PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, PISARELLO, p. 65; ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *op. cit.*, p.44.

materiales que sostienen y aseguran la subsistencia en el tiempo del proceso democrático mismo”¹¹. Siguiendo con este razonamiento, creemos que entender el principio de la discrecionalidad del legislador de tal manera que se convierta a los derechos sociales constitucionales en inaplicables en forma directa, se puede traducir en amparar toda clase de abuso del Poder Legislativo en estas materias¹². Precisamente por la ocurrencia de desconexiones entre ley y Constitución los jueces y juezas pueden estar llamados/ a a preservar y mantener vigentes las inspiraciones transformadoras de los textos constitucionales, en una función que ha sido calificada como de “resistencia constitucional”¹³.

Como dice FERRAJOLI, los derechos sociales fundamentales están, al igual que los derechos civiles y políticos, en la esfera de lo indecible¹⁴. Creemos que existen cuestiones que el constituyente ha dejado zanjadas y en el caso de los derechos sociales al órgano legislativo le queda desarrollar los preceptos que los regulan pero de ningún modo puede afectar a su esencia. De esta forma, al resguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas, la intervención de los jueces y juezas en la tutela de los derechos sociales fundamentales más que afectar el principio de separación de poderes reforzaría el sistema democrático¹⁵.

Con todo lo expuesto, no queremos de ninguna manera disminuir la relevancia de la ley como principal instrumento de implementación de los

11 PISARELLO, G., “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática evolutiva”, en AÑON ROIG, M. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p.63.

12 En la misma línea, el constitucionalista italiano GIORGIS manifiesta que concebir la reserva de ley de manera tan amplia que se extienda a la definición constitucional de los derechos sociales constitucionales significaría retorcer su función garantista respecto del Poder Ejecutivo para convertirse en un posible instrumento de abuso del legislador respecto de los titulares de los derechos sociales. Cfr. GIORGIS, A., “Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all’eguaglianza distributiva”, en D’ALOIA, A. (a cura di), *Diritti e Costituzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p.120.

13 Esta expresión ha sido empleada de manera afortunada por GARCÍA HERRERA, quien ha manifestado que con la resistencia constitucional se intenta “salvaguardar la vocación transformadora consustancial a la Constitución que, sin merma de los espacios de desarrollo político consentidos al legislador, establece una estructura de proyecto ideal que debe presidir la resolución del conflicto, sobre todo en aquellos temas referidos a los derechos sociales, apertura del sistema e integración de nuevas demandas”. GARCÍA HERRERA, M., “Poder Judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (Coord.), *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p.67.

14 Cfr. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp.23-24.

15 *Vid.*, en la misma línea argumentativa, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia”, en *Revista de derecho social*, Núm. 44, 2008, p. 103.

derechos fundamentales¹⁶. Todos los derechos fundamentales -sean civiles, políticos o sociales- requieren de un desarrollo legislativo para que puedan tener aplicación práctica. En el caso de los derechos sociales, la regulación de cuestiones como el acceso, la disponibilidad, aceptabilidad, calidad y adaptabilidad de derechos sociales como el derecho a la salud y el derecho a la educación queda en manos del legislador y es justo que así sea¹⁷. De esta forma, tal como ocurre con los derechos civiles y políticos, la ley concretiza los enunciados contenidos en las disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales. Ello no hace que los derechos constitucionalmente reconocidos sean ni menos fundamentales ni menos exigibles.

3. Antecedentes acerca de la jurisprudencia anterior referente a acceso a tratamientos o medicamentos

El derecho a la protección a la salud está establecido en el artículo 19 número 9 de la Constitución Política de la República, afirmándose que

“El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

En cuanto a su exigibilidad judicial, solo el inciso final de este derecho quedó excluido de los que permiten la interposición del recurso de protección. Ello

¹⁶ Acerca de la relevancia que puede tener la ley como instrumento de garantismo social en el marco de la crisis del Estado social, Vid. DE CABO MARTÍN, C., “Estado social de derecho y ley general: una perspectiva constitucional”, en *Jueces para la democracia*, Núm. 23, 1994, pp. 35-40.

¹⁷ Dichos elementos esenciales están contemplados en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General N° 14 (2000), *El derecho al disfrute de nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12; Observación General N° 12 (1999), *El derecho a la educación*, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 6.

pues en el debate en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución a propósito del Recurso de Protección, predominó la visión de Jaime Guzmán, quien planteó su posición en los siguientes términos respecto a la justiciabilidad de los derechos sociales: “es evidente que el Recurso de Protección no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen para su debida satisfacción de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social y otros. Sólo puede establecerse un recurso judicial como el que analizamos, respecto de aquellos derechos cuyo ejercicio exige únicamente el que no se ha perturbado por la conducta ilegítima de la autoridad o de un particular, obstáculo que una vez removido por resolución judicial, basta para que el titular del derecho pueda disfrutar adecuadamente de él. De ahí la necesidad de enumerar taxativamente los derechos respecto de los cuales se concede el mencionado recurso” (Sesión N° 407).

No obstante lo anterior, en materia de justiciabilidad del derecho a la salud existe vasta jurisprudencia relativa a la falta de acceso a prestaciones y medicamentos. Durante la primera década del 2000 existieron famosos casos de justiciabilidad en salud por VIH/Sida, cáncer de mamas, Necesidad de diálisis, hospitalización domiciliaria y acceso a medicamentos como el herceptín, entre otros. Debido a su importancia histórica nos centraremos con motivo de este capítulo en la relacionada con VIH y Cáncer de mama, ambos casos darían luces de la jurisprudencia reciente en materia de alto costo de medicamentos al intentar justiciar por medio del recurso de protección los altos costos de la triterapia y de las prestaciones necesarias para combatir el cáncer de mama (ambas, hoy cubiertas por la ley GES/AUGE).

3.1. Decisiones de las cortes de apelaciones y suprema en casos sobre VIH

1. No intromisión ni justiciabilidad

Durante los últimos años de la década de los 90s y principios del 2000 se sometieron a conocimiento de la Corte de Apelaciones y Suprema una serie de casos de recurso de protección relativos a la entrega de triterapia y prestaciones adicionales relacionadas con el VIH. Los recurrentes buscaban asegurar la continuidad de su tratamiento, que por regla general no era cubierto en su totalidad por los centros asistenciales del país, además de los exámenes necesarios para revisar su estado de salud de manera constante.

Las respuestas de las cortes durante esta primera etapa de fallos pueden resumirse con el título de esta subsección, las cortes señalaban no poder entrometerse en las políticas públicas dictadas por el legislador y el ejecutivo (las relativas a tratamientos de salud, decretos y políticas públicas de acceso a medicamentos) y al mismo tiempo señalaban que el recurso de protección no contempla la protección del derecho a la salud consagrado en el 19 N°9 y que no nos encontrábamos en casos de derecho a la vida pues el riesgo de los recurrentes se debía a la enfermedad que padecían y no a un acto subsanable a través de la acción de protección.

Así, en el año 1999 las cortes declararon inadmisibles recursos, por tratarse de asuntos que sobrepasaban los márgenes del procedimiento de protección.

A raíz de esta situación los pacientes buscaron el acceso a la medicación a través de médicos cautelares en el sistema interamericano, donde lamentablemente dos de los tres peticionarios fallecieron antes de que la CIDH mandara al Estado a entregar sus medicamentos, uno por causas de la enfermedad y otro por suicidio ante la desesperación de su situación.

En el 2000 otro grupo de personas que viven con VIH intentarían recibir la adecuada atención de salud a través de la protección¹⁸. En esta oportunidad las cortes no declararon inadmisibles los casos, pero tampoco otorgaron respuestas a los pacientes recurrentes.

La Corte señala en su análisis que los casos fueron invocados aludiendo la protección al derecho a la vida, aunque eran casos sobre protección de la salud, y que debían rechazarse por la no justiciabilidad del mismo dentro del artículo 20. Así, la Corte concluyó:

“Los recursos acumulados se formulan peticiones basadas en el Derecho a la vida, aludiendo al numeral 10 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que precisa la protección a la vida del que está por nacer, la restricción de la aplicación de la pena de muerte y la prohibición de aplicar apremios ilegítimos, o sea, su alcance alude a conductas que pongan en peligro la vida humana, sin que pueda estimarse como tales las omisiones que se atribuyen a los Servicios de Salud y al Ministerio respectivo, puesto que el peligro a la vida de los recurrentes deriva de la enfermedad de que, lamentablemente, padecen pero no de las autoridades sanitarias; lo que si procedería es examinar

¹⁸ Este grupo de casos corresponden a los ingresos Corte N°1705-2000; 1825-2000; y 1905-2000; los cuales fueron acumulados.

si tales eventuales inconductas podrían afectar el derecho a la protección de la salud, considerado en el número 90 del citado precepto constitucional, no obstante tal derecho no aparece amparado por el artículo 20 de la Ley Fundamental, que se refiere sólo al inciso final del precepto.”

Que, a mayor abundamiento, la Corte utiliza la tesis clásica de la justiciabilidad de los DESC ya comentada en este artículo, buscando justificar su no universalidad alegando los altos costos que requieren para su garantía. Así, señala en el considerando 15 y 16:

“debe considerarse el alto costo que las terapias tienen a nivel mundial y local, asociado a “la restricción de los presupuestos con que cuenta el Gobierno para responder la demanda terapéutica de la población”, siendo, además, “una realidad que las Isapres no cubren el financiamiento de las terapias de sus afiliados que viven con VIH/SIDA”, a pesar de lo cual, se añade, se ha logrado “en conversaciones con las empresas farmacéuticas una reducción en los costos de los fármacos de un 30% en promedio”.

C°16: Que, en cuanto a la carencia de un tratamiento eficaz para los recurrentes por parte de los servicios sanitarios, tal omisión, de existir, no puede estimarse arbitraria o ilegal puesto que la ley ha condicionado el otorgamiento de las prestaciones. En efecto, la ley N°18.469, que regula el derecho constitucional a la protección a la salud y crea un régimen de prestaciones de salud, señala en su artículo 11 que las prestaciones comprendidas en el régimen se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan. En consecuencia, por este concepto tampoco habría podido acogerse la acción intentada”.

2. El intento del 2001¹⁹

Si el grupo anterior de casos se componía de argumentos de no intromisión ni justiciabilidad en 2001 hubo un cambio de precedente. Una vez más un grupo de pacientes vih+ intentaban recibir atención médica mediante la presentación de un recurso de protección argumentando que, de no recibirla, existía un riesgo real de fallecer.

Como sabemos, durante los 80's y 90's a raíz de una serie de fallos relativos a la huelga de hambre se asentó una línea jurisprudencial en el derecho a la vida que señalaba que éste era de carácter absoluto, fue esta línea

¹⁹ Este grupo de casos corresponde a 3 recursos de protección que se acumularon: ingreso Corte N°3025-2001; 3026-2001; y 3027-2001.

jurisprudencial la que tomó la Corte de Apelaciones de Santiago al analizar este caso, señalando que no es posible alegar por parte del Estado falta de recursos cuando lo que está en riesgo es la vida. La Corte de Apelaciones señaló en sus considerandos 11 y 13 respectivamente:

Que, analizando la inminencia de la muerte de los recurrentes, (hecho anunciado por los profesionales de la salud), en caso de no recibir tratamiento antiretroviral, no es posible aceptar que, quien está al servicio de la persona humana y ha asumido, entre muchas otras políticas de Estado, la obligación de combatir las enfermedades de transmisión sexual, -entre las que se encuentra expresamente considerado el SIDA- observe o contemple sin intervenir, cómo, precisamente, esas mismas personas a quienes asegura el derecho a la vida, la pierden.

(...) Que en relación a la falta de recursos: esta argumentación no es aceptable por cuanto, como ya se señaló, el derecho a la vida es un derecho de carácter absoluto y al margen de toda posibilidad de negociación patrimonial. El establecer un orden de prioridad para que los portadores de inmunodeficiencia humana, (VIH), accedan al tratamiento farmacológico que les permitirá vivir, basado en razones técnicas pero determinado al fin por razones económicas, es jurídica y moralmente inaceptable pues establece, necesariamente, una discriminación arbitraria entre personas que se encuentran en una misma situación.

Con todo, esta línea jurisprudencial no se mantuvo, la Corte Suprema revocaría esa decisión en sede apelación señalando que no se encontraban frente a un caso de derecho a la vida, sino de derecho a la salud y, como se había mencionado anteriormente, tal derecho no tiene la tutela del recurso de protección.

3.2 Decisiones de las Cortes de Apelaciones y Supremas relativas al cáncer de mama

Como habíamos adelantado, el cáncer de mama se encuentra cubierto por la ley GES, que señala dentro de sus patologías protegidas en el número 8 el cáncer de mama, su diagnóstico y tratamiento. Así, entre 2007 y 2014 se presentó una ola de casos relacionados con la entrega del medicamento llamado “Herceptin” debido a su eficacia en el tratamiento junto a radioterapia del cáncer de mama. Dicho medicamento no formaba parte de la cobertura de la

legislación nacional por lo que, en los casos en que era recetado dada su alta efectividad, los pacientes debían cubrir su totalidad. Los casos se detuvieron en 2014, pues en 2015 fue publicada la ley 20.850, “que crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo” también conocida como la ley Ricarte Soto, que dentro de su cobertura contempla el Herceptin.

La jurisprudencia en esta materia fue mayoritariamente favorable a la entrega del medicamento, considerando en algunos casos derecho a la vida, en otros, derecho a la salud (contrariando lo ocurrido en los casos de VIH), pasaremos a ver algunos de los razonamientos de las cortes a continuación.

En 2009 Patricia Vásquez interpuso un recurso de protección en contra de FONASA por no proporcionar el medicamento Herceptin, rol Corte de Apelaciones de Santiago N°7766. La Corte señaló en su considerando 12 lo siguiente:

“Que la extremada gravedad del cáncer que padece la recurrente doña Patricia Elena Vásquez Ibáñez, consta de los hechos consignados en el motivo séptimo, apareciendo, además, de los antecedentes, que una mejor calidad de vida y una mayor sobrevida de la actora depende del pronto suministro del medicamento Herceptin, razón por la cual esta Corte estima que el deber del Estado de Chile en materia de salud y el efectivo acatamiento de las garantías constitucionales de los derechos a la vida, integridad física y protección de la salud, independiente de si las normas reglamentarias contemplan o no el medicamento indicado como uno de aquellos que pueda utilizarse en el tratamiento del cáncer, obligan a proporcionar los medios para procurar el tantas veces citado medicamento, toda vez que lo que se está resolviendo es la mayor o menor sobrevida que pueda tener la recurrente, por lo que no le merece duda a esta Corte que debe proporcionársele el medicamento Herceptin, en cuanto le va a permitir sobrellevar el grave cáncer que la afecta en mejores condiciones, aspirando a una sobrevida mayor”.

La Corte concluye acogiendo el recurso por derecho a la vida y protección de salud, aún cuando este último no se encuentra protegido por el recurso de protección. Si bien luego la Corte Suprema, en sede apelación, elimina el considerando señalado en lo respectivo al 19 n° 9, este caso da cuenta de las notables diferencias en líneas jurisprudenciales de los casos mencionados con los vistos de VIH.

Con posterioridad, a este caso se sigue intentando garantizar el acceso a este medicamento vía protección, de una simple búsqueda de jurisprudencia se observan al menos 27 casos de Herceptin en sede protección, 19 en Cortes de Apelaciones y 8 en Corte Suprema.²⁰

En 2014, meses antes de que Herceptin fuera declarado cubierto a través de la ley 20.850 se volvió a intentar por última vez la acción de protección para cubrir el tratamiento volviendo a fallar favorablemente.

La Corte señala que la conducta de la recurrida -Ministerio de Salud- consistente en no proporcionar a la recurrente un medicamento -Herceptin- necesario para el tratamiento del cáncer de mama, en circunstancias que aquel fármaco, si bien no está considerado dentro de las prestaciones aseguradas por el Régimen General de Garantías en Salud para el tratamiento de la señalada enfermedad, sí está incorporado en la Guía Clínica de la patología en cuestión elaborada por la recurrida y, en consecuencia, por excepción procedía la cobertura especial a su respecto, constituye un acto ilegal y arbitrario que vulnera la garantía del artículo 19 N° 1 de la Constitución, el derecho a la vida e integridad física y psíquica, pues la privación de ese fármaco prescrito por el médico tratante con fines paliativos conduciría inevitablemente a una notoria desmejora de la calidad de vida de la actora y a una disminución significativa de su tiempo de sobrevida (C°3 y 4).

Concordante con lo expuesto, el Máximo Tribunal ha dicho que el Régimen General de Garantías en Salud constituye un instrumento de regulación sanitaria que establece prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, que incluye, además, un conjunto de Garantías Explícitas en Salud relativas al acceso, a la calidad, a la protección financiera y a la oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones de que se trata. Por tanto, resulta evidente que la cobertura financiera propia de dicho sistema que se ha de otorgar a la recurrente para el tratamiento de su enfermedad debe cubrir en esos términos las prestaciones que sean necesarias para lograr, en la medida que los conocimientos de la ciencia lo permitan, la curación del

20 Roles en orden cronológico : 57948-2007 C.A de Santiago, 53/2007 C.A de Concepción, 3534/2007 Corte Suprema, 6977/2007 C.A de Santiago, 4517/2009 Corte Suprema, 797/2009 C.A de Santiago, 7766/2009 C.A de Santiago, 9291/2009 Corte Suprema, 38/2010 C.A de Rancagua, 1493/2010 C.A de Santiago, 5800/2010 C.A de Santiago, 10482/2011 C.A de Santiago, 958/2011 C.A de Santiago, 21331/2011 C.A de Santiago, 21961/2011 C.A de Santiago, 2631/2012 Corte Suprema, 3209/2012 Corte Suprema, 6514/2012 C.A de Santiago, 1171/2012 C.A de Concepción, 1193/2012 C.A de Concepción, 39611/2012 C.A de Santiago, 1118/2013 Corte Suprema, 18814/2013 C.A de Concepción, 147825/2013 C.A de Santiago, 30778/2014 C.A de Santiago, 11631/2014 Corte Suprema y 22332/2014 Corte Suprema.

cáncer que le afecta, o, si ello no es posible, al menos una mejoría en su calidad de vida y en sus expectativas de sobrevivencia (C°3).

Los casos señalados dan cuenta de la evolución jurisprudencial que vendría con los medicamentos de alto costo durante el 2017.

4. Jurisprudencia reciente sobre acceso a medicamentos de alto costo

En una serie de sentencias de la Corte Suprema del periodo 2017-2019 se puede desprender una jurisprudencia consistente en cuanto a acoger recursos de protección en los que se recurre por denegación de acceso a medicamentos de alto costo.

Es pertinente transcribir algunos considerandos jurídicos de una de estas sentencias de la Corte Suprema en los que se dejan en claro sus principales argumentos y que se replica en diversos otros fallos de manera idéntica o similar:

“Considerando 6°: el costo del medicamento constituye la principal razón para no otorgar el tratamiento requerido, fundamentalmente por el impacto que puede tener en los limitados recursos con los que cuentan las instituciones públicas para atender las necesidades de otros enfermos. Al respecto, es preciso reflexionar que si bien el elemento económico constituye un aspecto a considerar en diversas decisiones de las autoridades públicas no debería serlo en aquellas que dicen relación con resguardar la vida de una persona, derecho que constituye un bien jurídico superior y de carácter absoluto.

Considerando 7°: Que, en razón de lo anterior, se desprende que las recurridas no han debido negarse a cubrir el costo del medicamento Eculizumab, en los términos en que le fue solicitado por la actora, y al hacerlo han incurrido en un acto arbitrario que, sin duda, amenaza la garantía del derecho a la vida de la hija de la recurrente, pues la decisión de las recurridas de no costearle el mentado fármaco en los términos pedidos la priva, en la práctica, del acceso al mismo, medicina que ha sido prescrita para asegurar la sobrevivencia de la paciente, quien presenta reactivaciones cada vez más severas y frecuentes que hacen perentoria la administración de dicho fármaco a la brevedad.

Considerando 8°: Que las mencionadas circunstancias revisten la suficiente razonabilidad para concluir que se está infringiendo a la hija de la reclamante un daño grave y significativo que afecta el derecho fundamental antes referido, frente a lo cual corresponde otorgar la indispensable defensa, adoptando las medidas necesarias conducentes a restablecer el imperio del derecho,

*consistentes en que las instituciones recurridas financien y proporcionen a la niña S.A.L.L., el medicamento requerido para el tratamiento de la patología que la aqueja*²¹.

El razonamiento de la Corte se puede resumir de la siguiente manera²²:

- El alto costo no puede constituir per sé un argumento para denegar el acceso a medicamentos;
- Al negarse a cubrir el costo de dichos medicamentos, el Ministerio de Salud ha incurrido en un acto arbitrario;
- Que lo anterior, conlleva un daño y afectación al derecho a la vida;
- Que, por lo anterior, se ordena que las autoridades del Ministerio de Salud financien y proporcionen el medicamento requerido para el tratamiento de la patología que aqueja a las y los pacientes en cuestión.

En particular sobre la cuestión del costo de los derechos, la Corte Suprema razona de la siguiente manera. Primero, afirma que las autoridades señalan que el costo del medicamento constituiría la principal razón para no otorgar el tratamiento requerido, fundamentalmente por el impacto que puede tener en los limitados recursos con los que cuentan las instituciones públicas para atender las necesidades de otros enfermos. Sin embargo, refutando lo anterior, la Corte Suprema ha señalado que, si bien el elemento económico constituye un aspecto a considerar en diversas decisiones de las autoridades públicas, no debería serlo en aquellas que dicen relación con resguardar la vida de una persona. Según la Corte dicho elemento económico no podría tener relevancia en estos casos porque el derecho a la vida constituye un bien jurídico superior y de carácter absoluto²³.

Pero, a lo anterior, cabe agregar otras consideraciones de la jurisprudencia de la Corte Suprema que resultan sin duda de interés. En primer lugar, en algunas sentencias se ha agregado a los argumentos anteriores que el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, es un derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos

²¹ SCS Rol 43250-2017, CJ 6, 7 y 8.

²² SCS Rol 43250-2017, CJ 6, 7 y 8; Rol 8523-2018, CJ 4, 5 y 6; Rol 25009-2018, CJ 7, 8 y 9; Rol 17043-2018, CJ 8, 9, 10 y 11; Rol 8319-2019, CJ 9 y 12; Rol 7484-2019, CJ 9 y 12; Rol 2720-2019, CJ 8.

²³ SCS Rol 43250-2017, CJ 6. Rol 8523-2018, CJ 4; Rol 25009-2018, CJ 7; Rol 17043-2018, CJ 8; Rol 5846-2017, CJ 11; Rol 11489-2019, CJ 2; Rol 11093-2019, CJ 2.

cuerpos normativos citados por los recurridos²⁴. Por tanto, se trata de un fundamento basado en el principio de supremacía constitucional.

Por otra parte, en casos en que se trata de niños, niñas y adolescentes, hay fallos en que, respecto a la consideración del aspecto económico para el financiamiento de prestaciones de salud necesarias para resguardar el derecho a la vida y el derecho a la integridad física, se llega a declarar tajantemente que “*el patrimonio fiscal debe ceder en beneficio del bien jurídico afectado, vida e integridad física y psíquica del menor*”²⁵. Podríamos señalar que la Corte Suprema ha establecido claramente que estas obligaciones del Estado de brindar prestaciones de salud independientemente de su coste económico, implican un deber reforzado en los casos en que el paciente se un niño, niña y adolescente. Dicho deber reforzado se ha basado expresamente en lo dispuesto en la Convención de Derechos del Niño. Así, la Corte ha afirmado que: “*No debemos olvidar que el Estado de Chile (y dentro de él los órganos jurisdiccionales) se encuentra obligado a asegurar el disfrute del más alto nivel de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades y rehabilitación de niños, niñas y adolescentes, de conformidad a lo establecido en el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño. En cumplimiento de este derecho los Estados Partes se encuentran “obligados” a realizar los esfuerzos suficientes para asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de los servicios sanitarios, debiendo asegurar la plena aplicación de él*”²⁶.

Lo anterior es relevante también porque a raíz precisamente de la aplicación de la Convención de Derechos del Niño, la Corte Suprema ha afirmado que, en virtud de lo establecido en el artículo 5 del texto constitucional, los compromisos asumidos en los tratados internacionales de derechos humanos deben primar por sobre razones de índole económica²⁷. Incluso en una sentencia la Corte, al descartar el argumento de las consideraciones económicas para no entregar un medicamento, señala que el Estado de Chile, de acuerdo a lo consignado en la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 4 “*contempla la posibilidad de recurrir a la cooperación internacional, incluida la económica, para la plena efectividad de los derechos reconocidos en ella*”²⁸. De esta manera, si bien el máximo tribunal del país no lo señala explícitamente

24 SCS Rol 17043-2018, CJ 8; Rol 25009-2018, CJ 8; Rol 1500-2019, CJ 6; SCS Rol 7667-2018, CJ 9.

25 SCS Rol 11450-2018, CJ 9.

26 *Ibid.* En el mismo sentido, *Vid.* SCS Rol 7667-2018, CJ 7.

27 SCS Rol 7667-2018, CJ 8.

28 SCS Rol 5607-2019, CJ 9.

para exigirle a los órganos del Estado recurridos que demuestren que han adoptado medidas para cumplir derechos económicos, sociales y culturales como establece el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Una de esas medidas, podría ser entonces recurrir a la cooperación internacional, pero el Estado chileno debería al menos demostrar, en caso que tenga dificultades económicas, que ha buscado concretar esa alternativa de financiamiento.

Otra cuestión señalada por la Corte tiene que ver con recordar que los Estados no solo pueden vulnerar el derecho a la vida con acciones sino también con omisiones, tal como se desprende de lo preceptuado en el artículo 20 que regula la acción de protección²⁹ y de lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución Política de la República en el sentido que “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”³⁰. Lo anterior, traducido en obligaciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se puede expresar en que los Estados no solo tienen obligaciones de respetar los derechos, pues también existen obligaciones de garantizar. Ello, se puede señalar tanto respecto del derecho a la vida como del derecho a la salud, que en la jurisprudencia comentada en este trabajo aparecen como derechos estrechamente conectados.

En relación a como las omisiones del Estado pueden vulnerar el derecho a la vida -en conexión con el derecho a la salud-, la Corte Suprema ha señalado varias obligaciones específicas. Así, por ejemplo, ha señalado que el Estado vulnera el derecho a la vida y a la integridad física -que en estos casos se conecta con el derecho a la salud- cuando:

- No responde ante una carta que expone la indicación y prescripción de un medicamento necesario para mejorar las condiciones del/a paciente.
- También habría afectación del derecho a la vida y a la integridad física cuando los órganos correspondientes del Estado no expresan nada sobre la pertinencia del tratamiento que se requiere.
- Del mismo modo, habría una vulneración de estos derechos si es que los órganos del Estado requeridos no entregan una alternativa de posi-

29 SCS Rol 11450-2018, CJ 10.

30 SCS Rol 5846-2017, CJ 8; Rol 11489-2019, CJ 2.

ble sustitución del medicamento por otro de igual o mayores efectos en los recurrentes³¹.

En definitiva, con todo lo anteriormente expresado, se puede apreciar que la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema referente al acceso a medicamentos de alto costo ha implicado hacer justiciable el derecho fundamental a la salud, especialmente a través de su conexión con el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y síquica. Pero, además, de lo anterior, la Corte también ha establecido diversas obligaciones para los órganos del Estado cuando se trata del otorgamiento de medicamentos de alto costo necesarios para garantizar el derecho a la vida y ha explicitado diferentes tipos de vulneraciones que se pueden producir en este tipo casos.

5. Conclusiones

Existiendo debates acerca de la justiciabilidad de los derechos sociales como el derecho a la salud, los autores de este trabajo sostenemos que existen hipótesis en que si los órganos jurisdiccionales son provocados de manera adecuada pueden desarrollar una función muy relevante en la protección de los derechos sociales que, incluso, puede derivar en cambios a nivel de la administración o del Poder legislativo. Lo anterior, no significa en ningún caso disminuir la relevancia de la ley como principal instrumento de implementación de los derechos fundamentales.

Respecto específicamente al derecho a la salud, este está reconocido en la Constitución Política de la República y en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, en especial en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por otra parte, el texto constitucional no permite la interposición del recurso de protección respecto del derecho a la protección a la salud, a excepción de su inciso final que establece el derecho a elegir entre un sistema de salud estatal o privado.

No obstante lo anterior, a través de la aplicación de otros derechos fundamentales, los Tribunales Superiores de Justicia han llevado adelante una amplia jurisprudencia que ha permitido dar tutela al derecho a la salud.

En particular, la jurisprudencia ha tenido un rol fundamental para garantizar tratamientos de alto costo como en el caso de la entrega de triterapia y

³¹ Así, por ejemplo, SCS Rol 25161-2018, CJ 12; Rol 11450-2018, CJ 10.

prestaciones adicionales relacionadas con el VIH y en el caso de los tratamientos referentes al cáncer de mama.

De manera más reciente, una serie de sentencias de la Corte Suprema del periodo 2017-2019 se puede desprender una jurisprudencia consistente en cuanto a acoger recursos de protección en los que se recurre por denegación de acceso a medicamentos de alto costo.

De acuerdo a los Tribunales Superiores de Justicia, el alto costo no puede constituir per sé un argumento para denegar el acceso a medicamentos. Por otra parte, al negarse a cubrir el costo de dichos medicamentos, el Ministerio de Salud incurre en actos arbitrarios que conllevan un daño y afectación al derecho a la vida.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 5572-2018, SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO QUE APRUEBA REGLAMENTO PARA EJERCER OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

*James Black*¹

Bastante se ha escrito y discutido sobre la procedencia de la objeción de conciencia institucional y la vía mediante la cual se instauró en nuestro ordenamiento jurídico, y probablemente seguirá siendo materia de diversos análisis y críticas. Sin embargo, un aspecto igualmente relevante que trata, más bien tangencialmente, la sentencia que se comenta es el ejercicio de funciones públicas por instituciones privadas y sus consecuencias.

La importancia de ello radica en la general aplicación que pueden tener dichas reflexiones en el quehacer estatal y privado, y en el muchas veces necesario, y para muchos deseable, involucramiento que pueden tener los privados, y por qué no la comunidad toda, en la siempre difícil tarea de satisfacer las necesidades públicas y lograr la plena efectividad de los derechos humanos.

Así, partiendo de la base de la admisión del involucramiento de particulares en la satisfacción de necesidades públicas, la pregunta son los efectos, especialmente en el ámbito del régimen normativo aplicable, que ello genera: ¿pasan los privados a ser por ello un órgano estatal? o ¿nada se altera en su condición de privado y en su régimen particular? Dichas reflexiones son las que pasamos a comentar a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional.

1. Contexto en que se dicta la sentencia

Con fecha 23 de septiembre de 2017 se publicó la Ley 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntario del embarazo en 3 causales.

En la misma, entre otros aspectos, se reguló en el artículo 119 Ter, que se incorpora al Código Sanitario, la objeción de conciencia y se dispuso que

¹ Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional y Magíster (c) en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Correo electrónico: jrblack@uc.cl

el Ministerio de Salud dictase los protocolos necesarios para la ejecución de la misma.

La redacción original del artículo 119 Ter en la parte final de su inciso primero, establecía: *“La objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución”*.

No obstante, mediante sentencia del Tribunal Constitucional (“TC”) de fecha 28 de agosto de 2017, Rol N° 3729(3751)-17, se declaró inconstitucional, entre otras disposiciones, la expresión *“en ningún caso”*, modificándose el sentido de la ley y permitiendo con ello la llamada objeción de conciencia institucional.

Luego, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 119 Ter del Código Sanitario, el Ministerio de Salud dictó, con fecha 22 de enero del año 2018, la resolución exenta N° 61, que aprobó el *“Protocolo para la Manifestación de Objeción de Conciencia Personal y para la Objeción de Conciencia Invocada por Instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario”*.

Unos meses después, cambio de Gobierno mediante, se dictó la resolución exenta N° 432, de fecha 22 de marzo de 2018, que dejó sin efecto el protocolo antedicho y aprobó un nuevo protocolo modificando el mismo en determinados aspectos.

Respecto de dicho protocolo una serie de personas e instituciones requirieron a la Contraloría General de la República (“Contraloría”) que se pronunciara sobre la legalidad del mismo.

La Contraloría con fecha 9 de mayo de 2018, emitió el dictamen N° 011781, considerando, entre otras cosas, que las instituciones privadas que celebran convenios en el marco del Decreto con Fuerza de Ley N° 36, de 1980 (“DFL 36”), *“sustituyen a los Servicios de Salud en la ejecución de las respectivas acciones de salud, cumpliendo una función pública con recursos del mismo carácter”* y, por ende, *“en el cumplimiento del respectivo convenio, no pueden adoptar una posición que les impida realizar las prestaciones a que se encuentra obligado el Estado”*, concluyendo que no se pueden acoger a la objeción de conciencia institucional.

En cumplimiento de dicho dictamen, es que con fecha 23 de octubre de 2018 se publica el Decreto N° 67 del Ministerio de Salud (“DS 67”) que *“aprueba reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 Ter del Código Sanitario”*, que dispone en el inciso segundo de su artículo 13: *“Los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud”* no

podrán ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón”.

Dicho precepto es el requerido de inconstitucionalidad por una serie de parlamentarios, y respecto del cual el propio Presidente de República se allana, y que da lugar a la sentencia que se comenta.

2. Antecedentes sobre la discusión planteada en el caso que se comenta

En la causa rol N° 5572-28 (y 5650-18) seguida ante el TC se presentó requerimiento de inconstitucionalidad respecto del referido artículo 13, inciso segundo, del DS N° 67, fundándose el mismo, en términos generales, en la vulneración de la autonomía de los cuerpos intermedios y del derecho de asociación; la infracción del derecho a la objeción de conciencia institucional en su esencia; la vulneración de la reserva legal; la infracción del derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y del principio de igualdad ante la ley.

En lo que nos interesa, los requirentes señalaron que conforme al artículo 119 Ter del Código Sanitario, los servicios públicos de salud no pueden invocar objeción de conciencia y las instituciones privadas sí.

Sin embargo, el decreto en cuestión hace una diferencia respecto de estas últimas en cuanto que podrán objetar conciencia sólo (i) si no reciben fondos públicos conforme al DFL 36, (ii) o si los reciben, pero no contemplan prestaciones gineco-obstétricas en pabellón.

Ello, a juicio de los requirentes, constituiría una diferencia arbitraria, que no obedecería a estándares objetivos y proporcionales, privando a las instituciones privadas de un derecho fundamental. Agregan, que no es una justificación constitucionalmente aceptable, pretender que, por sustituir un privado funciones de salud de servicios públicos, mute su naturaleza a institución pública y, por ende, no pueda actuar conforme a sus convicciones e idearios garantizados por la Constitución.

Frente a este punto, la Contraloría sostuvo que de acuerdo a lo dispuesto en el DFL 36, en los convenios regidos por dicho cuerpo normativo, un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud sustituye a éste en la ejecución de acciones de salud, actuando por cuenta de aquél (artículo 2°) y que quienes celebren dichos convenios, quedarán adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud, y se sujetarán en su cumplimiento a las normas que imparta el Ministerio de Salud, en uso de sus facultades legales (artículo 13°).

Así, indica que las entidades privadas que suscriban dichos convenios no pueden objetar conciencia, pues se trata del Estado cumpliendo la función

pública a través de instituciones privadas, que sustituyen sólo para esos efectos los servicios de salud. Se trata así, agrega, de privados que ejercen una función pública, con recursos públicos, y a la cual han optado en forma libre y voluntaria, lo que no implica que muten su naturaleza jurídica, sino que solo se sustituyen en la función pública y en ese entendido deben ajustarse a la normativa del servicio público de salud que están prestando.

3. La resolución del Tribunal Constitucional

En su sentencia el Tribunal Constitucional, en lo que a esta materia respecta, sostiene que la “Teoría del Servicio Público”, en virtud de la cual se articula la figura de la “concesión de servicio público”, como un contrato que permite al Estado “delegar” en los privados su llevanza, no sería del todo compatible con el derecho público chileno, que parte por el deber del Estado de reconocer y amparar a los cuerpos intermedios de la sociedad, garantiza ampliamente la libertad de asociación, y permite iure proprio a las instituciones privadas participar en el quehacer de la salud².

Así, continúan, si en virtud de un convenio de salud – sea delegación, mandato u otra forma- una institución privada “sustituye” a un servicio estatal y obra “por cuenta” de él, esta transferencia lo es únicamente a un determinado quehacer y no a un cierto modo de ser, en que se comunique a los privados la imposibilidad que pesa sobre el Estado de aducir la eximente en cuestión y, que, asimismo, tampoco es admisible que por percibir recursos públicos, dichas instituciones privadas de salud deberían abdicar de su ideario y resignar su derecho de objeción.³

Por su parte, la disidencia sostuvo, en otras palabras, que lo que define el servicio público es que trata de satisfacer una necesidad pública, requiriendo para ello un régimen de derecho público que asegure la generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad del mismo⁴.

En concreto, señalan que los convenios a que se refiere el DFL N° 36, no establecen un marco de cooperación público-privada para el ejercicio de acciones de salud, sino que facultan a los Servicios de Salud para encomendar la ejecución de las acciones de salud, de cuenta de ellos, a entidades privadas, debiendo asegurarse que se cumplan los objetivos del servicio, esto es, la

2 Tribunal Constitucional, Rol N° 5572-18/5650/18, 19-01-2019, C° 18.

3 Tribunal Constitucional, sentencia cit., C° 119.

4 Tribunal Constitucional, sentencia cit., C° 165.

prestación regular y continua. Agregan, que los usuarios de la red asistencial pública son derivados a las entidades privadas con los cuales los Servicios de Salud han celebrado los convenidos, no es que ellos elijan acudir a dichas entidades, de manera que las entidades privadas están entregando un servicio público por cuenta de estos últimos.⁵

En virtud de ello, y otros antecedentes, concluyen que no se trata de asociaciones que tengan plena autonomía para definir sus fines y las forma de ejecutarlos, toda vez que son instituciones que complementan un deber estatal preferente, bajo el control y coordinación del Estado, y en el que las personas tienen el derecho de acceder de forma libre e igualitaria a acciones de salud, y a elegir libremente el sistema de salud al que desean acogerse⁶.

4. El Estado como titular de la obligación de proveer los servicios públicos

En el derecho internacional, especialmente en el de los derechos humanos, que se encuentra integrado a nuestro ordenamiento jurídico, se establece que es el Estado el responsable por respetar y garantizar los derechos humanos y de otorgarle plena efectividad a los mismos.

Así, por ejemplo, tratándose del derecho a la educación, a la salud, seguridad social, etc., es el Estado el responsable por garantizarlo, pudiendo delegar parcialmente dicha función en instituciones privadas y establecer los mecanismos para cautelar que se cumpla el objeto de darle plena efectividad al derecho, mas ello no implica desligarse de responsabilidad.

Es decir, si bien cada Estado puede decidir que rol cumplen los privados en la misión de darle plena efectividad a derechos humanos y de proveer los servicios que son necesarios para dicho objeto, en ningún caso ello significa que se permita al Estado desentenderse de dicha misión que le es propia y consustancial, como tampoco importa que por el hecho de ser desarrollado por privados deje de ser una función pública y se transforme en una actividad meramente privada.

Para muchos puede no solo ser necesario, sino que incluso deseable que los privados y, más amplio aun, la comunidad toda, se involucre y adopte un rol activo en la siempre ardua tarea de darle plena efectividad a los derechos humanos, pero sin perder nunca de vista que se trata de una función

⁵ Tribunal Constitucional, sentencia cit., C° 173.

⁶ Tribunal Constitucional, sentencia cit., C° 177.

pública puesto que mediante la misma se esta buscando satisfacer una necesidad pública.

Lo anterior se ha recogido, por ejemplo, en los principios rectores sobre las empresas y derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas (“ONU”), que señalan específicamente que *“Los Estados no renuncian a sus obligaciones internacionales de derechos humanos por privatizar la prestación de servicios con un posible impacto sobre el disfrute de los derechos humanos”*.⁷

En la misma línea, se ha establecido la responsabilidad directa del Estado cuando se trata de una persona o entidad que se encuentra facultada por el derecho para ejercer atribuciones de poder público, considerándose como un hecho propio del Estado.⁸

Por tanto, a diferencia de cualquier actividad privada donde el Estado puede ser responsable ante vulneraciones a derechos humanos por la falta de debida diligencia, tratándose de delegación de funciones públicas ejercidas por privados hay un matiz importante, puesto que el Estado en dicho caso conserva responsabilidad directa, y ello precisamente en atención que la función pública no muta en privada solo por el hecho de ejecutarse por privados.

A esta materia también se refiere la observación general N° 24 del Consejo Económico y Social de la ONU, que señala específicamente que la privatización no está en sí misma prohibida ni siquiera en esferas como la atención de salud, pero que sí los proveedores privados deberían ser objeto de normativas estrictas que les impongan las denominadas *“obligaciones de los servicios públicos”*, en atención a la necesaria universalidad de la cobertura y continuidad de los servicios.⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) en aplicación precisamente de lo que se ha venido diciendo, en el caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, que trata sobre vulneraciones de derechos humanos acaecidas en un centro de atención psiquiátrica privado que operaba dentro del marco del sistema público de salud de Brasil, señala que *“la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra*

7 Principios rectores sobre las empresas y derechos humanos, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Ginebra 2011, PÁGINA 9.

8 Artículo 5°, Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53° período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

9 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General N° 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, 10 de agosto del año 2017, párrafo 21.

en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado”¹⁰.

Y agrega: “La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible”.¹¹

En dicha sentencia el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, que por su claridad e importancia en la materia que se comenta se transcribe en parte, indica: “Es preciso destacar, sin embargo, como lo ha hecho la Sentencia, que cuando el Estado resuelve trasladar a otras manos la prestación de un servicio que naturalmente le corresponde -porque forma parte del acervo de derechos sociales a los que corresponden deberes estatales-, no queda desvinculado en absoluto -es decir, “excluido de responsabilidad estricta”- de la atención que se brinda a la persona cuyo cuidado confía a un tercero. La encomienda es pública y la relación entre el Estado que delega y el tratante delegado existe en el marco del orden público. El tratante privado sólo es el brazo del Estado para llevar adelante una acción que corresponde a éste y por la que el propio Estado conserva íntegra responsabilidad; es decir, “responde por ella”, sin perjuicio de que la entidad o el sujeto delegados también respondan ante el Estado”.¹²

Lo anterior, toda vez que se entiende que, como en el caso del derecho de acceso a la salud, si bien los privados pueden participar en la prestación del servicio es al Estado al que corresponde garantizar el derecho y, por ende, aunque lo delegue, debe seguir rigiéndose por normas de orden público, atendida precisamente el servicio de interés general que se está prestando y los especiales requerimientos de universalidad y continuidad con que el mismo debe cumplir.

Es decir, lo relevante es la naturaleza del servicio o función pública, ya que, al tratarse de protección de bienes públicos, su delegación a un privado no

¹⁰ Corte IDH, Ximenes Lopes vs Brasil, 4-07-2006, párrafo 86.

¹¹ Corte IDH, sentencia citada, párrafo 96.

¹² Corte IDH, sentencia citada, párrafo 26 del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez

cambia la naturaleza del servicio, y, por ello, la necesidad que el mismo se siga rigiendo por normas de orden público o se le impongan las “obligaciones de los servicios públicos”.

Si bien excede el alcance de este comentario, resulta interesante en esta materia lo que ha ido realizando la Unión Europea, reconociendo que lo importante es el fin o función que se ejerce, más que el sujeto u órgano que la ejerce¹³, y modificando la noción de servicio público por nuevas categorías como “servicios de interés general” que se han definido como “servicios que las autoridades públicas de los estados miembros catalogan como de interés general y, por tanto, se encuentran sujetas a obligaciones específicas de servicio público”¹⁴.

4. La función pública ejercida por privados en nuestro país.

En nuestra legislación, el artículo 3° de la Ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, establece que la finalidad de la administración del Estado es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente.

En relación con ello, y con motivo de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los Cuerpos de Bomberos, el Tribunal Constitucional señaló que había que distinguir entre funciones públicas, que son inherentes al Estado y sin las cuales no podría subsistir (refiriéndose a la función ejecutiva, legislativa y jurisdiccional) y el servicio público que, en cambio, se expresa en actividades que no pertenecen al Estado en su esencia, pero que este asume por razones técnicas, económicas y/o sociales, sin que eso impida la participación de particulares.

Junto con ello, el TC señala que hay que distinguir entre necesidad colectiva, que serían las propias de vivir en sociedad y que generalmente son cubiertas por las propias personas (v.gr. alimentación, vestuario) y la necesidad pública que es cuando el Estado asume esa necesidad colectiva como propia, citando doctrina que señala que “por esencia el servicio público tiene por objeto satisfacer una necesidad pública, es decir, algo que es indispensable y común a todo el pueblo”.¹⁵

13 Cfr. Rajevic Mosler, Enrique, *La Privatización de las funciones públicas en el urbanismo y la vivienda, Público y Privado en Derecho Administrativo*, Actas de las VIII Jornadas de Derecho Administrativo, Editorial Legalpublishing, 2011, p. 221 y ss.

14 Communication from the Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, a quality framework for Services of General Interest in Europe, Brussels, 20.12.2011, p. 3.

15 Cfr. Tribunal Constitucional, Rol 1295-2008, 6-10-2009, C° 53.

Si bien no comparto en su integridad la conceptualización que hace el TC, ni las conclusiones que deriva de la misma, lo cierto es que se da cuenta que el servicio público es el que tiene por objeto satisfacer necesidades públicas, y pueden participar en ello particulares.

Ahora bien, hay actividades de servicio público por la necesidad pública que deben satisfacer que considero que sí pertenecen al Estado en su esencia, y que son, como vimos, las que dicen relación, entre otros, con derechos sociales a los que corresponden deberes estatales, y que sin perjuicio que se pueden delegar en privados ello no implica el desentendimiento del Estado ni que deje de ser responsable directamente por los mismos.

Es decir, hay necesidades que son per se públicas, sin necesidad de que se publiquen ya que corresponden a obligaciones propias del Estado y, por ende, quien las satisfaga en todo o en parte, ejerce un servicio público.

Del razonamiento anterior, se sigue entonces que los servicios públicos, desde una perspectiva de objeto y no orgánica, se estarán prestando por particulares, cuando estos se involucren en la prestación de una necesidad pública.

En el mismo sentido, al interpretar la norma del artículo 8° de la Constitución Política de la República en su parte que dispone “*El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones*” para efectos de determinar si a un síndico se le aplica dicho principio, el TC señaló que: “*Este Tribunal ha reconocido en el pasado que no sólo los órganos del Estado ejercen funciones públicas, sino que también los privados [...]*

*Incluso, durante la elaboración del artículo 8° constitucional, en la reforma de 2005, se dijo que con la expresión “función pública” no se quería asimilar a funcionario. Ejercen función pública, se indicó, las personas que han sido designadas por decreto o resolución para efectuar en nombre del Estado un determinado cometido [...].*¹⁶

Esto es, no sólo se reconoce que los privados también pueden ejercer funciones públicas, sino que más importante aun que la naturaleza de la función que se ejerce puede determinar la aplicación de un régimen normativo particular, en este caso el referido al principio de probidad.

En otras palabras, el principio de probidad se aplica no en razón de tratarse de una institución pública o privada, sino de la función pública.

La importancia de la función más que de la persona que la ejerce también se puede apreciar en materia de responsabilidad del Estado, en donde

¹⁶ Tribunal Constitucional, Rol 1413-09, 16.II.2010, C° 14.

históricamente se ha realizado la distinción entre falta de servicio y falta personal, recogida en nuestra legislación por el artículo 44 de la ya referida Ley 18.575.

Así, en general la falta de servicio se entiende que la constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración, y que hay falta personal cuando esta responde a actos realizados en el ámbito de la vida privada del funcionario.

La falta personal es aquella, como ha señalado la doctrina, *“que es separable de la función; separación que puede ser material, por el hecho de tratarse de actos realizados fuera del ejercicio de toda función, en la vida privada del funcionario, por ejemplo, o psicológica, cuando el acto realizado ha obedecido a móviles personales, cuando se ha obrado con la intención de agraviar, casos en los cuales el funcionario se ha apartado de la finalidad de su función, o cuando ha existido por parte del autor una grave imprudencia o negligencia”*.¹⁷

Por tanto, lo que determina que exista o no falta personal es si el acto u omisión que genera responsabilidad se ejecutó en el ejercicio de la función pública, o con ocasión de ella; nuevamente la función en sí es la que determina el régimen jurídico aplicable, en este caso de responsabilidad.

6. Comentario a la resolución del TC en relación a la calificación del Servicio Público.

Como señalé en un principio, no es mi ánimo ni el objeto de este comentario, entrar a discernir si resulta procedente o no la objeción de conciencia institucional respecto de las instituciones que celebran convenios de salud, sino sólo se limita a los argumentos vertidos en la sentencia que se comenta en relación a la calificación del servicio público y las consecuencias normativas que de ello se derivan.

Así, en primer lugar, según lo que se ha venido diciendo, no cabe duda de que las prestaciones de salud en cuestión son una necesidad pública, responsabilidad inherente del Estado que puede delegarse en instituciones privadas, ello de conformidad a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por nuestro país y que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, a nuestra Constitución y que se refleja en el propio DFL 36 que regula los convenios de salud en cuestión.

En efecto, en su artículo 1° establece que las disposiciones del decreto se aplican a los convenios que celebren los Servicios de Salud con toda clase

¹⁷ Pierry Arrau, Pedro, *La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 1, 2000, p. 14.

de personas naturales o jurídicas, a fin de que éstas tomen a su cargo por cuenta de aquellos Servicios, alguna de las acciones de salud que les corresponde ejecutar.

Agrega luego en su artículo 2° que en dichos convenios la persona distinta del Servicio de Salud sustituye a éste en la ejecución de una o más acciones, sea por delegación, mandato u otra forma que les permita actuar y administrar por cuenta del Servicio, y que, de conformidad al artículo 13°, quedan adscritas al Sistema Nacional de Servicios de Salud, y se sujetaran en cumplimiento a las normas, planes y programas que haya impartido o pueda aprobar en la materia el Ministerio de Salud.

De esta manera, y tratándose de una estructura similar a la que analiza la Corte IDH en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, la encomienda a que se refieren los convenios en cuestión es pública y ello no se altera por ser ejecutado por privados, permaneciendo la responsabilidad del Estado por el servicio público que delega.

Asimismo, según la conceptualización que hace suya el TC, el servicio público tiene por esencia como objeto la satisfacción de una necesidad pública, independiente que ello se haga directamente por el Estado o a través de particulares.

Y, de igual manera, la función pública se entiende que existe cuando las personas han sido designadas por decreto o resolución para efectuar en nombre del Estado un determinado cometido.

De esta manera, y al contrario de lo que parece entender el TC en la sentencia que se comenta, el problema no se centra en determinar si muta la naturaleza de la institución privada por ejecutar estos convenios que tienen por fin la satisfacción de una necesidad pública en nombre del Estado, argumento que esgrimen los requirentes y que el Tribunal hace suyo.

Ello pues, no se trata de una modificación en la naturaleza del órgano o institución, dado que, como hemos visto, se admite que una necesidad pública o función pública sea ejecutada por particulares, sin que por ello estos pierdan su calidad de tal.

Entonces, el foco no está en el ejecutor, sino en lo que se ejecuta, esto es, determinar si el servicio público o la función pública modifica su naturaleza por el hecho que sea un privado el que la ejerce, y la respuesta como hemos visto aparece con toda claridad, no hay modificación en la naturaleza de la misma.

Es decir, entonces lo que define un servicio público o función pública para estos efectos, es su aspecto material u objeto si se quiere, y no el aspecto orgánico.

Lo mismo se predica de las actividades privadas que no constituyen una necesidad pública o función pública, y son ejecutadas por el Estado o sus organismos, ya que las mismas no mutan su naturaleza a públicas por el sólo hecho de ser ejecutadas por el Estado, y, por ello, entre otras consideraciones, es que dichas actividades deben someterse a la legislación común aplicable a particulares.

Pues bien, despejado lo anterior, ¿cuál es la consecuencia de que un particular preste un servicio público o ejerza una función pública?

En mi opinión, según lo expuesto, la respuesta es que dado que el servicio o función mantiene su naturaleza, el particular debe entonces someterse a su respecto a las “obligaciones de los servicios públicos”, tanto, por ejemplo, en lo relacionado a la aplicación del principio de probidad, como en las obligaciones que resultan de la naturaleza de los mismos y que dicen relación con la regularidad, continuidad e igualdad en la satisfacción de la necesidad pública.

Es decir, en todo lo que diga relación con la ejecución del servicio o función pública, el particular deberá someterse a todas las obligaciones que son inherentes a la misma, esto es, al régimen de derecho público que directa o indirectamente diga relación con asegurar la generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad del mismo, toda vez que es la única manera que no se afecte la naturaleza del servicio o función, que se cumpla con satisfacer la necesidad pública que es objeto de la misma y que el Estado no resulte responsable por el incumplimiento de sus obligaciones.

COMENTARIO AL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL REGLAMENTO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL (ROL 5572)

Tomás Blake y Patricia Miranda^{1,2}

Resumen

En la sentencia que se comenta, el Tribunal Constitucional cuestionó que los establecimientos privados de salud, que mantuvieran convenios con los servicios públicos de salud, no tuvieran derecho a ejercer la objeción de conciencia institucional. Esta restricción fue impuesta por la administración en cumplimiento de un dictamen de la Contraloría que entendió que, en presencia de tales convenios, las instituciones privadas “*toman el lugar*” del Estado. El Tribunal Constitucional descarta este entendimiento deslizando que la teoría del servicio público no tendría cabida en nuestro ordenamiento y asume una consagración amplia de la objeción de conciencia institucional. En el presente comentario sostenemos que aunque la posición de la Contraloría es discutible, la cuestión en torno a la objeción de conciencia institucional no puede entenderse zanjada y está abierta al debate democrático.

Introducción

La sentencia rol 5572, de 18 de enero de 2019, recae sobre un aspecto puntual de las controversias a que dio origen la Ley 21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (“Ley de Aborto”). Se trata únicamente de la reglamentación legal de la objeción de

1 Tomás Blake es abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez y Master en Derecho Público por la University College London. Patricia Miranda es abogada de la Universidad de Chile y Master en Derecho Público por la Universidad Paris II. Ambos son profesores de derecho administrativo de la Universidad Diego Portales.

2 Los autores agradecen las valiosas reflexiones compartidas con José Miguel Valdivia sobre la sentencia comentada.

conciencia, que por disposición de la ley correspondía desarrollar al Ministerio de Salud mediante la dictación de protocolos³.

En definitiva, la reglamentación ministerial impidió el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de establecimientos privados que tuvieran vigentes convenios con el sistema nacional de servicios de salud (Decreto Supremo N°67, de 23 de octubre de 2018). Esta regulación fue cuestionada por parlamentarios de gobierno, que recurrieron al Tribunal Constitucional (“TC”), dando origen a la sentencia que es objeto de este comentario.

Este comentario se divide en tres partes. La primera se refiere al contexto que dio origen a la actual controversia. La segunda analiza tres aspectos propios de la sentencia que se comenta: (a) la tensión entre el TC y la Contraloría General de la República; (b) la premisa sobre la que se construye el fallo, asentada en un fallo previo sobre la Ley de Aborto; y (c) la cuestión sobre la objeción de conciencia en el marco de actividades de servicio público. La tercera parte contiene las conclusiones.

1. El contexto de la discusión

Dos hitos son determinantes para comprender la actual discusión: (a) la sentencia rol 3729 del TC que recayó sobre la Ley de Aborto; y (b) el dictamen II.781 de la Contraloría que cuestionó la reglamentación ministerial sobre la objeción de conciencia institucional.

a. La sentencia rol 3729-2017

El punto de partida sobre la materia lo entrega esta sentencia que, en general, validó la constitucionalidad del aborto en las causales discutidas. Lo hizo, sin embargo, modificando la regulación sobre objeción de conciencia definida por el legislador. En efecto, la ley admitía la figura respecto del personal profesional que tuviera que participar en una intervención, pero excluía expresamente a las personas jurídicas: *“La objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución”*. Con fundamento en la autonomía constitucional de los grupos intermedios y la libertad de asociación, el TC estimó que la exclusión era contraria a la Constitución y dispuso la eliminación de las palabras *“en ningún caso”*. De esta manera, el TC terminó consagrando positivamente una regla inédita en el sistema chileno.

3 “El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia” (art. 119 ter).

No tiene sentido extenderse aquí sobre lo que hizo el TC entonces. Basta con señalar que el rasgo elemental del TC como un legislador negativo, con poder para vetar una regla pero no incorporar una nueva, parece abiertamente transgredido en el caso. Este es un límite pacífico que el propio TC ha reconocido en su jurisprudencia:

“[L]o que el requirente solicita, en consecuencia, no es que se le deje de aplicar un precepto legal por ser contrario a la Constitución, que es la tarea que la Carta Fundamental confiere a esta Magistratura, sino que el precepto le sea aplicado, pero que este Tribunal altere la norma y más precisamente que le cambie los efectos queridos por el legislador para el caso de cumplimiento de ciertos requisitos por otros diversos y más amplios. La solicitada es una tarea distinta a la de inaplicar preceptos (que cierta doctrina suele denominar legislador negativo). El intentado es un requerimiento para modificar la ley, en un sentido que, aunque pudiera considerarse más acorde con la Constitución, esta Magistratura no puede acometer sin exorbitar la competencia que la Constitución le asigna” (rol 686 de 2007, citada en rol 4654 de 2018).

Más cuestionable resulta este proceder en el caso, pues la materia sobre la cual el TC buscaba innovar es objeto de intenso debate en nuestros días. En el polémico caso *Burwell vs. Hobby Lobby Stores* la Corte Suprema de Estados Unidos -en voto dividido- admitió que personas jurídicas con fines de lucro invocaran el derecho a la libertad religiosa para eximirse del cumplimiento de ciertos deberes legales. Sin embargo, no lo hizo en términos abstractos sino atendiendo a la singularidad de la empresa reclamante, una empresa familiar calificada como *close corporation*. Al respecto sostuvo que las empresas en cuestión “son corporaciones estrechamente controladas, cada una de propiedad y controlada por miembros de una sola familia, respecto de la cual nadie ha cuestionado la sinceridad de sus creencias religiosas”.⁴

Una discusión similar se ha planteado en torno a las “empresas de tendencia”, que se articularían en torno a un tipo de creencias específicas (típicamente religiosas, por ejemplo). Tales organizaciones podrían en ciertas ocasiones

⁴ “The companies in the cases before us are closely held corporations, each owned and controlled by members of a single family, and no one has disputed the sincerity of their religious beliefs”, *Burwell Secretary of Health and Human Services, et al. v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 30 de junio de 2014, p. 29.

seleccionar a sus empleados en función de las creencias que profesan. En tanto supone afectar el principio de no discriminación, la idea sólo ha sido acogida restrictivamente en ciertos ordenamientos. Así, por ejemplo, la Directiva 2000/78 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2000, admite que no constituye discriminación “una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización” (art. 4)⁵.

Como lo muestran estos ejemplos, el reconocimiento de algo así como la “conciencia” de las personas jurídicas es un asunto de gran controversia actual. Su admisión en el derecho comparado no es unánime y ha procedido en hipótesis bien precisas. La pretensión del TC de extraer un derecho a la objeción de conciencia genérico desde valores amplios como la autonomía de los cuerpos intermedios o la libertad de asociación no se condice con el esfuerzo teórico que se aprecia en el derecho comparado.

b. El dictamen 11.781 de 2018

Según se señalara, la Ley de Aborto remitió al Ministerio de Salud la regulación – mediante protocolos– de las modalidades de la objeción de conciencia en las prestaciones médicas que rodean el aborto. El Ministerio dictó un protocolo extendiendo la objeción de conciencia a todos los establecimientos privados, con independencia de si mantenían o no convenios con los servicios de salud (Resolución Exenta 434, de marzo 2018)⁶.

Esta resolución fue sometida al control de la Contraloría, quien sostuvo dos conclusiones fundamentales: (i) que la regulación sobre este tipo de asuntos debía efectuarse por medio de genuinos reglamentos, expedidos por el Presidente de la República (y no mediante meros protocolos); y (ii), que en la materia el reglamento no hubiera podido comprender dentro del ámbito de la objeción de conciencia a las instituciones que tuvieran convenios vigentes con los servicios de salud.

5 Para una visión general sobre la materia y su tratamiento en el derecho nacional y comparado, véase Lüer, Nicole, *Empresas de Tendencia en Chile*, Santiago: Thomson Reuters, 2013.

6 Esta regulación, a su vez, se dictó en reemplazo de la dictada por el gobierno anterior, que había restringido la objeción de conciencia institucional a los establecimientos privados que no tuvieran convenios vigentes con el Estado (Resolución Exenta 61, de enero de 2018).

Tampoco cabe extenderse aquí sobre esta decisión. La primera parte del dictamen es discutible, porque la atribución de competencias normativas a un órgano distinto del Presidente de la República no está necesariamente reñida con el sistema constitucional⁷. Es el segundo punto el que da origen a la discusión ante el TC: el gobierno, forzado por el dictamen, elabora un nuevo reglamento impidiendo esta vez que los establecimientos privados sujetos a convenios con los servicios de salud invocaran la objeción de conciencia institucional. La regla en cuestión disponía: “Los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objeto de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón”⁸.

2. La sentencia del TC

a. El TC contra la Contraloría

El fallo del TC desarticuló la referida disposición reglamentaria, censurando, en lo formal, un acto del gobierno. Sin embargo, en el plano sustantivo la discusión tiene por contendiente a la Contraloría que, por efecto de su dictamen, puso al gobierno en posición de defender una regulación que no compartía. Así, en verdad, el conflicto no es entre el gobierno y el TC, sino entre la Contraloría y el TC.

Tanto el TC como la Contraloría son órganos de fuente constitucional, lo que da cuenta de su importancia en el orden institucional del país. Por eso, llama la atención la forma en que el TC se refiere a la Contraloría al acusarla de haber anticipado juicios sobre el fondo de la cuestión discutida:

“Que, desde luego, no corresponde al Tribunal Constitucional revisar el itinerario seguido, en esta oportunidad, por el Ejecutivo y la Contraloría General. Mas, sí le es dable observar que esa Entidad Fiscalizadora anticipó su parecer sobre el fondo del asunto, en circunstancias que ello solo podía hacerlo al tomar razón o representar el acto reglamentario de

⁷ Se trata de una técnica legislativa bien asentada de nuestro sistema, en el cual prácticamente todas las superintendencias cuentan con potestades normativas. Sobre este punto véase Valdivia, José Miguel y Blake, Tomás (31 de mayo de 2018), La objeción de Contraloría al protocolo de aborto, *El Mercurio Legal*, recuperado de <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/05/31/La-objecion-de-Contraloria-al-protocolo-de-aborto.aspx>

⁸ Decreto Supremo N°67, del Ministerio de Salud, de 23 de octubre de 2018.

rigor, en conformidad con el artículo 99 de la Constitución Política. (...) Así, se alteró el procedimiento constitucional previsto al efecto: comoquiera que el Ejecutivo no pudo impugnar el susodicho dictamen anticipatorio, expedido a solicitud de ciertos parlamentarios y entidades privadas, siendo obligatorio, debió invocarlo como sustento del reglamento. Al paso que la Contraloría General tomó razón pura y simplemente de él el 19 de octubre de 2018, en vez de haberlo representado y dar lugar a los mecanismos con que cuenta el Jefe de Estado para superar esta representación, según se trate de vicios de inconstitucionalidad o de ilegalidad” (c. 17).

Ante todo, la reprimenda no parece avenirse a las formas con que debieran conducirse las relaciones entre organismos constitucionalmente relevantes como el TC y la Contraloría. Pero, además, el cuestionamiento carece de sustento. A juicio del TC, la Contraloría solo podría haber planteado su parecer al momento de la Toma de Razón y al no hacerlo así “alteró el procedimiento constitucional”. Pero es bien sabido que la Contraloría controla la legalidad de los actos de la administración mediante dos vías: la Toma de Razón, preventivamente, y la emisión de dictámenes, represivamente.

En la actualidad, la potestad dictaminante ocupa un lugar prominente en el panorama de mecanismos de control de la actividad administrativa. El carácter de “jurisprudencia administrativa” que la ley otorga a los dictámenes confiere a éstos un efecto vinculante más allá del caso concreto (Ley 10.336, art. 6). El propio TC validó esta potestad en un reciente y categórico pronunciamiento: “carece de fundamento plausible la argumentación de que la Constitución Política de 1980 repudiaría la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República para interpretar las leyes y reglamentos que rigen a la Administración”⁹. De esta manera, el reproche del TC, y sobre todo su severidad, aparecen como inapropiados.

b. La premisa del fallo

El fallo se construye sobre la premisa fundamental de que la discusión en torno a la objeción de conciencia institucional ya fue resuelta en la sentencia rol 3729, sobre la Ley de Aborto:

⁹ Sentencia rol N°6900, de 13 de agosto de 2019, c. 5°.

“Que, seguidamente, conviene precisar que la Ley N° 21.030, que despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, fue aprobada por esta Magistratura en condiciones tales que la objeción de conciencia institucional pudiera tener lugar de modo amplio y sin limitaciones” (c. 4).

El razonamiento del TC opera sobre la idea de algo ya zanjado, que no procedería replantear. Por eso, en algún grado se esfuerza en mantener incólume lo ya resuelto entonces. Este esfuerzo, sin embargo, es muy discutible, pues el fallo de 2017 se construye sobre una creación del propio TC. El legislador no reconoció en la Ley de Aborto -ni lo ha hecho en ninguna otra- la objeción de conciencia institucional; es más, la negó. La figura, entonces, se incorpora al ordenamiento jurídico por efecto de la censura del TC a unas cuantas palabras de la ley, modificando enteramente su sentido. Con todo, más allá de lo polémico de su incorporación, es inequívoco que la objeción de conciencia carece de una regulación integral. En este contexto, nos parece que no corresponde pretender clausurar el debate democrático en torno a la materia.

Desde el plano procesal tampoco hay categóricas jurídicas que permitieran al TC “ejecutar” lo juzgado en 2017. El sistema no provee reglas sobre la cosa juzgada en sede constitucional o la ejecución de los fallos del TC. Frente a la incertidumbre, nuevamente parece razonable deferir en los órganos democráticos un margen de maniobra para la implementación de lo resuelto en sede constitucional. La idea misma de un “legislador negativo” sugiere una intervención limitada del TC, no susceptible de agotar los asuntos en los que interviene.

Al no contar con una regulación típica que agote sus problemas, diversas preguntas quedan abiertas en torno a la objeción de conciencia institucional. Al menos son imaginables dos series de cuestionamientos. Ante todo, si uno de los fundamentos de la figura se encontraría en la libertad de asociación, ocurre que no toda institución hospitalaria tiene su origen en la sociabilidad humana. Por de pronto las fundaciones no surgen de la asociabilidad, sino que de la “afectación de bienes a un fin” (Código Civil, art. 545). Como sostiene Ferrara, criticando la teoría de la realidad de las personas jurídicas, el elemento colectivo que daría vida a una entidad autónoma es contingente en las fundaciones:

“En muchas fundaciones de beneficencia, de culto, etc., hay un solo administrador, con frecuencia una autoridad, como el síndico, el pretor, el obispo o un administrador, con derecho de nombramiento del sucesor, y es claro que, en tal caso un solo individuo no puede formar un ente colectivo. Puede suceder también que el mismo fundador sea el que administre durante su vida la fundación; entonces debería pensarse que forma un organismo social, animado y dominado por una partícula de su voluntad misma, separada y contrapuesta a él en forma autónoma”¹⁰.

Atendida la relevancia de las fundaciones en el contexto de los credos religiosos y su proyección en obras sociales (hospitales), el fundamento ofrecido por el TC es problemático.

Una segunda cuestión concierne al impacto que la objeción de conciencia institucional tendría en los trabajadores de la institución objetora. Si es la libertad de conciencia el valor supremo en juego, cabría esperar una solución que ponderara todas las libertades envueltas, y no solo las de quienes dirigen las instituciones. Una genuina preocupación por la libertad de conciencia debería conducir a un mecanismo más matizado, evitando o restringiendo los ámbitos en que la “conciencia institucional” pueda operar como un medio de supresión de convicciones individuales.

c. La cuestión de la objeción de conciencia institucional en el marco de actividades de servicio público

En el dictamen 11.781 la CGR dio a entender que las instituciones privadas que mantienen convenios con los servicios de salud debían entenderse sujetas al mismo régimen legal de tales servicios:

“cuando una entidad suscribe un convenio al amparo del citado decreto con fuerza de ley con los mencionados Servicios de Salud, aquélla toma el lugar del respectivo servicio para los efectos de otorgar las prestaciones de salud convenidas, es decir, al ejecutar la acción de salud de que se trate, la entidad contratante se encontrará desarrollando una función pública”.

Luego, considerando que dicha función se cumple con recursos públicos, les

¹⁰ Ferrara, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, Granada: Ed. Comares, 2006, pp. 158-159.

sería extensible el deber de prestar las atenciones de salud de que se trate, sin posibilidad de invocar la objeción de conciencia institucional.

La idea es delicada y, por cierto, susceptible de discusión, pero el TC respondió a ella con similar dogmatismo, sugiriendo que la teoría del servicio público no sería extensible al derecho chileno. Lo dice en términos más tues: los supuestos de la concepción francesa del servicio público “no son del todo compatibles con el derecho público chileno” (C°18). Con ello, sugiere que no existiría una cláusula que permita la aplicación de un régimen jurídico de derecho público en estos casos (acceso universal, igualdad, continuidad, entre otras)¹¹.

Según el TC, el origen de la teoría francesa del servicio público se hallaría en “los problemas que suscitó la implementación de la Ley Le Chapelier de 1791, que abrogó todos los cuerpos intermedios de la sociedad”. Como el Estado no habría podido hacerse cargo de todas estas funciones por sí mismo, se articuló la figura de la concesión de servicio público “como un contrato que permite al estado ‘delegar’ en los privados su llevanza, sin menoscabo de la facultad del Estado para disciplinar esa actividad y para rescatar su titularidad” (c. 18).

La idea merece reparos por al menos dos órdenes de consideraciones. En primer lugar, la Ley Le Chapelier, en aras de reforzar la libertad de empresa, pone fin a las corporaciones profesionales reivindicando la igualdad de todos los ciudadanos; mientras las posibilidades de progreso social estaban asociadas a la pertenencia de un individuo al grupo, la ley buscó reafirmar la condición igualitaria de toda persona. ¿Se opone esa ley a todos los cuerpos intermedios? La experiencia muestra que no. Por de pronto, y más allá de la difícil supresión de la familia como cuerpo intermedio, la ley no se opuso a la formación de sociedades civiles o mercantiles de personas, o más tarde anónimas o de capital. Por lo demás, habría sido un contrasentido que una ley fundada en la libertad de empresa tuviera por efecto conspirar contra este tipo de sociedades.

En segundo lugar, y como explica la doctrina, la concesión surge en el derecho francés a fines del siglo XIX, de la reticencia de la administración para asegurar, por sí misma, la gestión de actividades económicas. Se considera, desde una perspectiva política, que la gestión directa de este tipo de

¹¹ La noción de servicio público remite a una actividad de interés general, asegurada por la administración o por un particular, regulada por un régimen de derecho público. Gaudemet, Yves, *Traité de Droit Administratif*, París: L.G.D.J., 16° ed., 2001, pp. 737 y ss.

actividades sería contraria al liberalismo económico. Desde una perspectiva técnica, además, la administración no sería la más apta para este tipo de tareas. Son este tipo de razones las que explicarían su delegación a empresas privadas¹². Nada de esto parece contrario al régimen chileno. Ni la igualdad ante la ley ni la sobrevivencia de las actividades empresariales son contrarias o incompatibles con el régimen chileno¹³.

La doctrina del servicio público de la primera mitad del siglo XX buscó dar una justificación sustantiva a las misiones del Estado, más allá de su fisonomía formal como operaciones políticas o de superioridad potestativa, o en manos de un órgano de la administración. A partir de ahí la idea de servicio público se erige en una finalidad propia del Estado que opera como criterio distintivo de varias instituciones jurídicas (organización, función pública, contratos, etc.).

En este sentido, la noción de servicio público sirve para justificar ciertas operaciones de la administración, como algunos contratos y, en lo que aquí interesa, para entender la regulación de algunos sectores de actividad privada¹⁴. Asumiendo que las prestaciones abortivas son hoy día parte del mínimo esperable en un servicio público de salud, ¿es razonable que un privado que se obliga a suplementar la oferta del sector público se niegue a darlas? Atender a la regulación de los convenios entre los servicios de salud e instituciones privadas es ineludible para responder a esta pregunta.

Esta regulación se encuentra en el DFL 36 de 1980, del Ministerio de Salud, que dispone:

“Los convenios regidos por este decreto serán aquellos en cuya virtud un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud sustituye a éste en la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o de rehabilitación de enfermos...” (art. 2).

Es cierto que la idea de “sustituir” al servicio puede generar la impresión de

12 Chevallier, Jacques, “Essai sur la notion juridique de service public”, *Publications de la faculté de droit d'Amiens*, número 7, 1976, p. 141.

13 Es más, la concepción del sistema chileno que el TC nos propone no da cuenta de las variadas actividades que se prestan bajo concesión en Chile (servicios eléctricos, sanitarios, de telecomunicaciones, entre otros) y que se rigen por regímenes derogatorios del derecho común. Precisamente por tratarse de actividades dirigidas a satisfacer una necesidad de interés general, la doctrina del servicio público proporciona categorías analíticas que facilitan su entendimiento.

14 Sus orígenes se encontrarían en la obra del consejero de Estado Georges Teissier, quien a principios del siglo XX sostuvo que la competencia de la jurisdicción administrativa y, en consecuencia, la aplicación del régimen administrativo se fundaría en la noción de servicio público.

una sumisión al régimen de derecho público en los mismos términos de aquél. Atendido que el Estado tiene el deber constitucional de proveer salud, parece razonable esperar que cuando los privados sustituyen al Estado en esta función lo hagan en condiciones análogas. Esta idea, sin embargo, no encuentra mayor respaldo en el DFL 36, que en otra de sus disposiciones exige que los convenios contengan una configuración específica de los deberes asumidos:

“Las acciones de salud que constituyan el objeto del convenio deberán especificarse y detallarse en su texto, de modo que no exista confusión respecto de los deberes y prohibiciones que en su virtud asuman los organismos, entidades o personas con quienes ellos se celebren” (art. 8).

Así, el propio DFL parece descartar la posibilidad de deberes implícitos. Por eso, la idea de una extensión automática y general del estatuto de los servicios públicos a instituciones privadas carece de sustento normativo. La mera invocación a la noción de sustitución no nos parece suficiente, pues la ley exige dotar de contenido concreto a esa sustitución, precisamente para evitar “confusión” en cuanto a los deberes asumidos.

Por cierto, habría que analizar en detalle el contenido de cada convenio para determinar el alcance de las obligaciones asumidas. Sin embargo, el marco general que establece el DFL 36 impide imponer a las instituciones privadas deberes o prohibiciones no expresamente previstos en los convenios. Así, la idea de sustitución no resuelve la pregunta por la objeción de conciencia institucional en el marco de funciones entendidas típicamente como de servicio público.

Conclusiones

La sentencia comentada en estas líneas sólo se refiere al alcance de la objeción de conciencia institucional. Este aspecto, sin embargo, se enmarca en una discusión más amplia a la que dio lugar el control de constitucionalidad de la Ley de Aborto. Es en esa primera sentencia donde el TC pretendió fijar el marco conceptual general de la objeción de conciencia.

La Contraloría sostuvo que la circunstancia de que instituciones privadas de salud mantuvieran convenios con servicios de salud impedía a los primeros objetar la prestación de servicios abortivos. En tanto colaboradores del servicio público, las instituciones privadas tomarían el lugar del Estado, debiendo sujetarse al estatuto del derecho público. Esta conclusión es compleja

y carece de suficiente sustento normativo, pero nos parece que no justifica la reacción del TC que, para desestimarla, desconoce toda pertinencia de la teoría del servicio público en nuestro medio.

Por efecto de eliminar unas cuantas palabras de una disposición de la Ley de Aborto, el TC consagró positivamente una regla que admite la objeción de conciencia institucional. Esa consagración, sin embargo, está lejos de configurar una regulación integral de la materia y diversas preguntas permanecen abiertas. La discusión sobre ellas no puede entenderse clausurada a los órganos deliberativos, como parece entender el TC.

LA RECIENTE REGLAMENTACIÓN DEL ACOSO SEXUAL EN LAS UNIVERSIDADES CHILENAS. UNA MIRADA CONSTITUCIONAL

Estefanía Esparza Reyes^{1,2}

Resumen

El objetivo del presente trabajo es visibilizar el acoso sexual que se produce en las universidades como una forma de discriminación contra las mujeres. Particularmente, sostiene que los reglamentos que proscriben el acoso sexual adoptados por la mayoría de las Universidades nacionales como consecuencia de las movilizaciones feministas de mayo 2018, no son meras concesiones de las autoridades, sino son el cumplimiento de obligaciones que provienen, también, de la propia estructura de los derechos fundamentales.

Introducción

Para muchas personas, las movilizaciones feministas de mayo del pasado año resultaron por decir lo menos, una novedad. Ello desde varias perspectivas, la primera fue la forma en que se llevaron a cabo las movilizaciones, una manera provocadora que intentaba llamar la atención de los medios de comunicación y de la ciudadanía en general.

Lamentablemente varios sectores, guardaron en la retina sólo estos aspectos externos o de forma, de las manifestaciones. En un sentido similar, gran parte de la población no imaginó que enormes masas de mujeres pudiesen unirse a lo largo de Chile por una causa común, cuestión que también llamó

1 Académica Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de La Frontera, Temuco, Chile. Este trabajo es resultado parcial del proyecto Fondecyt-INI 11170788 “Configuración de las bases del Derecho Antidiscriminatorio en Chile a través de sus principios jurídicos”. Correo electrónico estefania.esparza@ufrontera.cl.

2 Agradezco el valioso esfuerzo de recopilación de instrumentos de regulación del acoso sexual en Universidades chilenas de las talentosas estudiantes de Derecho de la Universidad de La Frontera Victoria Azócar Pitripan; Beatriz Cáceres Ceja; Ana Parada Flores; Daniela Suazo Muñoz y Fernanda Villalobos Aguilera.

la atención de la población. Por otra parte, aún no siendo una realidad nueva, a un importante sector del país le causó una profunda impresión algunas de las demandas de tales movimientos estudiantiles: erradicar el acoso sexual que viven (vivimos) las mujeres, en los lugares de estudio y de trabajo. Una realidad que existe y ha existido desde tiempos antiguos y que algunos sectores no vieron (o no quisieron ver) sino hasta que las estudiantes dijeron no más. El acoso sexual, así como la discriminación de género tienen en común, que son clases de violencia contra las mujeres, la cual se encuentra proscrita en los tratados internacionales ratificados por Chile, ello, aunque no existe una norma específica que proscriba todas sus formas.

Frente a este panorama, resulta interesante cuestionarse si la actual regulación del acoso sexual que han adoptado distintas universidades nacionales constituye el cumplimiento de un deber constitucional de protección, o simplemente se trata de concesiones que tales casas de estudio pueden o no adoptar.

1. Breve panorama general sobre la normativa de acoso sexual en Chile.

La Carta fundamental no contempla alusiones al acoso sexual. Sin embargo, diversos tratados internacionales han incorporado directa o indirectamente su erradicación como una obligación estatal, entre ellos cabe mencionar la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979; la Plataforma de Acción de Beijing de 1995; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (Belem do Pará) de 1994, el Convenio III sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1959, así como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales 169 de 1989 de la misma organización, que prohíbe específicamente el acoso sexual en el lugar de trabajo.

En el ámbito laboral, la ley 20.005 de 2005 tipifica y sanciona el acoso sexual en materia laboral, estableciendo modificaciones al Código del Trabajo y el Estatuto administrativo. De esta forma, su artículo 1° indica que constituye acoso sexual “el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.”. Como puede notarse de la simple lectura, la definición presenta algunas falencias importantes, entre las que cabe destacar la dificultad de determinar qué significa una “forma indebida”, así como los “requerimientos de carácter sexual” y de manera más patente la exigencia de que dicho acto

perjudique o amenace las oportunidades en el empleo. En un sentido similar, la misma ley indica que el procedimiento a seguir en casos de acoso sexual comienza con una denuncia en la dirección de la empresa, establecimiento o servicio o a la respectiva Inspección del Trabajo, no estableciéndose la posibilidad de que se realice directamente una denuncia ante los tribunales laborales, aunque en la práctica se ha admitido que el acoso sexual sea una causa del autodespido y que además ocasiona la posibilidad de accionar por tutela de derechos fundamentales (p.e. causa T-37-2018 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago).

Por otra parte, aunque el tipo correspondiente al acoso sexual es aplicable a los/as funcionarios/as públicos/as, por expresa disposición del artículo 2° de la ley 20.005, hasta hace muy poco tiempo, tales conductas sólo eran sancionables en caso de que se produjeran en el ámbito laboral. Esta falencia vino a ser subsanada parcialmente con la adopción de la ley 21.153 de 2019 que modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos. Dicha norma contempla, en realidad dos tipos penales diferenciados, por una parte, el delito de acoso sexual propiamente tal, incorporado al artículo 494 ter del Código Penal en los siguientes términos “Comete acoso sexual el que realizare, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, y que no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave, que consistiere en:

1. Actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos. En este caso se impondrá una multa de una a tres unidades tributarias mensuales.
2. Conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito. En cualquiera de estos casos se impondrá la pena de prisión en su grado medio a máximo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales.”

Tal definición resulta mucho más ajustada a los estándares internacionales, pues no solo sancionan conductas de tipo *quid pro quo* o de chantaje, sino en los aspectos de naturaleza sexual y el daño a la dignidad de las personas, de modo que resulta más consistente con las últimas definiciones de acoso sexual en los sistemas comparados, como por ejemplo la establecida en el art. 7.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que define el acoso sexual en los siguientes términos “... a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento,

verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.”.

La misma Ley 21.153 contempla otra figura delictiva similar, se trata del artículo 161-C que castiga la captación y/o difusión de registros, en sentido amplio, y sin el consentimiento de la víctima de genitales u otra parte íntima con fines dispone: “Se castigará con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales, al que en lugares públicos o de libre acceso público y que por cualquier medio capte, grabe, filme o fotografíe imágenes, videos o cualquier registro audiovisual, de los genitales u otra parte íntima del cuerpo de otra persona con fines de significación sexual y sin su consentimiento.

Se impondrá la misma pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de diez a veinte unidades tributarias mensuales, al que difunda dichas imágenes, videos o registro audiovisual a que se refiere el inciso anterior.

En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta, la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales.”.

En cuanto a disposiciones infralegales, el año 2018 se adoptó el instructivo sobre igualdad de oportunidades y prevención y sanción del maltrato, acoso laboral y acoso sexual en los Ministerios y servicios de la administración del Estado. En él se contemplan medidas preventivas del acoso sexual en el ámbito que indica, así como reglas sobre los procedimientos de denuncia. En un sentido similar, el Servicio Civil adoptó las Orientaciones para la elaboración de un procedimiento de denuncia y sanción del maltrato, acoso laboral y sexual, instrumento que siguiendo la definición de acoso sexual de la ley 20.005 entrega orientaciones concretas sobre la materia. En el ámbito de la educación superior, el año 2017 se adoptaron sugerencias para la elaboración de protocolos de acoso sexual en la educación superior, texto elaborado por el Ministerio de Educación³.

Es del caso mencionar que Chile ha recibido recomendaciones por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en sus observaciones finales (2012)⁴ tendientes a tipificar el acoso sexual que se rea-

3 Ministerio de Educación: Protocolos contra el acoso sexual en educación superior. Sugerencias para su elaboración, 2017.

4 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile (1° a 19 de octubre de 2012).

liza fuera del ámbito laboral, temática que no se abordó en las últimas observaciones finales (2018)⁵, pero también, por parte del Comité de expertas del mecanismo de seguimiento de la Convención Belém Do Pará (2017)⁶.

De este modo, puede afirmarse, especialmente del análisis de las disposiciones legales sobre acoso sexual, que sus definiciones solo son en parte coincidentes y poseen importantes falencias en su regulación.

2. La realidad antes y después de 2018

Existe una realidad que las movilizaciones feministas no pudieron cambiar, ni antes de mayo de 2018 ni ahora, no contamos con cifras oficiales sobre acoso sexual en las universidades, aunque sí se han publicado estudios periodísticos que dan cuenta de la cantidad de denuncias en diversas casas de estudio⁷ y existen cifras parciales sobre acoso sexual en el ámbito laboral⁸, así como encuestas de percepción que indican que un 90% de las mujeres encuestadas se ha sentido acosadas sexualmente alguna vez en la vida⁹.

De acuerdo a una base de datos de elaboración propia¹⁰ de las 60 universidades reconocidas por el Ministerio de Educación¹¹, en la actualidad 42 universidades cuentan con protocolos sobre género y acoso sexual, otras 7 poseen algún reglamento o instrumento equivalente, mientras que de 11 no fue posible obtener dicha información, circunstancia que hace plausible que algunas de ellas no dispongan de instrumentos de regulación.

- 5 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile (2018).
- 6 Mecanismo de seguimiento Convención Belém Do Pará: Informe sobre Chile. Análisis de la respuesta del Gobierno de Chile al cuestionario para la evaluación de la implementación de los indicadores de progreso para la medición de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer “Convención Belén Do Pará”.Decimocuarta reunión de expertas (27 y 28 de Noviembre de 2017).
- 7 Periódicos como La Tercera; El Mercurio y la Revista Qué Pasa, han publicado, en distintos momentos, la cantidad de denuncias existentes en distintas universidades por Acoso Sexual.
- 8 La Dirección del Trabajo, ha recibido durante al año 2018, 522 denuncias por acoso sexual a lo largo de Chile, mientras que en el primer trimestre de 2019 se han interpuesto 142 denuncias. Tales denuncias no incluyen las acciones judiciales interpuestas directamente ante tribunales, y las que se resuelven sólo dentro del espacio laboral. Fuente: <https://www.dt.gob.cl/portal/1629/w3-article-116793.html>. Última consulta 30 de agosto de 2019.
- 9 La encuesta de ha realizado desde el año 2004 por la Corporación Humanas. Fuente: <http://www.humanas.cl/?p=17129>. Última consulta 30 de agosto de 2019.
- 10 La metodología para la elaboración de la base de datos consistió en una primera revisión de las páginas web de las distintas universidades; envío de correos electrónicos a funcionarios de distintas reparticiones dentro de las Universidades, principalmente vicerrectorías académicas y/o secretarías generales y, por último, llamados telefónicos a las mesas centrales.
- 11 Fuente: <https://www.mifuturo.cl/buscador-de-instituciones/>. Última consulta 30 de agosto de 2019.

Sin lugar a dudas, estas cifras se deben al impulso de las movilizaciones feministas, por cuanto estudios realizados con anterioridad al inicio de tales demandas concluían que de las 60 universidades existentes, a noviembre de 2018, sólo 7 de ellas contaban con un protocolo sobre acoso sexual¹², aunque ellos presentaban importantes falencias.

Los actuales instrumentos universitarios de proscripción del acoso sexual, en cualquiera de sus formas resultan sumamente distintos entre sí, no pudiendo establecerse parámetros generales.

Las diferencias más relevantes se manifiestan en los siguientes aspectos: a) Algunos instrumentos se refieren expresamente al acoso sexual, mientras que otros, aunque no se reconoce expresamente, puede incluirse dentro de otras, tales como la violencia de género; b) algunos crean sus propias definiciones de acoso sexual, mientras que otras incorporan la las tipificaciones legales; c) algunos consideran acoso sexual solo a las conductas de tipo *quid pro quo*, mientras que otros se centran en la afectación de la dignidad que tales actos produce en la víctima; d) algunos consideran la creación de unidades especializadas de género o de no discriminación, encargadas de velar por el cumplimiento de las disposiciones pertinentes, mientras que otros entregan tal labor a organismos universitarios que también desempeñan labores propiamente universitarias; e) en algunos instrumentos se incorporan principios que deben guiar los procedimientos, mientras otros no lo contemplan; f) en algunos casos se consagra un procedimiento de investigación y sanción específicos de tales conductas, mientras que otros consideran la aplicación de reglas generales de transgresión a normativa universitaria; algunos de los reglamentos consideran agravantes, como la reiteración, mientras que otros no contemplan esta posibilidad; g) algunos consideran sanciones específicas, mientras que otros solo indican que ellas deben ajustarse a la normativa universitaria; h) algunos contemplan expresamente medidas de protección a las víctimas, mientras otras no lo hacen; i) y por último, sólo algunos instrumentos consideran medidas preventivas, mientras que otros no las contemplan.

Es del caso mencionar que mientras algunos instrumentos resultan sumamente completos y adecuados a los estándares internacionales de la materia, mientras que otros no cumplen con tales exigencias y se limitan a declaraciones que no cuentan con mecanismos de sanción y protección a las víctimas.

¹² Muñoz-García, Ana Luisa; Follegati, Luna & Jackson, Liz, "Protocolos de acoso sexual en universidades chilenas: Una deuda pendiente" CEPPE Policy Briefs, N° 20 (Centro UC Estudios de Políticas y Prácticas en Educación), pp. 1-6.

Por todo lo anterior, no es posible analizar de manera conjunta toda la regulación universitaria disponible, sino solo acercamientos parciales a la misma.

3. Acoso como vulneración de los derechos fundamentales: Acoso sexual como discriminación contra las mujeres.

El acoso sexual contra las mujeres se relaciona de manera estrecha con varios derechos. De este modo resulta evidente que tal conducta puede vulnerar el derecho a la integridad física y psicológica; el derecho a la salud; a la honra y el honor; el derecho a la privacidad o intimidad; el derecho al trabajo, entre muchos otros. Sin embargo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha planteado de manera persistente esta temática como una forma de violencia contra la mujer o de género y una vulneración al derecho a no ser discriminado.

La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993¹³ en su artículo 2.b señala que el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales, así como en otros lugares, constituye violencia contra las mujeres. En un sentido similar la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres de 1994 en su artículo 1.b considera que constituye violencia contra las mujeres, la misma conducta de acoso y hostigamiento sexual en los lugares indicados pero agrega las conductas que se producen en establecimientos de salud.

De esta forma resulta una doctrina asentada que el acoso sexual, entre ellos el que se produce en el contexto universitario, es una forma de violencia, especialmente contra las mujeres, en consecuencia su proscripción, aún sin norma escrita que le consagre, puede fundarse en las disposiciones que prohíben la violencia de género.

Ahora bien, cabe preguntarse si existen otras opciones normativas para fundar una proscripción general de acoso sexual en el contexto universitario, particularmente si el acoso sexual que se produce en las universidades constituye una forma de discriminación y/o vulneración del derecho a la igualdad, particularmente en contra de las mujeres.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido pionero en considerar que el acoso sexual es una forma de discriminación. Así por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer en su recomendación 19 de 1992 párrafo 1 y la Plataforma de Acción de Beijing de

¹³ Resolución 48/104 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

1995 en su párrafo 178 señalan el acoso sexual como una forma de discriminación, afirmación que se ha afianzado con el pasar del tiempo¹⁴. De igual forma, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT¹⁵ ha entendido que el acoso sexual es una forma de discriminación. A una conclusión similar puede arribarse de una interpretación sistemática de las disposiciones, en cuanto el acoso sexual es una forma de violencia contra las mujeres, la que, a su vez, ha sido considerada una de las peores formas de discriminación basada en el sexo.

En un sentido similar, desde una perspectiva comparada, resulta interesante destacar que el Tribunal Constitucional Español ha señalado de manera constante, desde la sentencia 224/1999 que el acoso “afecta notoriamente y con mayor intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación”, de modo que se entiende que el acoso sexual es una forma de discriminación. A la misma conclusión ha llegado la doctrina comparada, entendiendo que la violencia de género y de allí el acoso sexual, es una de las peores formas de discriminación¹⁶.

A mayor abundamiento, existen todavía más razones para sostener que el acoso sexual es una forma vulneración al derecho a no ser discriminado/a y todavía más, una forma de opresión¹⁷, sometimiento o subordinación que podría estar protegida por el derecho a la igualdad¹⁸

En primer término, es posible afirmar que el acoso sexual como violencia y la discriminación poseen en último término las mismas causas, las que pueden agruparse y analizarse desde el concepto de patriarcado¹⁹.

14 ONU: Secretario General de Naciones Unidas, *Poner fin a la violencia contra la mujer: De las palabras los hechos. Estudio del Secretario General Naciones Unidas*, 2006, p. 27.

15 Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, 2002.

16 Sólo a modo ejemplificativo Castelli, Nunzia, “La ley orgánica contra la violencia de género: reflexiones desde el ámbito laboral” en Martín, María (Dir), *Estudio integral de la violencia de género: Un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales* (Editorial Tirant lo blanch), 2018, p. 297.

17 Villavicencio Miranda, Luís y Zúñiga Fajuri, Alejandra, “La violencia de género como opresión estructural” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N°2, p. 719.

18 Se ha planteado que el derecho a la igualdad consagraría, en realidad, una prohibición de crear o mantener estructuras que subordinan a ciertos grupos sociales, de modo que se trataría de un contenido mucho más amplio que el propio del derecho a no ser discriminado, Esparza-Reyes, Estefanía, *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional* (Editorial Tirant lo Blanch), 2018, pp. 34 y 35.

19 Esparza-Reyes, Estefanía, “La violencia patriarcal: Una paradigmática vulneración a la no subordinación” en Martín, María (Dir), *Estudio integral de la violencia de género: Un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales* (Editorial Tirant lo blanch), 2018, p. 233.

El patriarcado ha sido definido de distintas maneras, para estos efectos se entenderá como: “una forma de organización política, económica, religiosa y social basada en la idea de liderazgo y autoridad del varón, no sólo sobre las mujeres, sino también sobre los hijos e hijas, los viejos sobre los jóvenes, la cual crea un orden simbólico, a través del mito y la religión, planteándolo como el único sistema posible”²⁰. El patriarcado como sistema, establece valoraciones diferentes de los seres humanos en base a su mayor o menor cercanía con el modelo de ser humano. En este sistema, lo más alejado es disponible por parte de quienes detentan el poder, y tal disposición incluye, lógicamente su cuerpo, que aunque no pueda ser usado desde una perspectiva material, sí se encuentra disponible desde múltiples perspectivas, por ejemplo como objeto de comentarios o requerimientos. La existencia de este sistema opresivo denominado patriarcado también explica la existencia de la discriminación contra ciertos grupos sociales, especialmente contra las mujeres, en cuanto la discriminación se basa, precisamente en el desvalor reconocido al otro/a. De este modo, el acoso sexual y la discriminación pueden abordarse desde el patriarcado, en cuanto podría, en gran medida, explicar su origen común.

En segundo lugar, el acoso sexual en muchas ocasiones se basa en la calidad de mujer de la víctima o, a lo menos, en términos proporcionales afecta a un mayor número de mujeres en relación a los hombres. Estas circunstancias, son precisamente dos formas en que se puede llevar a cabo la discriminación: cuando la diferencia de trato se basa en la especial condición de la víctima, en este caso porque es mujer (discriminación directa), o cuando afecta a un número muy superior de personas que pertenecen al mismo colectivo social, a las mujeres, en relación a los hombres (discriminación de impacto)²¹.

Desde una perspectiva similar, acoso sexual y discriminación, pueden ser vistos como una de las caras de la opresión planteadas por Iris Marion Young²², es decir, la explotación, la marginación, la carencia de poder, el imperialismo cultural y la violencia. Tales conductas operan de una manera compleja de describir, en el sentido que generan opresión y, al mismo tiempo la reproducen, produciendo una especie de espiral, donde cada una de estas manifestaciones se transforma en causa y efecto.

De acuerdo a esto último, tanto el acoso sexual, cuanto la discriminación

20 Reguant i Fosas, Dolors, *La Mujer no existe* (Editorial Maite Canal- Bilbao), 1996, p. 20.

21 Rey Martínez, Fernando, “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español” en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010, p. 537.

22 Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia* (Ediciones Cátedra), 1990, pp. 86 y ss.

generan o pueden producir la afectación de otros de derechos fundamentales, pero especialmente, dan lugar a la exclusión de las mujeres de los espacios públicos, reforzando su adscripción a los espacios domésticos con la finalidad de no exponerse a un espacio amenazante²³.

Debido a la conexión entre discriminación de género y acoso sexual, que pareciera ser una relación de género-especie, los efectos de estos son similares y producen, en último término, la reproducción de un sistema opresivo como es el patriarcado. Sin embargo, esta conexión ofrece, por el contrario, también importantes formas de protección, las cuales pueden colaborar con una protección adicional frente al fenómeno del acoso sexual.

4. Los deberes de promoción y protección estatal: Abordaje tradicional y “menos tradicional”.

Tal como se indicó líneas atrás, existen obligaciones estatales específicas, consagradas en tratados internacionales, que obligan a los países a adoptar medidas para poner fin a la violencia de género y desde allí al acoso sexual en distintos ámbitos. Pero hay más, puesto que entender que el acoso sexual, conducta que suele ser considerada menos grave que otras formas de afectación de los derechos, es también una forma de discriminación, resulta relevante en relación a sus consecuencias jurídicas, al menos desde dos perspectivas.

Desde una perspectiva tradicional, según se indicó, existen múltiples tratados internacionales que consagran obligaciones estatales expresas y específicas para eliminar la discriminación. Esta protección consiste en la adopción de medidas adecuadas en los diversos ámbitos tales como la gobernanza; la política; los lugares de trabajo; la educación; la asistencia sanitaria y en todo ámbito de la vida pública y social (Arts. 7-16 CEDAW), pudiendo para ello establecer sanciones de índole penal, civil o de otro tipo, así como emprender acciones de índole preventivo y de promoción de tales derechos. En este sentido, tal instrumento faculta a los Estados a emprender diversas acciones para prevenir, sancionar y erradicar la discriminación. Sin embargo, existen otras importantes ventajas derivadas de considerar el acoso sexual como una forma de discriminación.

La protección frente a la discriminación en Chile, denominada discriminación arbitraria, se encuentra dispersa en distintas disposiciones normativas. Así además de la consagración de la igualdad y de la no discriminación en

23 Toledo, Patsilí, “Ley No. 20.005 sobre Acoso Sexual en Chile” en Anuario de Derechos Humanos, 2006, p. 204.

ámbitos en particular en la Carta Fundamental, existen otras normas de rango legal que protegen tal derecho. Destacan a estos efectos, la Ley 20.609 de 2012 que establece medidas contra la discriminación, que, como ley marco, entre otras regulaciones, consagra obligaciones estatales en la materia, así como un procedimiento judicial en caso de sufrirla. En materia de discapacidad también se establece un procedimiento judicial, particularmente en la Ley 20.422 de 2010 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. En un sentido similar, existen prohibiciones específicas de discriminación y posibilidad de accionar judicialmente en materia de consumo y cuando la causal de discriminación es la condición de indígena, según establecen las leyes 19.496 de protección de los derechos de los consumidores y 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, respectivamente. De igual manera, los artículos 2 y 485 y siguientes de Código del Trabajo establecen la posibilidad de accionar de tutela de derechos fundamentales en caso de discriminación.

Por otra parte, según la opinión mayoritaria en Chile, desde una perspectiva constitucional, la protección de la discriminación, se encuentra en el artículo 19 N° 2 de la Constitución que consagra la igualdad ante la ley. La no discriminación es, en consecuencia un derecho fundamental y constitucional. La anterior calificación implica que tal derecho posee una estructura particular, que se ha denominado doble dimensión de los derechos fundamentales²⁴. Esta estructura, que entiende los derechos fundamentales como normas objetivas de principio²⁵, generaría a su vez tres efectos²⁶, el efecto irradiación, los mandatos de acción y deberes de protección, así como la eficacia horizontal. Estos efectos generan obligaciones que no necesariamente se encuentran expresadas, pues nacen de la propia estructura de los derechos fundamentales.

En términos sencillos, el efecto irradiación obligaría a todos los poderes públicos a proteger los derechos fundamentales, en cuanto estos últimos permeen todo el ordenamiento jurídico. Los mandatos de acción y deberes de protección, por su parte, obligan al Estado y autorizan en casos determinados

24 Se sigue en este punto Esparza-Reyes, Estefanía: "La Eficacia horizontal de los derechos fundamentales como mecanismo de extensión del Derecho Público. El caso del derecho a no ser discriminado/a" en XLIII Jornadas Chilenas de Derecho Público (en prensa).

25 El origen de este planteamiento es el conocido caso Lüth resuelto por la Corte Federal alemana en 1958.

26 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales* (Nomos Verlagsgesellschaft- Baden-Baden), 1993, p. 114.

a los particulares, a emprender acciones para resguardar y promover los derechos fundamentales, mientras que la eficacia horizontal prohíben a los particulares vulnerar los derechos de terceros.

Como puede notarse, salvo la eficacia horizontal, se corresponden perfectamente con los deberes asumidos por los Estados en materia de protección frente a la discriminación y desde esta perspectiva son asimilables, sin embargo este abordaje genera ciertas ventajas comparativas.

En primer lugar obliga específicamente a los particulares, al menos a no vulnerar los derechos fundamentales de otras personas, en este caso a no acosar sexualmente. De este modo, la obligación de respeto de los derechos se amplía no sólo al Estado, sino que intenta regular la conducta de los particulares, circunstancia que resulta de enorme utilidad si se piensa en la cantidad de universidades privadas reconocidas, en las cuales es posible que se produzcan casos de acoso sexual.

La protección que emana de la propia estructura de los derechos fundamentales, no requiere de obligación estatal expresa y obligaría además, a los particulares a no vulnerar tales derechos, como el derecho a no ser discriminado.

La afirmación anterior, entonces, implica entender que la obligación estatal de protección, así como la obligación de los particulares de no realizar conductas de acoso sexual no solo emanaría de los tratados internacionales y de la legislación nacional expresa en materia de acoso sexual, sino además de la propia Constitución y, en general de todas las disposiciones normativas que proscriben la discriminación. Esto acarrearía que, en último término sería posible inclusive, accionar judicialmente en casos de acoso sexual a través de procedimientos judiciales establecidos para luchar contra la discriminación, tales como la acción de protección del artículo 20 de la Constitución, la acción de tutela de derechos fundamentales, así como la Ley 20.609, circunstancia que amplía considerablemente su protección.

A modo de conclusión.

Las movilizaciones feministas desarrolladas durante el año 2018 marcaron un antes y un después en materia de visibilización y proscripción del acoso sexual, principalmente en el ámbito de la educación superior. A raíz de ellas, múltiples universidades adoptaron instrumentos que, con diversas características e intensidades, prohíben el acoso sexual en sus casas de estudio. Estas regulaciones, resultan tan variopintas que no son susceptibles de una

descripción única, pues, inclusive parten de diversas definiciones de acoso sexual.

Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la CEDAW y la OIT, así como la doctrina y legislación comparada, han insistido en considerar el acoso sexual como una forma de violencia contra las mujeres y desde allí como un atentado al derecho a no ser discriminado. Es por este motivo, que al tratarse de un derecho fundamental, participaría de todas las características de los mismos, tratándose de una relación género-especie.

Como derecho fundamental, el derecho a no ser discriminado/a, es entendido como norma objetiva de principio y tendría una doble dimensión de la cual se generan obligaciones específicas, tanto para el Estado, cuanto para los particulares.

De esta forma, la regulación del acoso sexual en las universidades, sean públicas o privadas, no es una simple concesión de las autoridades, sino del cumplimiento de una obligación que emana no sólo de la expresa proscripción del acoso, sino de la misma estructura de los derechos fundamentales.

Las afirmaciones anteriores, lejos de ser retóricas plantean importantes consecuencias para los ordenamientos jurídicos internos, en cuanto las mismas obligaciones internacionales pueden ser argumentadas desde disposiciones de derecho interno, pero además y especialmente relevante, es que al considerar que el acoso sexual es una manifestación de la vulneración del derecho a no ser discriminado/a se amplía considerablemente su ámbito de protección, en cuanto contarían con los mecanismos de protección propios del derecho a no ser discriminado/a, particularmente la Acción de Protección establecido en la Constitución, la protección de la acción de tutela de derechos fundamentales y la acción establecida en la Ley 20.609.

LEY 21.120, QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO: ASPECTOS GENERALES, AUSENCIAS Y DESAFÍOS EN SU IMPLEMENTACIÓN

Constanza Valdés Contreras¹

Resumen

El trabajo analiza, en primer lugar, la incorporación del concepto de identidad de género desde la publicación de la ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación, hasta la entrada en vigencia de la ley N°21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. En segundo lugar, se describen los aspectos generales de la ley de identidad de género, con particular énfasis en el derecho a la identidad de género, la rectificación del sexo y nombre registral, sus efectos y la regulación de los programas de acompañamiento y reglamentos que exige la ley. En tercer lugar, se analizan algunas de las ausencias que nos deja la normativa y desafíos en torno a su implementación.

Por último, a través de todo el trabajo se realiza un análisis de contraste en relación con lo dispuesto en la ley de identidad de género y la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24/17, sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

1. Introducción

El 24 de julio de 2012 se publicó en el diario oficial la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Una de las principales novedades de dicha normativa fue la regulación, en su artículo 2°, del concepto de discriminación arbitraria que incluye un amplio listado no taxativo de categorías

¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales. Consultora en derechos de la comunidad LGBTI. Trabajó durante los últimos 3 años en la tramitación legislativa del proyecto de ley de identidad de género. Experta sobre derechos LGBTI en la plataforma Hay Mujeres. Actualmente se desempeña como asesora legislativa en la Cámara de Diputados. Correo: conivaldesc@gmail.com

sospechosas. De esta manera, por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno se incorporaba, aunque sin definirse, el concepto de identidad de género. Anteriormente, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos el concepto ya se había definido en los Principios de Yogyakarta, transformándose en la piedra angular en las discusiones sobre la necesidad del reconocimiento de los derechos de las personas trans^{2*}.

A modo de introducción a la temática, las personas trans* se definen como aquellas cuya identidad de género no corresponde con el sexo asignado al momento de nacimiento. Historicamente, las personas trans han sido objeto de discriminaciones y exclusiones en razón de su identidad de género, y particularmente, en torno a la discordancia entre su identidad y lo dispuesto en sus documentos y registros públicos y privados. Es así que, “la principal consecuencia de la denegación del reconocimiento jurídico y social del derecho a la identidad de género consiste en la discriminación, exclusión e invisibilidad de las personas de género diverso”³. En este entendido, distintos países permiten a las personas trans* modificar su sexo y nombre registral con el objeto de evitar las situaciones de discriminación que se producen a raíz de esta ausencia de reconocimiento.

En Chile, antes de la entrada en vigencia de la ley de identidad de género, las personas trans* recurrían a la ley 17.344, sobre cambio de nombre y apellido, que establece una solicitud voluntaria no contenciosa con el objetivo de rectificar la partida de nacimiento en razón de la concurrencia de ciertas causales. Si bien, la normativa no permite expresamente el cambio de sexo registral, los juzgados civiles han permitido éste bajo una interpretación armoniosa del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo anterior, en el marco de este procedimiento, los juzgados adoptaron como práctica común oficiar al Servicio Médico Legal⁴ para que éste realice exámenes psicológicos y/o físicos a las personas trans* con el objeto de formar su convicción respecto al cambio de sexo registral. Esto tuvo como consecuencia que muchas personas trans* no pudieran rectificar su partida de nacimiento en razón de no haberse sometido a ningún tipo de intervención quirúrgica o bien que no quisieran iniciar

2 En este artículo se utilizará el término trans*. El uso del asterisco, tal como lo ha señalado Lucas Platero, permite representar un mayor número de identidades y expresiones de género.

3 Saldivia, Laura, “Subordinaciones invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género” (Ediciones Universidad Nacional de General Sarmiento), 2017, p116.

4 Luego de varios años sin regulación, el 2012 se dictó la circular 1297 del Servicio Médico Legal que regula cómo debe realizarse el examen físico.

el procedimiento en razón de estas prácticas que atentan contra la dignidad e integridad de las personas⁵.

Bajo este contexto, el 7 de mayo de 2013, ingresó, como moción parlamentaria, el proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. La iniciativa tenía como objeto actualizar la normativa actual para permitir expresamente la rectificación de nombre y sexo registral en base a la identidad de género de una persona. Para estos efectos, la moción definía el concepto de identidad de género, regulaba un procedimiento de cambio de sexo y nombre registral y los efectos de dicha rectificación.

Después de 5 años y medio de una extensa tramitación⁶ y diversos cambios en su contenido, el 10 de diciembre de 2018, se publicó en el diario oficial la ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

El contenido de la ley se estructura de acuerdo a los siguientes puntos;

- 1) La incorporación del derecho a la identidad de género autopercibida.
- 2) La inclusión de principios y garantías aplicables al derecho a la identidad de género.
- 3) La regulación de procedimientos de cambio de sexo y nombre registral para personas mayores de 18 años, y adolescentes y personas con vínculo matrimonial no disuelto (ante el Registro Civil y Tribunales de Familia, respectivamente).
- 4) Regulación de artículos relativos a la igualdad y no discriminación por identidad y expresión de género.
- 5) La creación de programas de acompañamiento profesional multidisciplinario para niños, niñas y adolescentes.

Además de lo anterior, para la ejecución de la ley, se regula la creación de dos reglamentos que deben dictarse, conforme con lo dispuesto en el artículo segundo transitorio, en un plazo no superior a 6 meses contados desde la publicación del diario oficial. El primer reglamento debe dictarse por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para regular el procedimiento de cambio de nombre y sexo registral para personas mayores de 18 años ante el registro civil, y el segundo, a través de los Ministerio de Desarrollo Social y Familia y de Salud con el objetivo de detallar los programas de acompañamiento,

5 A modo de referencia, ver Palavecino, Andrea, "el Derecho a la identidad de las Personas Transgéneras", Justicia, Género y Sexualidad (Ediciones Universidad de Chile), 2012, pp. 90-112.

6 Sobre una breve historia de la tramitación de la ley, revisar Saavedra, Belén y Valdés, Constanza, "Derechos Humanos de las personas LGBTI en Chile: Desafíos pendientes", Informe Anual sobre Derechos Humanos 2018 (Ediciones Universidad Diego Portales), 2018, pp.211-232.

quiénes podrán realizarlo y los requisitos que deben cumplir estas instituciones. De esta manera, Chile se suma a la lista de países en Latinoamérica que cuentan con una ley de identidad de género y procedimientos para el cambio de nombre y sexo registral⁷.

En este mismo contexto, el 9 de enero de 2018 se hizo pública la opinión consultiva 24/17⁸ sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cuál se refiere, por primera vez, al derecho a la identidad de género, a los procedimientos de readecuación de datos de conformidad con la identidad de género autopercibida y los estándares que deben seguirse en éstos conforme con lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos. De esta forma, la discusión se abrió en torno a los estándares internacionales que deben cumplir los Estados parte de la Convención Americana en el ámbito del derecho a la identidad de género y los procedimientos de readecuación de los datos conforme con la identidad de género autopercibida de las personas⁹. De igual manera, resulta iluminador el ejercicio de contraste entre estos estándares internacionales y la ley de identidad de género en nuestro país, transformándose la opinión consultiva en el punto inicial en torno al análisis del derecho a la identidad de género.

El reconocimiento de la identidad de género de las personas trans no solo produce consecuencias jurídicas en torno a los efectos del cambio de sexo y nombre registral, sino que también afecta a distintas instituciones del derecho que se encuentran ligadas a la identidad y sexo de la persona. De esta manera, al encontrarnos actualmente con un ordenamiento jurídico regido por la correspondencia entre sexo asignado e identidad de género, el reconocimiento de nuevas identidades conlleva desafíos en la aplicación de normas tales como la regulación de la filiación, normas sobre maternidad, interrupción voluntaria del embarazo, entre otras.

De esta manera, este artículo busca describir la regulación que ha tenido la identidad de género en nuestro ordenamiento jurídico nacional, pasando desde la dictación de la ley 20.609 a la ley 21.120. Asimismo, se abordarán

7 Por mencionar algunas, ley N° 26.743 de Argentina (2012), ley N° 807 de Bolivia (2016), ley N° 19.684, que deroga la 18.620, Uruguay (2018).

8 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017.

9 Al respecto, revisar Gauché, Ximena, "Comentarios a la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de identidad de género", Anuario de Derecho Público 2018 (Ediciones Universidad Diego Portales), 2018, pp.175-202.

los principales aspectos generales de la ley de identidad de género, los procedimientos de rectificación de sexo y nombre registral que regula la normativa, realizando un breve contraste entre éstos y los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los efectos de la rectificación, los programas de acompañamiento y reglamentos que exige la ley.

En último lugar, se expondrán las ausencias y los desafíos que nos trae la ley de identidad de género desde su entrada en vigencia.

2. La identidad de género en nuestro ordenamiento jurídico.

El año 2006, un grupo de expertos se reunió en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia, para discutir sobre la interpretación y la protección de las normas del Derecho Internacional de los derechos humanos en materia de derechos de la comunidad LGBTI. De esta manera, se dictaron los famosos Principios de Yogyakarta, que establecen estándares básicos en materia de reconocimiento y aplicación de los derechos humanos de la comunidad LGBTI. Si bien, estos principios no se materializaron en un tratado internacional, se considera que dicho instrumento forma parte del soft law en materia del Derecho Internacional de los derechos Humanos¹⁰.

Una de las principales novedades de dicho documento es definir, por primera vez en el ámbito internacional, los conceptos de identidad de género y orientación sexual, colocando así la piedra angular en la lucha por el reconocimiento de la identidad de las personas.

De esta manera, en lo atinente a este artículo, la identidad de género se define como *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”*.

Nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido la identidad de género en diversos cuerpos legales:

1) El artículo 2° de la Ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación, incorpora la identidad de género como una de las categorías sospechosas. Asimismo, se incluye como agravante en el Código Penal.

¹⁰ Sobre este punto, véase Gauché, Ximena “Una Mirada a la No Discriminación por Identidad de Género y Orientación Sexual desde los Desarrollos Internacionales de Soft Law”, Justicia, Género y Sexualidad (Ediciones Universidad de Chile), 2012, pp-113-133.

2) La ley N° 20.968, que tipifica delitos de tortura, de tratos crueles, inhumanos y degradantes, modificó el artículo 150 A del Código Penal, incluyendo expresamente a la identidad de género como una categoría sospechosa para determinar si una actividad constituye o no tortura.

3) La ley N° 20.940, que moderniza el sistema de relaciones laborales, modifica el artículo 2° del Código del Trabajo, para contemplar expresamente dentro de las categorías de discriminación la identidad de género.

4) La Ley N° 20.750, que permite la introducción de la Televisión Digital Terrestre, modificó el artículo 1° de la Ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, incorporando la identidad de género como uno de los aspectos al momento de calificar lo que se entiende por pluralismo.

De esta forma, el concepto de identidad de género se ha ido incorporando en diversos cuerpos legales, con particular énfasis en materia de no discriminación. Así, se ha ido pavimentando un piso mínimo en relación con el respeto de los derechos de las personas trans*, que se termina por cristalizar con la dictación de la ley de identidad de género.

3. Aspectos generales de la ley de identidad de género.

En este apartado, analizaremos brevemente los aspectos generales de la ley de identidad de género en relación con la incorporación del derecho a la identidad de género, la rectificación de sexo y nombre registral, los efectos de ésta y los programas de acompañamiento y reglamentos que se describen en la normativa.

3.1. El Derecho a la identidad de género.

Uno de los aspectos principales de la iniciativa es la incorporación del derecho a la identidad de género y una definición legal de dicho concepto, todo lo cual se regula en el Título I de la normativa. De esta forma, conforme con lo dispuesto en el artículo 1°, este derecho consiste en *“la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos”*. Respecto al segundo aspecto, el inciso segundo del referido artículo señala que *“para efectos de esta ley, se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento”*.

Particularmente en este artículo podemos observar como la normativa se aleja, primero, de la definición sobre identidad de género que utiliza los

Principios de Yogyakarta y distintos otros instrumentos internacionales, y segundo, que se limita el derecho a la identidad de género exclusivamente a la facultad de la rectificación del sexo y nombre registral, alejándose de la noción de este derecho como una libertad positiva en los términos de Isaiah Berlin¹¹.

En base a esta estructura formalista del derecho a la identidad de género se estructura principalmente la normativa. En este mismo sentido, el artículo 2° de la ley señala que el objetivo de ésta *“es regular los procedimientos para acceder a la rectificación de la partida de nacimiento de una persona en lo relativo a su sexo y nombre, ante el órgano administrativo o judicial respectivo, cuando dicha partida no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género”*.

Una vez realizada la rectificación de sexo y nombre registral, el artículo 3° reconoce, aunque de forma errónea conceptualmente hablando, la garantía específica derivada de la identidad de género que se traduce en el reconocimiento de su nueva identidad en todos los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo. Consiguientemente, el artículo 4° regula las llamadas garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género incorporando algunas novedades en nuestro ordenamiento jurídico. Dentro de estas novedades, por mencionar algunas, se refieren a la incorporación del concepto de expresión de género, tal como se hace en otros ordenamientos jurídicos, y al reconocimiento expreso de que cada persona tiene derecho al libre desarrollo de su persona, conforme a su identidad y expresión de género.

Por último, el artículo 5° incorpora un listado de principios no taxativos relativos al derecho a la identidad de género. Dentro de este listado nos encontramos con los principios de no patologización, no discriminación arbitraria, confidencialidad, dignidad en el trato, interés superior del niño y autonomía progresiva. La importancia de la inclusión de estos principios radica en que sirven de directrices para la interpretación del derecho a la identidad de género, y particularmente, como herramienta para los jueces en la labor de interpretación del derecho que les corresponda de acuerdo con esta ley.

3.2. La rectificación de sexo y nombre registral.

La ley de identidad de género establece dos tipos de procedimientos de rectificación de sexo y nombre registral de acuerdo con la edad y estado civil de la persona solicitante.

¹¹ Esta postura la desarrollo en Valdés, Constanza “El derecho a la identidad de género: Más que un cambio registral”, Iniciativa Laicista N° 43, 2019, pp-18-19.

Sin perjuicio de lo anterior, el Título II, denominado *“del procedimiento de rectificación de sexo y nombre registral”* regula normas generales por las cuales deben regirse ambos procedimientos. Dentro de estas normas generales se exige que en la solicitud de rectificación se incluya el o los nombres de pila con los que la persona quiera reemplazar los antiguos, además de la petición de rectificar los documentos con sus datos antiguos (Artículo 6°) y se establece que los procedimientos sobre cambio de sexo y nombre registral tendrán el carácter de reservados respecto de terceros y toda la información vinculada a ellos será considerada como dato sensible (Artículo 8°). En el caso de las personas extranjeras, el artículo 7° exige que hayan inscrito previamente su nacimiento en la oficina de Santiago del Servicio de Registro Civil y en el marco del procedimiento de rectificación deberán acreditar su permanencia definitiva en Chile.

Además de lo anterior, podemos incorporar como requisito general lo establecido en el inciso segundo del artículo 2° que señala que *“en ningún caso el órgano administrativo o judicial, según se trate, podrá exigir modificaciones a la apariencia o a la función corporal del solicitante, a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, para dar curso, rechazar o acoger las rectificaciones referidas en el inciso precedente”*.

En relación a los procedimientos, el Título III de la ley denominado *“del procedimiento administrativo de rectificación de la inscripción relativa al sexo y nombre solicitada por persona mayor de edad sin vínculo matrimonial vigente”* regula el procedimiento que se debe realizar ante el registro civil por las personas mayores de 18 años sin vínculo matrimonial vigente. Por otro lado, el Título IV *“de los procedimientos judiciales de rectificación de las personas”* regula la rectificación ante los tribunales con competencia en materias de familia en el caso de adolescentes, mayores de 14 pero menores de 18 años, y las personas con vínculo matrimonial no disuelto.

3.3. La rectificación de sexo y nombre registral de personas mayores de edad sin vínculo matrimonial vigente

Conforme con lo dispuesto en el artículo 9°, toda persona mayor de edad podrá, hasta por dos veces, obtener la rectificación del sexo y nombre que aparece consignada en su partida de nacimiento con el objeto de hacerlo congruente con su identidad de género.

El órgano competente para conocer esta solicitud será el Servicio de Registro Civil e Identificación, permitiéndose que la solicitud pueda ser presentada

ante cualquier oficina de dicho Servicio, sin importar cual sea el domicilio o residencia de la persona solicitante. Al ser un procedimiento administrativo especial, éste se rige por las normas particulares que se regulan en esta normativa y en lo supletorio por las disposiciones de la ley 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen a los actos de los órganos de la Administración del Estado.

En cuanto a su tramitación, ésta se rige por lo regulado en el artículo 11 y se establece que la solicitud debe presentarse, como se había señalado anteriormente, ante cualquier oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación, debiendo el Oficial verificar la identidad del solicitante y citar a una audiencia especial en la cual la persona en conjunto con dos testigos hábiles, declararán que la persona solicitante conoce los efectos jurídicos que implica el acogimiento de la solicitud de rectificación de su partida de nacimiento relativo al sexo y nombre. En un plazo máximo de 45 días hábiles contados desde la presentación de la solicitud, se deberá dictar la resolución respectiva acogiéndola, rechazándola o declarándola inadmisibles. Al no exigirse ningún tipo de antecedente adicional a lo señalado anteriormente, ésta solo se puede rechazar en el caso de que la persona solicitante no haya podido acreditar su identidad o por no haberse verificado la declaración de la persona requirente y de los testigos hábiles.

Para que la solicitud sea declarada inadmisibles, ésta tiene que haber sido presentada por una persona menor de edad o con vínculo matrimonial vigente, siendo competente en ambos casos el tribunal en materias de familia.

Sin perjuicio de que esta regulación es un avance respecto a cómo se venían realizando los cambios de sexo y nombre registral en nuestro país, resulta contrario al principio de no patologización y a la presunción sobre plena capacidad de las personas mayores de edad, la exigencia de dos testigos que acrediten que la persona solicitante conoce los efectos jurídicos de la solicitud. En este sentido, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 24-17, al referirse a los procedimientos de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, ha señalado que *“esos procesos deben estar basadas únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante. Lo anterior resulta consistente con el hecho de que los procedimientos orientados al reconocimiento de la identidad de género encuentran su fundamento en la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, así como en el derecho*

a la dignidad y a la vida privada del solicitante”¹². Así, a todas luces la exigencia atenta contra el principio de igualdad y no discriminación.

Finalmente, el Tribunal considera de manera general que, en el marco de los procedimientos de reconocimiento del derecho a la identidad de género, no resulta razonable requerir a las personas el cumplimiento de requisitos que desvirtúan la naturaleza meramente declarativa de los mismos. Tampoco resulta adecuado que tales requerimientos se erijan como exigencias que desbordan los límites de la intimidad, pues se terminaría obligando a las personas a someter sus decisiones más íntimas y los asuntos más privados de su vida al escrutinio público por parte de todos los actores que directa o indirectamente intervienen en ese trámite¹³

3.4. La rectificación de sexo y nombre registral de personas mayores de 14 años y menores de 18 años

En el caso de los adolescentes, éstos también podrán solicitar la rectificación del sexo y nombre dos veces, sin embargo la segunda oportunidad solo puede realizarse una vez alcanzada la mayoría de edad (Artículo 12). El tribunal competente para conocer la solicitud es el tribunal en materias de familia correspondiente al domicilio del solicitante y en todo lo no regulado especialmente por la normativa, se aplicará supletoriamente lo dispuesto en los títulos I y III de la ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia. La solicitud deberá ser presentada por sus representantes legales o alguno de ellos, a elección del adolescente, de acuerdo con el artículo 14.

Además de los requisitos generales que debe contener toda solicitud de acuerdo a lo que habíamos analizado previamente, se agregan las propias de toda demanda judicial, debiendo ésta ser fundada, exponiendo los antecedentes de hecho y de derecho en que se apoya, indicando de forma precisa las peticiones concretas que se someten al tribunal. Además de lo anterior, se deberán incluir las razones conforme a las cuales, la pretensión de rectificación de sexo y nombre registral es beneficiosa para el adolescente (Artículo 15). En la solicitud, se podrán acompañar todos los antecedentes que se estimen pertinentes, en particular, aquellos que den cuenta del contexto psicosocial y familiar del adolescente.

12 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 127.

13 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 133.

Además de lo anterior, la norma permite que se acompañen los antecedentes a que se refiere el inciso tercero del artículo 17, es decir, un informe psicológico o psicosocial que dé cuenta que el adolescente y su entorno familiar han recibido acompañamiento profesional, por al menos, un año previo a la solicitud y un informe psicológico o psicosocial que descarte la influencia determinante de terceros, sobre la voluntad expresada por éste en relación a su identidad de género.

El procedimiento se estructura en tres audiencias de forma lineal: la audiencia preliminar, la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio.

Una vez que se haya admitido a tramitación la solicitud, el juez deberá citar al adolescente y a su(s) representantes(es) legal(es) a una audiencia preliminar en la cual se le informará al adolescente sobre las consecuencias jurídicas de la solicitud y éste podrá ejercer su derecho a ser oído directamente ante el juez, en el marco de un ambiente adecuado que asegure su salud física y psíquica y en condiciones que garanticen su participación voluntaria, su privacidad y su seguridad (Artículo 16).

Por razones de celeridad del procedimiento, inmediatamente después de terminada la audiencia preliminar, el tribunal celebrará la audiencia preparatoria con las partes que asistan. En esta audiencia, el artículo 17 le entrega al juez principalmente 3 facultades:

1) Ordenar la citación a la audiencia de juicio a personas determinadas con el objeto de que declaren sobre los antecedentes de hecho expuestos en la solicitud

2) Exigir que se acompañe, primero, un informe psicológico o psicosocial que acredite que el adolescente y su entorno familiar han recibido acompañamiento profesional por, al menos, un año previo a la solicitud, y segundo, un informe psicológico o psicosocial, que descarte la influencia determinante de terceros en la declaración de identidad de género autopercebida del adolescente.

3) Ordenar la realización de una o más diligencias que estime necesaria para la acertada resolución de la causa. En ningún caso el juez podrá decretar la realización de exámenes físicos al adolescente.

En el caso de que exista acuerdo entre las partes, la audiencia de juicio podrá desarrollarse inmediatamente después de finalizada la preparatoria. En la audiencia se oírán a las personas que hayan sido citadas y se rendirá la prueba admitida por el tribunal, tanto la que se haya exigido por el juez o que se haya acompañado en su oportunidad por la persona solicitante. Posteriormente

a esto, se dictará sentencia fundada y en ésta se deberá constar el hecho de haberse oído la opinión del adolescente, así como los motivos que el tribunal ha tenido en consideración para acoger o rechazar la solicitud. En cualquier caso, el tribunal deberá tener a la vista los informes que se hayan presentando en el proceso.

Si la solicitud es rechazada, la sentencia podrá ser impugnada conforme al régimen aplicable a los asuntos contenciosos en materia de familia, es decir, mediante el recurso de apelación y el recurso de casación en la forma.

En el caso de que la solicitud sea acogida, el tribunal ordenará al Registro civil la rectificación de la partida de nacimiento, oficiando a que se proceda al cambio de sexo y de nombre, o solo del sexo, según corresponda, y que se efectúen las respectivas subinscripciones al margen.

Una de las principales críticas al procedimiento de rectificación de sexo y nombre registral de adolescentes es la ausencia de reconocimiento de la autonomía progresiva de éstos. En este sentido, el o la adolescente solo puede solicitar la rectificación en la medida que concurra la autorización de al menos uno de sus representantes legales, quedando impedido de hacerlo de forma personal. La Corte Suprema en el oficio 13-2018, que informa el proyecto de ley de identidad de género aprobado por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, analizó la omisión de permitir que adolescentes pudieran solicitar de forma personal la rectificación. En este sentido, el máximo tribunal señaló que *“Que desde un punto de vista de coherencia con el sistema jurídico general, parece razonable avanzar en la línea de distinguir entre niños y niñas y adolescentes, desde que, si por una parte se ha establecido un estatuto de responsabilidad penal adolescente que adelanta la responsabilidad a aquellos que tengan más de 14 y menos de 18 años de edad, no se ve la razón para limitar el ejercicio autónomo de derechos, como el que nos ocupa en este informe, en ese mismo rango etario, teniendo especialmente presente que dice relación con un aspecto de definición de la propia identidad”*.

De igual forma, la Corte Interamericana en la citada opinión consultiva ha señalado que *“Esta Corte ha entendido que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, la Corte*

entiende que las medidas pertinentes de protección a favor de las niñas o niños son especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos¹⁴”.

En la misma línea, la Corte ha señalado que “esta Corte entiende que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género que fueron desarrolladas supra (en relación a los estándares de los procedimientos de readecuación de datos conforme a la identidad de género autopercibida) también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida¹⁵”. Al ser aplicables los mismos estándares en relación a las características que deben tener los procedimientos de readecuación de datos conforme a la identidad de género, toma especial relevancia lo señalado por la Corte al señalar que “en lo que respecta a los certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos que se suelen requerir en este tipo de procedimientos, la Corte entiende que además de tener un carácter invasivo y poner en tela de juicio la adscripción identitaria llevada a cabo por la persona, descansan en el supuesto según el cual tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología. Es así como ese tipo de requisitos o certificados médicos contribuyen a perpetuar los prejuicios asociados con la construcción binaria de géneros masculino y femenino¹⁶”.

Resulta plenamente aplicable aquí lo señalado por la Corte en el análisis previo sobre los dos testigos que exige la ley en relación con el procedimiento de rectificación de personas mayores de 18 años sin vínculo matrimonial vigente. En este contraste, resulta contrario a lo establecido por la Corte Interamericana que la ley no reconozca la autonomía progresiva del adolescente respecto a su propia identidad de género, y además que se exijan diversos informes cuya naturaleza desvirtúa por completo la mera declaración de la identidad de género autopercibida. Asimismo, resulta preocupante la facultad entregada al juez de solicitar cualquier antecedente que le parezca relevante, dejando la puerta abierta para colisiones con el principio de la no patologización que establece la misma normativa.

14 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 155.

15 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 154.

16 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 130.

3.5. De la solicitud de rectificación de las personas con vínculo matrimonial

En el caso de las personas, mayores de edad o no, con vínculo matrimonial vigente deberán presentar la solicitud al tribunal con competencias en materia de familia correspondiente al domicilio de cualquiera de los cónyuges, a elección del solicitante (Artículo 18).

En el marco de este procedimiento, la solicitud deberá contener los requisitos de toda demanda judicial, como lo habíamos señalado anteriormente. En el caso de que se acoja a tramitación, el juez citará a los cónyuges a una audiencia preparatoria. Las reglas sobre la compensación económica son plenamente aplicables conforme a lo establecido en la ley de Matrimonio Civil, N°19.947.

En este procedimiento, el juez deberá resolver la solicitud de rectificación, y además la terminación del matrimonio en virtud de la causal del numeral 5° del artículo 42, de la referida Ley de Matrimonio Civil.

Aunque no se señala expresamente, al no exigirse ningún tipo de requisito adicional al solicitante, se desprende que el juez no podría rechazar la solicitud de rectificación de sexo y nombre en el entendido de que cualquier requisito que no hubiera cumplido para solicitar ésta, debiese haberse advertido en la etapa de admisibilidad de la solicitud.

3.6. La emisión de nuevos documentos y los efectos de la rectificación.

Acogida la solicitud de rectificación o recibida la sentencia judicial firme, según corresponda, el Servicio de Registro Civil e Identificación procederá a realizar las modificaciones y suscripciones pertinentes, tras lo cual se deberán emitir los nuevos documentos identificatorios (Artículo 20). La rectificación no afectará el número del rol único nacional de la persona, el cual se mantendrá para todos los efectos legales. El mismo artículo establece que el Servicio deberá informar de la rectificación de la partida y de la emisión de nuevos documentos a distintas instituciones, pudiendo el Servicio o solicitud de la persona, informar a cualquier otra institución pública o privada.

Una vez realizada la rectificación y subinscripciones que exige la ley, la persona deberá ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género (Artículo 21). Asimismo, las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en registros públicos y privados deberán ser coincidentes con dicha identidad. En el inciso tercero del referido artículo se señala que esto es *“sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 2° de la ley N°20.609,*

que establece medidas contra la discriminación”, abriendo la puerta a posibles discriminaciones “razonables” en torno al reconocimiento de la identidad de género de una persona.

En cuanto a los efectos de la rectificación de la partida, ésta no afectará a la titularidad de derechos y obligaciones patrimoniales que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio, ni tampoco afectará a las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus ordenes y grados. Asimismo, tampoco se afectarán las garantías, derechos y prestaciones de salud que le pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio (Artículo 22).

Ligado a lo anterior, se encuentra la tipificación del delito de uso malicioso de los documentos de identidad, que sanciona con pena de presidio menor en su grado mínimo el utilizar maliciosamente los antiguos o nuevos documentos de identidad. Lamentablemente, la inclusión de este nuevo delito responde a una lógica de prejuicios en relación a la identidad de las personas trans* y no obedece a principios como el de certeza jurídica.

3.7 Los programas de acompañamiento, los reglamentos y la incorporación de la expresión de género en la ley 20.609

El artículo 23 de la ley, establece que *“los niños, niñas o adolescentes cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral y sus familias podrán acceder a los programas de acompañamiento profesional de que trata este artículo. Éstos consistirán en una orientación profesional multidisciplinaria que incluirá acciones de asesoramiento psicológico y biopsicosocial, cuyo objeto será el otorgamiento de herramientas que permitan su desarrollo integral, de acuerdo a su identidad de género”*. En este caso, las acciones que contemplan los programas de acompañamiento fueron diseñadas por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, en colaboración con el Ministerio de Salud. Estas acciones pueden ser ejecutadas por personas jurídicas sin fines de lucro que cuenten con acreditación vigente ante el Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Cabe destacar que en el caso de que la persona menor de edad se haya sometido por al menos un año a un programa de acompañamiento profesional en este ámbito, podrá solicitar un informe de participación, pudiendo reemplazar éste al exigido por el juez en inciso tercero del artículo 17.

Lamentablemente, la regulación escueta en esta materia permite que instituciones, fundaciones o asociaciones cuyos principios sean contrarios al respeto de los derechos de las personas trans, igualmente cumplan con los

requisitos establecidos en la ley y el reglamento para realizar las acciones de acompañamiento reguladas en este instrumento.

El artículo 26 establece las materias propias de reglamento para la correcta ejecución de la ley. En este sentido, cómo ya se había advertido, el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, en conjunto con el Ministerio de Salud, dictaron el reglamento sobre los programas de acompañamiento, estableciendo las acciones mínimas, los requisitos para la acreditación, la cancelación de ésta, entre otras materias¹⁷. El segundo reglamento fue emitido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que regula el procedimiento de rectificación de sexo y nombre ante el Servicio de Registro Civil e Identificación¹⁸.

Dentro de las garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho de la identidad de género habíamos mencionado que se encontraba la expresión de género, siendo definida en dicho artículo como *“la manifestación externa del género de la persona, la cual puede incluir modos de hablar o vestir, modificaciones corporales, o formas de comportamiento e interacción social, entre otros aspectos”*. La importancia de su incorporación y respectiva definición radica en la identificación de numerosas conductas discriminatorias en contra de las personas trans*, las cuales no son motivadas principalmente por su identidad de género (su vivencia interna del género) sino que por su expresión de género (la manifestación externa), siendo un concepto más específico que la apariencia.

En consecuencia, el artículo 29 modifica la ley N° 20.609, para incorporar la expresión de género como una de las categorías sospechosas que regula la normativa.

4. Ausencias y desafíos respecto a la ley de identidad de género

4.1. Las ausencias

La ley de identidad de género dejó varias aristas abiertas, particularmente en torno a otras materias como la salud, educación, trabajo y modificaciones a diversos cuerpos legales. Sin embargo, en este apartado abordaremos particularmente la situación respecto a niños y niñas y la regulación sobre los efectos jurídicos en el ámbito de las relaciones familiares una vez realizada la rectificación.

¹⁷ Decreto Supremo N°3, Aprueba Reglamento del Artículo 26 inciso primero de la ley N° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, Ministerio de Desarrollo Social y Familia

¹⁸ Decreto Supremo N°355, Aprueba reglamento que regula el procedimiento administrativo de rectificación de partida de nacimiento ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, de conformidad a la ley N°21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

a) Niños y niñas trans*

Una de las grandes ausencias que dejó la ley de identidad de género fue la inclusión de un procedimiento de rectificación para niños y niñas que, lamentablemente por razones de índole política y de prejuicios, se les privó del ejercicio del derecho a la identidad de género. Laura Saldivia nos recuerda que “el paradigma de la protección integral de lxs niñxs establece que son titulares y portadores de derechos y atributos que les son inherentes por su condición de persona y de otros atributos específicamente por su condición de niñxs¹⁹”. En consonancia con lo anterior, la titularidad del derecho a la identidad de género la poseen en razón de una interpretación armónica de diversas normas de la Convención del Derechos del Niño y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin embargo el ejercicio de éste se les impide completamente hasta que alcanzan la edad de 14 años conforme a la ley de identidad de género.

Respecto al derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes, Espejo y Lathrop han señalado que *“Esta forma de reconocimiento se deriva de la constatación que los NNA son titulares de todos los derechos humanos, incluidos el derecho a su identidad. No reconocer este derecho fundamental a los menores de edad implicaría una distinción no justificada, y en este sentido discriminatoria, entre adultos y NNA en el ejercicio de sus derechos de la personalidad²⁰”*.

En el mismo sentido, concuerdo con lo señalado por Isaac Ravetllat al señalar que *“Es posible que la niña, niño o adolescente tenga limitada su capacidad de ejercicio en la toma de ciertas decisiones -en particular en el ámbito patrimonial-, pero desde luego, y siempre, por supuesto, atendiendo a su edad y estado de madurez, ostenta capacidad y autonomía para definir su propia identidad. Nadie más que la persona menor de edad sabe lo que siente, cómo se siente, quién es y cuál es su verdadero “yo”²¹*. La autoidentificación y la vivencia interna no la vive nadie más que la misma persona, y en ese sentido, no reconocer esta realidad es solo ignorarla por prejuicios.

En relación a lo mismo, la Corte Interamericana en su opinión consultiva ha señalado que *“En lo que respecta a la regulación de los procedimientos de*

19 Saldivia, Laura, “Subordinaciones invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género” (Ediciones Universidad Nacional de General Sarmiento), 2017, p.150.

20 Espejo, Nicolás y Lathrop, Fabiola, “Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Volumen 22, Número 2, 2015, p. 411.

21 Ravetllat, Isaac, “Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile”, en Revista Ius Et Práxis, Año 24, N°1, 2018, p.421.

cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad de niños y niñas, esta Corte recuerda en primer término que conforme ha señalado en otros casos, los niños y las niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos y de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto²²”.

En particular, esto se ve reforzado con lo prescrito con anterioridad por el Comité sobre Derechos del Niño al señalar que *“todos los adolescentes (y por cierto niños) tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente²³”*.

b) Relaciones familiares posteriores a la rectificación de sexo y nombre registral

El artículo 22, sobre los efectos de la rectificación de la partida, reconoce lo que Lathrop y Espejo han denominado el principio de continuidad de las relaciones familiares²⁴ al señalar expresamente que la rectificación no afectará las relaciones propias del derecho de familia, las que se mantienen inmodificables. Sin embargo, ni la ley ni el reglamento se refieren a si la rectificación generará que existan dos padres o dos madres, quedando abierto a la interpretación judicial y por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación.

Además de lo anterior, la ley no regula los efectos jurídicos en el ámbito de filiación posteriormente a la rectificación de sexo y nombre registral. En este caso, podemos imaginar la situación de una mujer trans que tiene un hijo con otra mujer, o el caso de que un hombre trans quede embarazado.

En este ámbito, la regulación en materia de filiación tuvo una gran reforma a través de la ley N° 19.585, y provocó *“un cambio total en el sistema filiativo y se aleja definitivamente del sistema establecido en el Código Civil de Bello, para dar paso a una visión individualista, igualitaria, proyectora y, en definitiva, pluralista de la familia²⁵”*. Sin perjuicio de lo anterior, la realidad de las personas trans*

22 Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017, párrafo 149.

23 Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño. Observación General núm. 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34.

24 Espejo, Nicolás y Lathrop, Fabiola, “Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Volumen 22, Número 2, 2015, p. 399.

25 Gómez De la Torre, Maricruz, “El Sistema Filiativo chileno”(Editorial Jurídica), 2007, p. 35.

era completamente invisibilizada en ese entonces y en ningún momento se pensó en situaciones como las que habíamos mencionado más arriba. De esta forma, las normas actuales sobre filiación del Código Civil no sirven como una alternativa para una solución en esta materia.

Legamente un hombre no puede ser madre, ni tampoco una mujer ser padre. En este sentido, se hace necesaria una reforma en esta materia con el objeto de reconocer el vínculo de filiación existente entre las personas trans que han realizado su rectificación y sus hijos²⁶.

4.2. Desafíos en torno a la implementación

La ley N° 21.120 es la primera normativa a nivel legal en nuestro país que se refiere expresamente a los derechos de las personas trans* y en este sentido no esta exenta de desafíos en relación a su implementación. En este apartado analizaremos particularmente la privacidad y tratamiento de los datos sensibles y las prestaciones de salud de las personas trans*.

a) Privacidad y tratamiento de los datos sensibles

La privacidad y el tratamiento de los datos sensibles es uno de los aspectos más importantes en relación a los procedimientos de rectificación y los datos sensibles tanto previos y posteriores a la rectificación de la partida de nacimiento. En relación al primer punto, el artículo 8° de la ley establece que “*Los procedimientos de que trata esta ley tendrán el carácter de reservado respecto de terceros, y toda la información vinculada a ellos será considerada como dato sensible*”. Anteriormente a la entrada en vigencia de esta ley, cualquier persona podía revisar una causa de rectificación de partida de nacimiento de una persona trans* y obtener todos sus datos sensibles en el Portal Judicial. Con esta nueva regulación, al crearse un procedimiento administrativo especial ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, y otro ante el tribunal con competencias en materias de familia, se debe tener especial atención a estas situaciones para que no vuelvan a ocurrir. Si bien, el sistema de causas ante los tribunales de familia es bastante más estricto, es indispensable resguardar el secreto de las causas llevadas ante el Servicio de Registro Civil e Identificación o el tribunal con competencias en materias de familia, con particular énfasis en el procedimiento de rectificación de adolescentes.

²⁶ Al respecto, en el Senado se encuentra en tramitación un proyecto de ley que regularía la situación anteriormente planteada. Disponible en : http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10626-07

En relación al tratamiento de los datos sensibles posteriormente a la rectificación, ni la ley ni el reglamento ahondan en esta materia, debiéndose observar las reglas generales conforme con lo establecido por la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada. En este ámbito,

uno de los aspectos que más preocupa a las personas trans* es que su entorno, particularmente su ambiente de trabajo, conozcan su identidad de género en razón de las posibles situaciones de discriminación y acoso laboral que pudiera sufrir. Asimismo, un mal manejo de estos datos pudiera también tener como consecuencia la publicación de datos de carácter sensible a través de redes sociales, generando daños y perjuicios irreparables²⁷. En razón de esto, se requiere especial énfasis en esta materia.

b) Salud y personas trans

El artículo 4° letra c) de la ley señala que toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su persona, conforme a su identidad y expresión de género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible. En el ejercicio de este derecho, nos encontramos con la libertad que tendría una persona trans* de iniciar un tratamiento hormonal y/o intervención quirúrgica. En relación con esto, durante la tramitación de la ley se eliminó un artículo clave que establecía el derecho de las personas a acceder a tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas bastando solo el consentimiento informado. La referida norma buscaba eliminar la exigencia de certificados psiquiátricos y psicológicos que se exigen actualmente a las personas trans* para acceder a tales prestaciones conforme con lo establecido en la Vía Clínica para la adecuación corporal en personas con incongruencia entre sexo físico e identidad de género del Ministerio de Salud que rige actualmente²⁸.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la ley de identidad de género, que incorpora el principio de no patologización, resulta interesante un ejercicio de contraste de la legalidad referida circular bajo la luz de dicho principio.

En relación a las prestaciones de salud, de forma correcta, el artículo 22 señala que la rectificación no afectará las garantías, derechos y las prestaciones de salud que le pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio. Si bien no se menciona que sucede con las garantías, derechos y prestaciones de salud que le corresponden con su nueva identidad

²⁷ Tanto la autora, como diversas personas trans, han visto difundido en varias partes sus datos sensibles relacionados con la rectificación de la partida de nacimiento.

²⁸ Disponible en: <https://www.minsal.cl/portal/url/item/d126e58ba4cb53f5e040010165017912.pdf>.

registral, es de perogrullo señalar que una vez realizada la rectificación, a la persona, para todos los efectos legales, se le reconoce esta identidad.

La norma anteriormente comentada, sirve como criterio rector a la hora de interpretar situaciones en relación con prestaciones de salud de personas trans* en relación a su biología. A modo de ejemplo, un hombre trans, de acuerdo con esta norma, no tendría problemas para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en base a la ley 21.030, que regula la despenalización voluntaria del embarazo del aborto en tres causales.

