Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

15

CHILE EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Felipe Paredes
Universidad Austral de Chile

1. EL CONTEXTO INSTITUCIONAL

Chile posee ciertas particularidades que no dejan de ser relevantes si lo que se quiere es estudiar su posición en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Al respecto, es importante destacar que a pesar de ser citado como un caso exitoso de transición la democracia, el país en la actualidad se encuentra bajo la vigencia de una Constitución originada en un régimen autoritario. En efecto, la Carta de 1980 no es sino el producto jurídico más representativo de la dictadura de Augusto Pinochet. No es este el momento de entrar en detalles, pero no está de más recordar que, sin perjuicio de los problemas de legitimidad de origen, la Constitución de 1980 sigue presentando una serie de problemas desde el punto de vista del reconocimiento y protección de los derechos humanos o fundamentales. En este sentido, es particularmente relevante el desprecio por los derechos de contenido político y el marcado carácter ideológico que presenta el texto constitucional.

Como es presumible, una Constitución originada en una de las dictaduras más sanguinarias de Latinoamérica difícilmente podría haber tenido algún grado de compromiso con los derechos humanos. En efecto, durante la década de 1970 son célebres los informes de la Comisión Interamericana sobre la situación chilena condenando al régimen dictatorial de Pinochet[1]. Sin perjuicio de lo anterior, es obvio que el texto actualmente en vigor de la Constitución de 1980 dista bastante del original sancionado hace 32 años. Esto nos lleva directamente explorar en qué medida la transición a la democracia fue (o ha sido capaz) de purgar ese pecado original de

[1] Al respecto durante la dictadura existieron cuatro informes (1974, 1976, 1977, 1985) derivados de visitas *in loco.* Véase al respecto, http://www.oas.org/es/cidh/informes/pais.asp (consultado el 29-11-2011).

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

la Carta Fundamental actualmente vigente en Chile.

En general, la literatura ha explicado la transición chilena como un pacto entre los partidarios de la dictadura y los partidos políticos de oposición que apostaron por una salida pacífica al período de anormalidad institucional[2]. De todas formas, las categorías conceptuales empleadas en el debate acerca del paso del régimen autoritario a la democracia en Chile son difusas y muchas veces controvertidas. Como sea, es indiscutible que en el año 1988 Augusto Pinochet pierde el referéndum en virtud del cual sometía a ratificación de la ciudadanía su permanencia en el poder por ocho años más, a partir del 11 de marzo de 1990, que era la fecha en que la Constitución de 1980 comenzaría a regir plenamente según sus disposiciones transitorias (hasta ese momento había regido solo parcialmente debido al permanente estado de sitio en que se encontraba el país)[3]. Dicho referéndum (o plebiscito en la nomenclatura chilena) trae causa en el hecho de que la vigencia transitoria de la Constitución tenía un plazo máximo de ocho años[4]. Al término de dicho período, se establecía que la propia junta militar propondría a la persona que ocuparía el cargo en el periodo siguiente, y de acuerdo a la 27 disposición transitoria (DT), dicha persona debía ser ratificada por la ciudadanía. Disponía además la 29 DT, que si la ciudadanía no aprobare la proposición de candidato único, el periodo presidencial de Pinochet se entendía prorrogado de pleno Derecho por un año más, con el objeto de convocar a elección de Presidente de la República y de parlamentarios en conformidad al capítulo IV de la Constitución.

Es evidente que el texto de la Carta de 1980 era incompatible con un régimen democrático, y desde luego, para la oposición de la época someterse a sus reglas podría haber sido considerado un suicidio político; al menos lo habría sido en 1980, cuando la dictadura estaba en su apogeo y se encontraba en condiciones de imponer sin contrapeso todas sus

[2] Por todos, Godoy, O., "La transición chilena a la democracia: pactada", en *Estudios públicos*, num. 74, 1999, pp. 79-106.

[3] Las disposiciones transitorias 15 y 18 concedían poderes absolutamente dictatoriales tanto al Presidente de la República (que era el propio Pinochet) y a la junta de gobierno, integrada por el resto de los comandantes en jefe de las FFAA y el Director General de Carabineros.

[4] El plazo estaba establecido de la interpretación de las DT 13 y 14. La primera señalaba que: "El período presidencial que comenzara a regir a contar de la vigencia de esta Constitución, durara el tiempo que establece el artículo 25 (8 años), y la segunda establecía que: "Durante el período indicado en la disposición anterior, continuara como Presidente de la República el actual Presidente, General de Ejército don Augusto Pinochet Ugarte, quien durará en el cargo hasta el término de dicho período".

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

condiciones. Sin embargo, a partir de mediados de esa década sucedieron una serie de acontecimientos que empujaron irrevocablemente hacia la democratización del país. En primer lugar, las protestas ciudadanas contra el régimen agudizadas por la difícil situación que creó la crisis de la banca en 1982, hicieron ver bastante mal al gobierno. En segundo lugar, la acción de los grupos de resistencia armada es cada vez más asertiva en sus intentos de desestabilización de la dictadura, incluso estando bastante cerca en 1986 de asesinar al propio Pinochet, lo que demuestra a los militares que ni la misma cúpula del gobierno se encontraba plenamente a salvo, y por tanto, era necesaria una política de mayor apertura. En este contexto, el escenario para negociar una posible democratización se veía cada vez más propicio para la oposición si es que esta lograba participar de manera unida en el plebiscito de 1988. Esto último se logró a comienzos de 1988 con la Creación de la Concertación de Partidos por el No.

Como es sabido, la oposición agrupada en la Concertación de Partidos por el NO decidió validar el plebiscito participando activamente de la campaña que llamaba a la ciudadanía a rechazar que Pinochet se mantuviera en el poder durante ocho años más. Todo ello sucedió en un marco donde seguían ocurriendo violaciones a los derechos humanos y en condiciones de censura y amedrentamiento. En dicha votación, la opción NO obtuvo un estrecho triunfo, lo que dio lugar a que en el plazo de un año se convocaría a las primeras elecciones presidenciales desde 1970. Luego del triunfo en el plebiscito de 1988 era obvio que la oposición, ahora con una posibilidad cierta de transformarse en gobierno, había aumentado su capacidad de negociación, pero sin embargo, la junta de gobierno seguía teniendo de su lado la fuerza y una Constitución inteligentemente diseñada para alejar del poder a la ciudadanía. En este contexto, el gobierno militar y la Concertación pactan las condiciones en virtud de las cuales ésta última se sometería a las disposiciones de la Constitución de 1980, y por tanto, reconocerían su legitimidad. Pero no estaban dispuestos a hacerlo si el régimen no les aseguraba la posibilidad de participación efectiva en la institucionalidad que creaba la Constitución. Esto se tradujo en el plano jurídico, en las 54 reformas al texto original de la Constitución que se aprobaron en el año 1989, que fueron las que hicieron posible la transición a la democracia.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

Dichas reformas fueron tan importantes para la redemocratización del país que no pocos autores sitúan en este punto el inicio de la transición. Como se puede intuir, las reformas pactadas en el año 1989, solo decían relación con aquellos aspectos que eran absolutamente incompatibles con la posibilidad de transitar hacia un régimen democrático: así por ejemplo, en dicha oportunidad se eliminaron cuestiones tan importantes como la proscripción ideológica o la posibilidad del Presidente de la República de disolver el Congreso. Esta situación explica, por qué en líneas generales, el diseño institucional pinochetista ha sido tan resistente al cambio, y la razón no es otra que la misma transición pactada a la democracia le aseguró su supervivencia. Es por ello que en la actualidad, a pesar de haber transcurrido ya más de dos décadas de gobiernos democráticamente electos, aún existen en el país demandas por una democratización plena de las instituciones.

Sin perjuicio de lo anterior, entre todas estas reformas hubo una que será absolutamente determinante en materia de derechos humanos: la del artículo 5° inciso segundo de la Constitución. En efecto, según la actual redacción de dicha disposición, en ella se establece que: "La soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Como se puede ver, en esta disposición se encuentra la cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos y en la actualidad es la puerta de entrada de todos los tratados internacionales que versan sobre el tema.

Desde luego, el citado artículo ha permitido un enorme avance en la materia[5]. Sin embargo, ello no significa que dicha disposición no haya sido objeto de controversia, dando origen a una fuerte discusión sobre la posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes, cuestión que ha tenido su momento más álgido en el año 2003 cuando el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional[6], generándose un intenso debate al respecto[7],

[5] Cfr., Peña, M., "Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional", en *Estudios Constitucionales,* vol. 1., 2003, pp. 593-611.

[6] Véase la STC rol 346 – 2002.

[7] Por todos: Cazor, K. y Bordalí, A., "La Corte Penal Internacional ante la Constitución de 1980. Comentarios al fallo del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile,* vol.13, 2002, pp. 255-263.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

debiéndose crear una regla especial para este caso con el objeto de salvar el problema[8].

De todas formas y afortunadamente, parece ser que en su momento nada de esto fue advertido por los asesores jurídicos de la dictadura. Sin duda alguna, la introducción en una Constitución autoritaria de una cláusula que limita a la soberanía en virtud de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el país constituyó un gran avance, y en este caso, ello es mérito absoluto de los negociadores de la Concertación que lograron incorporarla en el texto reformado de 1989[9]. En efecto, las cuatro primeras condenas al Estado chileno por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, traían causa en normas dictadas durante el gobierno autoritario de Pinochet.

Obviamente, nada de esto hubiera sucedido si los gobiernos democráticos no hubieran suscrito un profundo compromiso con el Derecho internacional de los derechos humanos. Es así como una de las primeras medidas del gobierno de Patricio Aylwin, el primer Presidente de la transición, fue la ratificación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte respectiva. Es en este punto donde comienza la historia de Chile en el sistema interamericano, primero tímidamente durante la década de 1990, para luego ir dando lugar a una interesante actividad durante la primera década del siglo XXI.

Finalmente, cabe destacar que la reforma constitucional del año 2005 incorporó en su artículo 54 N° 1 una norma que impide invocar disposiciones de derecho interno para dejar sin efecto las obligaciones

[8] Vigésimo cuarta disposición transitoria:

"El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte.

Al efectuar ese reconocimiento, Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.

La cooperación y asistencia entre las autoridades nacionales competentes y la Corte Penal Internacional, así como los procedimientos judiciales y administrativos a que hubiere lugar, se sujetarán a lo que disponga la ley chilena.

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previsto en su estatuto, sólo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma".

[9] Cfr. Cumplido, F., "La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma doctrinaria y jurisprudencia", en *Ius et Praxis,* vol.9, núm. 1, 2003, pp. 365-374.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

contraídas en virtud de un tratado[10]. Sin embargo, ello no ha sido suficiente para cerrar el debate, pues el Tribunal Constitucional ha seguido manteniendo su postura de que éstos poseen un carácter inferior a la Constitución[11]. De todas formas, sí es posible evidenciar un tratamiento distinto respecto de los tratados internacionales de derechos humanos, que son los aludidos por el art. 5° inc. 2°, estando la doctrina cada vez más conteste en que éstos poseen un rango, al menos, constitucional[12].

2. LA CORTE INTERAMERICANA Y LOS CASOS EN QUE EL ESTADO CHILENO HA SIDO PARTE

Si se pudiera calificar la presencia chilena en el sistema interamericano, se podría decir que en términos generales, Chile es uno de los buenos alumnos de la clase. Primero, porque el país ha sido condenado únicamente en 5 ocasiones en casi 25 años, y en segundo lugar, porque presenta una tasa de cumplimientos por sobre la media.

No obstante lo anterior, es interesante ver cómo cada una de las sentencias en las que el país se ha visto involucrado contiene un valioso contenido dogmático que bien vale la pena detenerse en ello, y que sin duda han tenido un innegable impacto en el país, pues han incidido en cuestiones que han sido claves en la consolidación de un Estado de Derecho vigoroso.

2.1. Olmedo Bustos y otros vs. Chile (caso "La última Tentación de Cristo"), 5 de febrero de 2001: toda censura previa se encuentra prohibida por la convención, incluso la judicial

Los hechos que dan motivo a la denuncia a la comisión son más o menos los siguientes: durante la dictadura, una de las tantas películas prohibidas fue "La Última Tentación de Cristo" de Martin Scoresse, en virtud del artículo 19 N° 12 inciso final, que expresamente permitía la censura cinematográfica[13]. Luego de la vuelta a la democracia, se levantó

[10] "Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional"

[11] Véase STC 1288-2008.

[12] Henríquez, L., "improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales", en *Estudios Constitucionales,* año 5, núm. 1, 2007, pp. 119-126.

[13] "La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas".

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

la prohibición de exhibición que pesaba sobre el film. Fue entonces, cuando un grupo de abogados católicos interpone un recurso de protección en contra de la resolución administrativa que autorizaba su exhibición, argumentando que la película vulneraba el derecho fundamental a la honra (consagrado en el artículo 19 N°4 de la Constitución) no solo respecto de sus propias personas, sino también que dicha vulneración se extendía a todos quienes profesaban la religión católica, e incluso al mismo Jesucristo, quien además de ser un personaje histórico también poseía el carácter de persona viva luego de su resurrección[14]. Tanto la Corte de Apelaciones de Santiago, como la Corte Suprema en segunda instancia dieron la razón a los recurrentes. El asunto finalmente llegó a la Comisión Interamericana, quien concluyó en su informe que la conducta del Estado vulneraba el artículo 13 de la Convención.

La Corte antes de entrar a pronunciarse sobre el caso, deja sentado las bases sobre las que fundará su decisión, señalando que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, reconocido en el artículo 13 de la convención, comprende una doble vertiente: una dimensión individual y una dimensión social, es decir, éste requiere, "por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno". Agregando luego que, por supuesto, ambas dimensiones poseen igual importancia.

El Estado de Chile en su contestación reconoció plenamente los hechos, y se defendió argumentando en primer lugar, que paralelamente conforme avanzaba el proceso se encontraba dando impulso a las reformas institucionales para superar la situación. En efecto, el Estado a esa fecha había presentado un proyecto de reforma del artículo 19 número 12 inciso final de la Constitución Política con el fin de eliminar la censura cinematográfica, sustituyéndola por un sistema de calificación cinematográfica. Por otra parte, señaló que no compartía la sentencia de la Corte Suprema, y que adicionalmente, los actos del poder judicial no tienen la capacidad de comprometer la responsabilidad internacional del Estado, o al menos no en este caso.

[14] El recurso de protección es un procedimiento jurisdiccional, que tiene por objeto, la tutela de una serie de derechos fundamentales expresamente enumerados en el artículo 20 de la Constitución.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

Sin embargo, la Corte respondió de forma contundente a los argumentos del Estado chileno: "El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". En consecuencia, la Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Adicionalmente, la Corte también estimó que el Estado incumplió los artículos 1.1 y 2 de la convención, lo que unido a lo anterior, redundó en que la Corte consideró que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película de marras. En concreto, como las normas que regulaban la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no habían sido modificadas, consideró que el Estado continuaba incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, dispuso como medida reparatoria que Chile debía adoptar las medidas apropiadas para reformar su ordenamiento jurídico interno para hacerlo compatible con la Convención.

2.2. Palamara Iribarne Vs. Chile, 22 de noviembre de 2005: nuevamente la libertad de expresión, pero también el debido proceso.

Se trata de un caso de censura previa y sanciones por la comisión del delito de desacato a un ex oficial retirado de la Armada, quien al momento de los hechos trabajaba para la institución en calidad de civil a través de un contrato de prestación de servicios. Los hechos traen causa en la publicación de un libro titulado "Ética y Servicios de Inteligencia. Según la normativa interna de la institución, el Sr. Palamara debía obtener la autorización de su superior para publicar el libro, pero ante la negativa de este último, decidió seguir adelante con la publicación sin contar con la señalada autorización. Como consecuencia de esto, se inició un proceso

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

penal ante la justicia militar por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares. Asimismo, y con base en los mismos hechos, se inició una investigación sumaria administrativa con el objeto de destituirle. A raíz de estos procesos el señor Palamara es entrevistado por la prensa, instancia donde formula severas críticas a la institución, luego de lo cual se le detiene y además se le procesa adicionalmente por la comisión de un delito de desacato.

La sentencia de la Corte Interamericana es bien interesante y se compone de dos partes claramente distintas: en primer lugar, las cuestiones relativas a la libertad de expresión, y por otro lado, las que dicen relación con el delito de desacato. En cuanto a lo primero, no hay mucha novedad respecto de lo que ya se venía estableciendo en fallos anteriores, luego de que se constata que la Armada de Chile impidió la publicación del libro, para luego allanar la sede de la editorial y el domicilio de la víctima, con el objeto de incautar las unidades que allí se encontraban[15]. Al respecto, la conclusión no podía ser otra que la vulneración del artículo 13 de la Convención, sobre todo luego de que en el peritaje solicitado por el Fiscal Naval, los expertos concluyeron que el libro "no vulneraba la reserva y la seguridad de la Armada de Chile", y que por lo tanto, la información que contiene el libro "puede obtenerse de fuentes abiertas". Frente a esta situación, no es muy difícil para la Corte justificar que las medidas de acción adoptadas por el Estado constituyen actos de censura previa que no son compatibles con los parámetros establecidos por la Convención.

El segundo aspecto que trata la sentencia es la vulneración de las garantías procesales que establecen los artículos 8 y 25 de la Convención. En concreto, los aspectos revisados por la sentencia son: el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, garantías judiciales en los procesos penales militares y el derecho a la protección judicial. *Grosso modo*, señala la Corte que "en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares". Es por esto que, en opinión del Tribunal de San José, las normas militares deben establecer claramente, no solo los tipos penales, sino también quiénes son militares, es decir, quiénes tienen capacidad para ser sujetos

[15] Cfr. casos Ricardo Canese, sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111 y el de La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva OC- 5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

activos en la comisión de dichos delitos. La Corte estima que ello no sucede en el caso chileno, pues "en las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los tribunales militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares".

Al respecto, la Corte estima que el señor Palamara Iribarne, al ser militar en retiro, no revestía la calidad de "militar" necesaria para ser sujeto activo de dichos delitos imputados, y por ello no se le podían aplicar las referidas normas penales militares. Además, el Tribunal estima que el señor Palamara Iribarne, al escribir su libro e iniciar el proceso de publicación, se encontraba en el legítimo ejercicio de su derecho a expresar libremente sus opiniones e ideas.

2.3. Almonacid Arellano vs. Chile, 26 de septiembre de 2006: los crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura son inamnistiables e imprescriptibles

Los hechos dicen relación con una de las tantas desapariciones forzosas ocurridas durante la dictadura. Como muchas otras, la del Sr. Luis Alfredo Almonacid Arellano, quedó en la impunidad durante dicho periodo, en virtud de la sistemática denegación de justicia en que incurrieron los tribunales de la época. El 04 de noviembre de 1992, una vez recobrada la democracia y ratificada la Convención Interamericana, los familiares de la víctima volvieron a iniciar las gestiones para obtener una sentencia que condene a los asesinos del Sr. Almonacid, interponiendo una querella criminal ante el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua.

El citado tribunal sometió a proceso a dos militares por el homicidio del Sr. Almonacid. Sin embargo, el Segundo Juzgado Militar de Santiago planteó una cuestión de competencia que inhibió el cumplimiento de dicha resolución. El 5 de diciembre de 1996 la Corte Suprema resolvió el incidente, declarando que era competente para seguir conociendo del asunto el antes mencionado tribunal militar. El 28 de enero de 1997, sin que se ordene la realización de niguna diligencia probatoria, se dictó sobreseimiento total y definitivo en aplicación del Decreto Ley N° 2.191, más conocido como ley de amnistía, que era una norma aprobada durante la dictadura que excluía de responsabilidad penal a los autores, cómplices y encubridores de delitos cometidos durante el estado de sitio declarado por el gobierno militar.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

Una vez que el asunto ya se encuentra radicado en la Corte Interamericana, el Estado trata burdamente de defenderse oponiendo dos excepciones preliminares: la incompetencia de la Corte *Ratione Temporis* y violaciones al procedimiento ante la Comisión Interamericana. Desde luego, ninguna de ellas fueron acogidas por la Corte. En cuanto a las cuestiones de fondo, tanto la Comisión como las víctimas alegan la violación de los artículos 8 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Frente a esto, el Estado de Chile argumenta que no hay ninguna vulneración de la Convención, por tres razones: en primer lugar, porque en virtud del trabajo de la Comisión de Verdad y Reconciliación se ha determinado la verdad histórica de los hechos consignándose en su informe el caso del señor Arellano, en segundo lugar, la familia de la víctima ha recibido una compensación económica y prestaciones de salud, y por último, los jueces en el último tiempo han dejado de aplicar el D.L 2.191.

La Corte, para determinar la responsabilidad internacional, y por ende, condenar al Estado, razona en cuatro pasos. Primero, califica el crimen del Sr. Almonacid como un crimen de lesa humanidad, segundo, concluye que estos no pueden ser amnistiados y son imprescriptibles, tercero, analiza el D.L. 2.191 y concluye que es una ley aprobada por la dictadura con la finalidad de establecer una auto amnistía, y finalmente como corolario, concluye que todo ello implica una denegación de justicia, lo que constituye una vulneración de la convención. Por último, es también relevante mencionar que, en relación a la amplitud con se utiliza la justicia militar en Chile, la Corte se remite a lo juzgado en el asunto Palamara vs. Chile, es decir, considera que esta lesiona el principio del juez natural, y *a fortiori* el debido proceso.

2.4. Claude Reyes y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006: y el acceso a la información pública como un requisito indispensable para la democracia

Los hechos que dieron lugar a la cuarta condena para Chile en la Corte Interamericana, están bastante lejos del típico caso sobre vulneración de derechos humanos que hasta ese momento eran sometidos al conocimiento de dicho tribunal. Durante la década de 1990, el país comenzaba lentamente a sacudirse del legado de la dictadura, por lo que era bastante frecuente que en muchos ámbitos todavía se encontraran

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

plenamente en vigor las normas aprobadas durante la época de Pinochet. Pues bien, uno de esos ámbitos era el acceso a la información pública. Ello era un problema grave desde el punto de vista del control de la Administración del Estado; sin normas que regulen la actividad administrativa era prácticamente imposible pensar en un control de ésta por parte de la ciudadanía. Desde luego, existían ámbitos donde ese problema se hacía particularmente serio: uno de esos ámbitos era justamente el de la inversión extranjera.

Esta materia se encuentra regulada por el D.L. 600 de 1975, una norma aprobada por la junta militar y que se encuentra aún vigente. Dicho Decreto Legislativo contiene la regulación que rige a "las personas naturales y jurídicas extranjeras, y las chilenas con residencia y domicilio en el exterior, que transfieran capitales extranjeros a Chile y que celebren un contrato de inversión extranjera". Dicho Decreto regula la celebración de contratos de inversión extranjera, los derechos y deberes de los inversionistas extranjeros y los regímenes tributarios aplicables a éstos, así como las funciones del Comité de Inversiones Extranjeras y de la Vicepresidencia Ejecutiva. En esencia, dicha norma contienen un régimen que fomenta la inversión extranjera concediéndoles a los inversionistas extranjeros una serie de prerrogativas que los sitúan en una posición bastante más ventajosa que a los inversionistas nacionales.

Amparados en dicho régimen, durante la mencionada década buscaron instalarse en el país una serie de megaproyectos de extracción de recursos naturales, respecto de los cuáles era fácilmente previsible que causarían un fuerte impacto ecológico. Sin embargo, era bastante difícil saber a ciencia cierta cómo esta circunstancia iba a ser efectiva, pues la normativa vigente permitía a las empresas negociar secretamente con el Estado, sin que la ciudadanía pudiera ejercer ningún tipo de control al respecto. Uno de estos proyectos era el denominado "Proyecto Forestal Río Cóndor", que tenía por la construcción de un complejo forestal con la finalidad de explotar parte importante del bosque nativo de la zona sur austral.

Este asunto nace cuando la Fundación Terram, una ONG ambientalista presidida por el Sr. Marcel Claude, presenta una solicitud de acceso a la información relativa al mencionado proyecto. Desde luego, que como no existía ninguna norma que obligara al Estado a dar a conocer los antecedentes, era absolutamente previsible que el órgano competente (el Comité de Inversión Extrajera) denegaría la petición. Frente a esto,

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

la mencionada fundación a través de su presidente, dedujo un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, petición que fue desestimada *in limine.* Igual suerte corrió el recurso de apelación ante la Corte Suprema.

El argumento que esgrime, tanto la Comisión Interamericana como las víctimas, es que el Estado de Chile había vulnerado el artículo 12 de la convención (libertad de expresión). Por otra parte, las víctimas plantearon que el comportamiento del Estado infringía de forma conjunta los artículos 8 (debido proceso) y 25 de la misma (derecho a un recurso judicial efectivo). La estrategia de defensa del Estado consistió, fundamentalmente, en dar cuenta de los progresos en su legislación interna con el objeto de impedir que estos hechos se vuelvan a repetir. Cabe destacar que, entre la fecha de la denuncia ante la Comisión (1998) y la fecha de la sentencia (2006) hubo una serie de reformas que bien pudieran haber sido consideradas suficiente cumplimiento ante una hipotética sentencia condenatoria[16].

Los razonamientos que la Corte invoca para entrar a conocer del asunto, revelan el papel político que asume en este caso. En este sentido, afirma que no obstante lo valioso de las reformas que el Estado chileno

[16] Hasta el año 1999 no existían normas que se refieran al tema. Recién la Ley N°19.653, que modificó la Ley N° 18.575 (Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración del Estado) incorporó los principios de probidad, transparencia y publicidad y fijó el "derecho a recurrir al juez de letras en lo civil", solicitando amparo al derecho a requerir por escrito cierta información. En relación a lo primero, señalaba que la regla general era la publicidad, en tanto que establecía una serie de excepciones. El problema que dicha regulación presentaba era que establecía una cláusula general en el que se invocaba a la potestad reglamentaria del Presidente de la República como norma de clausura ("uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado"). En virtud de lo anterior, El 28 de enero de 2001 se promulgó el Decreto Supremo Nº 26, que establece el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, que permitía a los Jefes Superiores de Servicio la declaración de reserva o de secreto mediante resolución fundada. Luego de su entrada en vigencia se emitieron aproximadamente 90 resoluciones, otorgando el carácter de secreto o reservados a una serie de actos administrativos, documentos y antecedentes en manos de órganos del Estado.

La Ley N° 19.880, de 29 de mayo de 2003, que regula las bases de los procedimientos administrativos, consagró expresamente el principio de principio de publicidad en sus artículos 16, 17 y 39.

El 26 de agosto de 2005 entró en vigencia la Ley Nº 20.050, mediante la cual se realizó una reforma a la Constitución Política de la República. Entre otras reformas sustantivas, incorpora un nuevo artículo 8° que establece que: "[e]l ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

ha llevado a cabo, se trata este de un asunto demasiado importante para soslayarlo. En definitiva, esto se traduce en la amplísima interpretación que hace del artículo 12 de la Convención. De esta manera, para la Corte este derecho contienen una doble dimensión: por una parte, la dimensión individual de la libertad de expresión, que se caracteriza por que el individuo goza de una garantía de no interferencia por parte del Estado, pero por otra, dicho derecho contiene también una dimensión colectiva, la que es desde luego la más relevante en este caso. De acuerdo a la Corte, la protección que otorga la Convención Americana, en relación al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende "no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

En este sentido, es indispensable para poder cumplir con esta dimensión colectiva de la libertad de expresión, que el actuar del Estado deba respetar los principios de publicidad y transparencia, lo que hace posible que los ciudadanos ejerzan el control democrático de las instituciones. De este modo, el acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

Si esto es así, se debe partir entonces de la base de que en esta materia rige el principio de máxima divulgación de la información que obra en poder del Estado, y en consecuencia, la reserva o el secreto serán situaciones excepcionales. Es más, es la misma Convención la que regula los requisitos que deben cumplir las restricciones a dicho principio. En primer término, estas deben estar previamente fijadas por ley, la que debe responder a "razones de interés general"; en segundo lugar, dicha restricción debe propender a un objetivo permitido por la Convención Americana en su artículo 13.2 (asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas"); finalmente, las restricciones que se impongan deben ser solamente aquellas necesarias en una sociedad democrática, es decir, entre varias opciones para alcanzar el objetivo propuesto, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.

En el caso de marras, quedó plenamente acreditado que la restricción aplicada al acceso a la información no se basó en una ley, pues esa época no existía en Chile legislación que regulara la materia de restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado. Asimismo, el Estado no demostró que la restricción respondiera a un objetivo permitido por la Convención Americana, ni que fuera necesaria en una sociedad democrática, ya que la autoridad encargada de responder la solicitud de información no adoptó una decisión escrita fundamentada que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos para restringir el acceso a tal información en el caso concreto.

En cuanto a los derechos de contenido procesal alegados por las víctimas, hay dos cuestiones que vale la pena comentar. La primera es la invocación del art. 8° de la Convención. Se trata, sin duda, de una cuestión que resulta sorprendente, pues la decisión que da origen al caso es un acto administrativo. En este sentido, el voto de mayoría de la Corte se aventura con una tesis nada pacífica: que la citada norma "no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales", sino que también "[l] as garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas"[17].

Cuestión diferente es lo que dice relación con la vulneración del art. 25 de la Convención. Aquí la condena del Tribunal de Costa Rica, no es sino la consecuencia natural de los muchos problemas de que adolece el recurso de protección, como mecanismo general de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales[18]. Justamente, uno de los aspectos más deficitarios de la regulación de dicho procedimiento es el control de admisibilidad. En este contexto, no es extraño que las Cortes de Apelaciones chilenas rechacen *in limine* los recursos alegando falta de fundamentación, sin siquiera motivar la resolución que así lo dispone o, en el mejor de los casos, hacerlo con lugares comunes o fórmulas vacías de contenido. Pues bien, eso es lo que sucede en la especie, donde la Corte de Apelaciones de Santiago se limita a señalar que "el recurso de protección tiene por

[17] Véase en este sentido, el voto particular de los jueces Srs. Alirio Abreu Burelli y Cecilia Medina Quiroga.

[18] Vid. Gómez, G., *Recurso de protección y derechos fundamentales,* Ediciones Diego Portales, Santiago, 2003, *pass.*

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

objeto restablecer el imperio del derecho cuando éste ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que amenazan, perturban o privan del ejercicio legítimo de alguna de las garantías taxativamente numeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, dejando a salvo las demás acciones legales", y sin desarrollar ninguna consideración relevante adicional, declara inadmisible el recurso.

2.5. Atala Riffo vs. Chile, 24 de febrero de 2012: discriminación por orientación sexual y maternidad

La última de las sentencias contra Chile es la dictada el 24 de febrero de 2012, sobre la alegada responsabilidad del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Karen Atala Riffo a causa de su orientación sexual. Los hechos que originan esta sentencia se remontan al año 2003, cuando el cónyuge de la señora Atala, respecto de quien se encontraba separada de hecho, interpone una demanda de cuidado personal respecto de las tres hijas en común del matrimonio. El principal argumento sobre el que se fundaba la demanda, es que la señora Atala había iniciado una convivencia con su actual pareja, la señora Emma de Ramón, situación que en opinión del demandante, constituía un serio peligro para el desarrollo físico y emocional de las niñas.

A su vez, es un elemento relevante a considerar, el hecho de que la señora Atala tenía el cargo de jueza penal de la ciudad de Villarrica. Esto es importante, pues si bien parte de las alegaciones dicen relación con la falta de imparcialidad con que se habría resuelto el juicio de cuidado personal de las menores, la denuncia también trae causa en un procedimiento disciplinario que se habría iniciado en contra de la señora Atala por el Poder Judicial del Estado de Chile, luego de conocerse su condición de lesbiana. Por último, también se alegó vulnerado el de derecho de las menores de ser oídas.

El 14 de enero de 2003, el padre de las niñas, el señor Ricardo López Allendes interpuso demanda de cuidado personal, con el objeto de que el tribunal competente disponga que la tuición en este caso correspondiera al padre. Al respecto, el artículo 225 del Código Civil chileno dispone que, en caso de los padres vivir separados y no existir acuerdo, el cuidado personal corresponde a la madre, salvo que exista "maltrato, descuido u otra casusa calificada"[19]. La tramitación de este asunto fue bastante accidentada y

[19] El artículo 225 del Código Civil, el cual dispone que: "Si los padres viven separados, a la madre

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

objeto de una amplia cobertura en la prensa nacional. El día 02 de mayo de 2003, el Juzgado de menores de Villarrica concedió la tuición provisional al padre, pero reconociendo que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal en la madre. En respuesta a dicha decisión, la señora Atala solicitó la inhibición del Juez de Menores de Villarrica por haber incurrido en la causal de implicancia contenida en el artículo 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales, cuestión que fue acogida[20]. Así las cosas, correspondió dictar sentencia a la Jueza Subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica, la que rechazó la demanda de tuición, pues consideró que en base a la prueba existente, la orientación sexual de la madre no representaba un impedimento para realizar una maternidad responsable. Dicha sentencia fue confirmada el 30 de marzo de 2004 por la Corte de Apelaciones de Temuco, aunque con la inhabilitación de dos magistrados.

El 5 de abril de 2004, el padre de las niñas presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema de Chile, el que fue finalmente acogido, y en consecuencia, se concedió la tuición definitiva al padre. Cabe destacar que, el recurso de queja posee en Chile la naturaleza de un proceso disciplinario, que tiene por objeto sancionar conductas que signifiquen una infracción a los deberes funcionarios de los miembros del Poder Judicial. Sin embargo, en la especie la Corte Suprema incluyó en su razonamiento, fundamentalmente, consideraciones sobre el fondo, no acreditándose ninguna infracción de la señora Atala a las normas del Código Orgánico de Tribunales.

Paralelamente al juicio sobre tuición, el Poder Judicial abrió un procedimiento disciplinario en contra de la señora Atala. En el proceso se demostró que dicha investigación tenía una doble causa: en primer lugar, una denuncia efectuada ante la Corte de Apelaciones de Temuco

toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres". Es importante destacar que, actualmente se encuentra en la etapa final de su tramitación en el Congreso un proyecto de ley que tienen por objeto modificar la regla del art. 225 C.C. en el sentido de conceder iguales derechos a ambos padres en relación al cuidado personal de los hijos.

[20] "Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia"

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

en contra de la señora Atala por el uso de implementos y personal del Juzgado para asuntos de interés personal, y en segundo lugar, dos entrevistas aparecidas en la prensa, donde se daba a conocer a la opinión pública el contenido de la demanda de tuición, entablada por el señor López, en su contra. Sobre esto último también se pronunció la Corte Interamericana.

En síntesis, el fallo de dicho tribunal declaró que el Estado de Chile vulneró los siguientes derechos:

- El derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 de la Convención, en relación con el art. 1.1., en contra de Karen Atala Riffo, y de las niñas, en este último caso también en relación con el artículo 19 de la Convención.
- El derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.
- Los establecidos en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas.
- El derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención, en perjuicio de las niñas.
- La garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala.

Al respecto, son dignas de mención, algunos de los fundamentos con las que la Corte justifica dichas conclusiones.

Igualdad y no discriminación

En relación al primero de los puntos dispositivos de la sentencia (art. 24 CIDH), es interesante el razonamiento de la Corte en cuanto a la carga de la prueba de la discriminación. En este punto, aunque la sentencia destaca que si bien los tribunales chilenos invocan el interés superior del niño para conceder la tuición definitiva al padre, no se probó en ningún momento que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, pues éstos no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectara de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos y estereotipados para adoptar la decisión[21]. Esta

[21] Por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Chile, de fecha 31 de mayo de 2007, invoca en su razonamiento como razones relevantes la "eventual confusión de roles sexual" que sufrirían las

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

circunstancia se ve respaldada, a juicio de la Corte Interamericana, a través de una serie de informes periciales que acompañan los denunciantes, y que demuestran que no existe evidencia científica de que se afecte la integridad moral de un niño a consecuencia de la homosexualidad de los padres.

Otra cuestión que llama poderosamente la atención, es que la Corte concibe que en este caso se produce una especie de "comunicación de la discriminación" desde la madre a las hijas, pues considera que el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en éstas, pues señala que "dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de la misma". La verdad es que el punto es discutible, y en este sentido habría valido la pena una mayor fundamentación de esta conclusión. Lamentablemente, la Corte no la proporciona y considera suficiente la motivación ofrecida para determinar que también se vulnera el artículo 24 en perjuicio de las niñas.

Derecho a la vida privada y familiar

La Corte concluyó que la medida adoptada por los tribunales chilenos constituyó una medida inidónea para proteger el interés superior del niño, la que no solo lesionaba el derecho del art. 24 de la Convención, sino que también dicha medida constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 11.2 de la misma. En este sentido, la medida aparece como inadecuada y desproporcionada para cumplir dicho fin, por cuanto los tribunales chilenos tendrían que haberse limitado a estudiar conductas parentales -que podían ser parte de la vida privada- pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala.

La Corte también se atreve a pronunciarse sobre otra cuestión absolutamente relevante en el debate chileno sobre los derechos fundamentales: el concepto de familia, al declarar expresamente que el grupo conformado entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas habían constituido un grupo familiar, y por tanto son merecedores de la protección que entregan los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, pues existía "una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva".

niñas, y en consecuencia, el eventual "riesgo para su desarrollo" que ello implicaría. Por otra parte, dicha sentencia tampoco se preocupa de fundar la decisión de por qué la situación del padre sería más ventajosa que la de la madre (cuestión que exige el Derecho chileno) para concederle el cuidado regular la las niñas.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

Sobre el derecho a ser oído

La Corte Interamericana en este punto constata que la Corte Suprema de Justicia de Chile no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún, si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño. Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma.

Sobre el procedimiento disciplinario

Finalmente, el último de los reproches que la Corte Interamericana formula al Estado de Chile, trae causa en el procedimiento disciplinario incoado en contra de la señora Atala. Si bien dicha investigación encuentra su fundamento legal en los artículos 544, 559 y 560 del Código Orgánico de Tribunales, al ser uno de los propósitos de la investigación indagar sobre la orientación sexual de la señora Atala sobre la base de información publicada en la prensa, dicha medida vulnera los artículos 24, 11 y 8.1 de la Convención.

3. DERECHOS HUMANOS EN LA ERA POST PINOCHET: BALANCE Y PERSPECTIVAS DE PROGRESO

Sin duda alguna, la incorporación de Chile al Sistema Interamericano ha significado un importante motor de progreso en cuestiones que resultan vitales en la construcción de un Estado de Derecho vigoroso. Si hiciéramos el ejercicio de enumerar, así a simple vista, podríamos mencionar: el fin de la censura cinematográfica y la libertad de creación artística y científica, la Ley N° 20.285 y toda la institucionalidad sobre acceso a la información

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

pública, el fin de la figura del secuestro permanente para someter a proceso a los responsables de desapariciones forzosas durante la dictadura, o la aprobación de la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, de algún u otro modo, son consecuencia de los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano.

Vistas las cosas desde el punto de vista del cumplimiento de los fallos, hasta el momento la Corte solo ha declarado totalmente cerrados los casos de la Última Tentación de Cristo y Claude vs. Chile y parcialmente cerrados Palamara y Almonacid. Sin embargo, es en materia de recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana donde Chile actualmente presenta una gran deuda que cumplir. Al respecto, ha sido la misma Corte en la sentencia Atala que se ha pronunciado expresamente sobre este asunto, al señalar que: "Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"[22]

Pues bien, hasta la fecha resulta claro que el diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales chilenos es prácticamente inexistente. Esto es importante, dadas sus limitadas posibilidades de actuación, los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, necesitan contar con la colaboración de los tribunales nacionales para maximizar el efecto de sus resoluciones. En este proceso deberían jugar un rol preponderante aquellos tribunales que realizan control de constitucionalidad. Sin duda, sería interesante estudiar cuáles son las casusas de este fenómeno, pero al menos en el caso chileno los números son claros: el diálogo con el Sistema Interamericano no se ha producido.

Así las cosas, en toda la historia del tribunal Constitucional chileno hay solamente dos sentencias que utilizan elementos del sistema interamericano para justificar una decisión. La primera es la recordada 740-08, más

[22] Cfr. Caso Atala Riffo Vs. Chile. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 233, párr. 282.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

conocida como píldora I, donde el Tribunal Constitucional chileno para justificar la inconstitucionalidad de la denominada "píldora del día después", cita el artículo 4.1 de la Convención Interamericana con el objeto de argumentar que ésta prohíbe toda forma de aborto. No obstante la Corte Interamericana no se ha pronunciado al respecto, sí lo ha hecho la Comisión Interamericana en la Resolución N° 23/81 (más conocido como asunto "Baby Boy") de 06 de marzo de dicho año, donde paradójicamente llega a la conclusión contraria. La otra sentencia es la 1732 – 10 en la que se resolvió una acción de inaplicabilidad en contra del art. 10 h) de la Ley N° 20.285 (más conocida como ley de transparencia). A pesar de que el antecedente directo es la sentencia de la Corte Interamericana Claude Reyes v. Reyes, la referencia que se hace en el considerando 14 es formulada simplemente a modo de *obiter dictum.*

Sí hay un grupo levemente mayor de citas en los votos particulares. En este sentido, existen las siguientes menciones en votos disidentes: Rol 2231-12 (Ley antidiscriminación), Rol 1798-10 (daño moral en delito de injurias), Rol 2152-11 (Inscripción electoral automática), Rol 2230-12 (medidas alternativas a las penas privativas de libertad), Rol 1683-10, ley que tipifica el delito de sodomía (voto particular, considerando 18), Rol 2153-10 acción de inaplicabilidad en contra del art. 5 de la Ley N° 20.285.

A modo de palabras finales, es importante destacar que Chile es un país que sistemáticamente ha ido sumando esfuerzos por ir elevando sus estándares en materia de derechos humanos. El camino ha sido largo y duro. Al día de hoy, el país sigue regido en lo esencial por una Constitución que es el legado de la dictadura. Sin embargo, conjuntamente con el impulso que ha significado el escrutinio de la Corte Interamericana, también se han dado importantes pasos en el plano interno: tal vez el más significativo ha sido la institucionalización de la promoción y protección de los derechos humanos a través de la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Con este paso, su reconocimiento, promoción y protección ha dejado de ser una cuestión de izquierdas o derechas y ha pasado a formar parte de una política de Estado. Desde luego, esto no quiere decir que no vendrán más sentencias de la Corte Interamericana, pero sí ello permite aumentar significativamente las posibilidades de prevención y reparación interna, y lo que es más importante, sin duda será fundamental para el fortalecimiento de una cultura de respeto por los derechos humanos.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Atria, F., "Participación y alienación política", en Fuentes, C., *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile,* Ediciones Böll Cono Sur, Santiago, pp. 163-190.

Cazor, K. y Bordalí, A., "La Corte Penal Internacional ante la Constitución de 1980. Comentarios al fallo del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile,* vol.13, 2002, pp. 255-263.

Cumplido, F., "La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma doctrinaria y jurisprudencia", en *Ius et Praxis,* vol.9, núm. 1, 2003, pp. 365-374.

Godoy, O., "La transición a la democracia: pactada", en Estudios Públicos, núm. 74, 1999, pp. 79-106.

Gómez, G., *Recurso de protección y derechos fundamentales,* Ediciones Diego Portales, Santiago, 2003

Henríquez, L., "improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales", en *Estudios Constitucionales,* año 5, núm. 1, 2007, pp. 119-126.

Nogueira, H., "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia", en *Ius et Praxis,* vol. 6, núm.1, 2003, [versión electrónica]

Paredes, F., "Chile: democracia, instituciones y participación", en Alberti, G. y Villena, J. (coords.), *Movimientos e instituciones y la calidad de la democracia en América Latina y Europa,* Editorial Octaedro, Barcelona, 2013, en prensa.

Peña, M., "Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional", en *Estudios Constitucionales,* vol. 1., 2003, pp. 593-611.

5. JURISPRUDENCIA Y PRONUNCIAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Tribunal Constitucional de Chile rol 346, de 8 de abril de 2002.

Tribunal Constitucional de Chile rol 740, de 18 abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile rol 1288, de 25 de agosto de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile rol 1732, de 21 de junio de 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, OEA/Ser.L/V/II.34 doc. 21, de fecha 25 octubre 1974.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, OEA/Ser.L/V/II.37 doc. 19 corr. 1, de fecha 28 junio 1976.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, OEA/Ser.L/V/II.40 Doc.

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/4w8f6jk5

10, de fecha 11 de febrero de 1977.

Comisión Interamericana de derechos Humanos, Resolución N° 23 de fecha 06 de marzo de 1981.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 111.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne Vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005 (fondo reparaciones y costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)

Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

DR © 2013.
Red de Derechos Humanos y Educación Superior-DHES-http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19769