



**Centro UC**  
Derecho y Religión

AÑO XII • Nº 9 • JULIO 2017

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE  
Facultad de Derecho

BOLETÍN JURÍDICO

# Observatorio de libertad religiosa de América Latina y El Caribe

## TEMAS DESTACADOS

### CHILE

#### DERECHO A LA VIDA/

Dossier sobre la discusión parlamentaria y la situación actual del “Proyecto de Ley que regula la despenalización del interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” de la Licenciada en Derecho Francisca Ibarra Infante

### COLOMBIA

#### OBJECCIÓN DE CONCIENCIA/

Texto conciliado definitivo del Proyecto de Ley que modifica el servicio militar en relación al reclutamiento, control de reservas y la movilización y reglamenta la Objeción de Conciencia

### INDIA

#### LIBERTAD RELIGIOSA/

Sentencia de la Corte Superior de Punjab (*High Court of Punjab & Haryana at Chandigarh*) que permite a los seguidores de gurú espiritual mantener su cuerpo congelado (selección)

**Directora Centro  
Dra. Ana María Celis B.**

**Editor  
René Cortínez C., S.J.**

**Investigación  
M. Josefina Silva S.**

**Centro UC Derecho y Religión: Todos los derechos  
reservados**

**Se autoriza la reproducción de textos íntegros y no  
alterados, siempre que se individualice al Centro UC  
Derecho y Religión como titular de los derechos de autor.**

## ÍNDICE GENERAL

### CHILE

#### I. NORMAS JURÍDICAS PUBLICADAS

##### DECRETOS

###### MINISTERIO DE BIENES NACIONALES

Subsecretaría de Bienes Nacionales

Extracto de decreto exento número E-306, de 2017.- Otorga concesión gratuita de inmueble fiscal en la Región de Los Ríos, a Asociación Indígena Weichafe Lafquén Mapu. **5**

###### MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Decreto número 132, de 2017.- Declara Monumento Nacional en la categoría de Monumento Histórico a la Iglesia San Marcos de Mamiña, ubicada en la comuna de Pozo Almonte, provincia del Tamarugal, Región de Tarapacá. **6**

###### MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Decreto exento número 768, de 2017.- Modifica decreto N° 1.264 exento, de 2016, y aprueba programas de estudio de primero y segundo año de educación media. **9**

##### RESOLUCIONES

###### CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES

Resolución número 40, de 2017.- Modifica resolución N° 684 exenta, de 2016, que determina forma de ejecución de recursos y financiamiento de las iniciativas de infraestructura cultural de instituciones públicas y/o privadas con cargo a la asignación 002 del Programa de Financiamiento de Infraestructura Cultural Pública y/o Privada. **11**

###### MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL

Resolución exenta número 726, de 2017.- Dispone realización de proceso de consulta indígena que indica e inicia procedimiento administrativo, en el marco de una Nueva Constitución para Chile. **18**

###### MINISTERIO DE BIENES NACIONALES

Rectificación resolución exenta número 1.322, de 2017.- Dispone realización de un proceso de consulta al pueblo indígena Kawésqar, inicia procedimiento administrativo y convoca al proceso. **20**

###### MINISTERIO DE BIENES NACIONALES

Resolución exenta número 1.322, de 2017.- Dispone realización de un proceso de consulta al pueblo indígena Kawésqar, inicia procedimiento administrativo y convoca al proceso. **23**

###### MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE

Servicio de Evaluación Ambiental / IX Región de la Araucanía  
Extracto de resolución número 168, de 2017.- Informa realización de proceso de consulta previa a los pueblos

indígenas, según lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en el marco del proceso de evaluación ambiental del proyecto Central Hidroeléctrica Los Aromos. **25**

#### COLECTAS PÚBLICAS. **27**

#### II PROYECTOS DE LEY EN TRÁMITE

##### SÍNTESIS DESCRIPTIVA PROYECTOS DE LEY.

Modifica el Código Penal, para incorporar el delito de incitación al odio o a la violencia contra personas que indica. **29**

Declara feriado el 24 de junio de cada año, Día Nacional de los Pueblos Indígenas. **30**

Modifica la ley N°18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, respecto de la prohibición de parentesco entre el alcalde y los concejales en caso de pertenecer a pueblos indígenas. **30**

#### PROYECTOS DE LEY EN TRÁMITE QUE HAN SIDO PUBLICADOS EN EL BOLETÍN. **31**

#### III. DOCUMENTOS

A. Dossier sobre la discusión parlamentaria y la situación actual del “Proyecto de Ley que regula la despenalización del interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” de la Licenciada en Derecho Francisca Ibarra Infante. **39**

- Documento 1: Comentario jurídico sobre la situación actual del “Proyecto de Ley que regula la despenalización del interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”. **39**
- Documento 2: Tabla comparativa del texto del “Proyectos de Ley sobre interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” aprobado por la Cámara de Diputados y el texto aprobado por el Senado. **44**

B. Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza recurso de protección presentado por el Instituto de Derechos Humanos (INDH) por supuesta discriminación a paciente en hospital de La Florida. **53**

C. Sentencia de la Corte de Antofagasta que ordena la Dirección General de Aeronáutica Civil realizar consulta previa a los pueblos atacameños antes de autorizar vuelos en globo aerostático sobre San Pedro de Atacama. **59**

## ARGENTINA

A. Carta de Amnistía Internacional al presidente Mauricio Macri manifestando su posición frente al Proyecto de Libertad Religiosa que se discute actualmente en el Congreso. **73**

B. Comunicado de la Nunciatura apostólica en Argentina informando el nombramiento del nuevo Comisario Apostólico ad nutum Sanctae Sedis para todas las comunidades y los Sodales de la Compañía de María para la educación de sordomudos. **76**

C. Texto del comunicado del “Foro Permanente para la Promoción y la defensa de las personas con discapacidad” por la aplicación del Decreto 432/97 que regula el otorgamiento de pensiones a personas con discapacidad. **77**

## COLOMBIA

A. Texto conciliado definitivo del Proyecto de Ley que modifica el servicio militar en relación al reclutamiento, control de reservas y la movilización y reglamenta la Objeción de Conciencia. **79**

B. Sentencia de la Corte Constitucional que acoge demanda y ampara derecho a la salud y a la identidad cultural en salud a comunidades indígenas asentadas en el departamento de Vaupés (selección). **98**

C. Sentencia de la Corte Constitucional que amparan los derechos de una mujer indígena vendedora informal ante las acciones de desalojo de funcionarios de la Municipalidad de Bogotá, atendiendo al enfoque diferenciado que la Constitución asegura a los miembros de comunidades indígenas (selección). **112**

D. Decreto N°36 de 9 de junio de 2017 “Por el cual se hace entrega simbólica del Municipio de Yopal al Señor Jesucristo”. **121**

E. Comunicado de la Conferencia Episcopal de Colombia manifestando su rechazo a los mensajes difundidos por el canal de señal abierta “Teleamiga” respecto de la legitimidad del Papa, la Eucaristía y otros aspectos de la Iglesia Católica. **123**

F. Respuesta del canal de señal abierta “Teleamiga” al comunicado de la Conferencia Episcopal reafirmando el contenido de los mensajes sobre la Iglesia Católica difundidos por la señal. **125**

## NICARAGUA

A. Proyecto de Ley que reforma la Ley 641 del Código Penal que agrega artículo 140 Bis. sobre Asesinato Agravado,

incluyendo la penalización por por motivos de fanatismo religioso (selección). **127**

## PERÚ

A. Comunicado de la Pontificia Universidad Católica del Perú en que da a conocer la decisión final de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso de amparo de la Universidad y el Arzobispado por los derechos sobre los bienes de la entidad. **128**

B. Resolución de la Corte Superior de Justicia de Lima que confirma resolución que declaró improcedente el pedido de nulidad propuesto por el Arzobispo de Lima Juan Luis Cipriani Thorne y confirma sentencia que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por la Pontificia Universidad Católica del Perú relativa a la inscripción de bienes legados a la Universidad y las facultades Arzobispado sobre los mismos. **129**

## CANADÁ

A. Decreto del Arzobispo de Montreal Monseñor Christian Lépine sobre la implementación de las políticas sobre el “Ministerio Pastoral Responsable” recientemente publicadas. **139**

B. Documento guía diocesana para la implementación de una “Política Diocesana de Pastoral Responsable” (selección). **141**

## ESPAÑA

A. Moción del grupo Parlamentario Esquerra Republicana aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados para instar al gobierno a presentar un Proyecto de Ley Orgánica de Libertad ideológica, religiosa y de culto que cambie la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980. **144**

## ESTADOS UNIDOS

A. Decisión de la Corte Suprema de revisar el caso del pastelero Jack Philipps en la causa Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission iniciada el 2012. **146**

## INDIA

A. Sentencia de la Corte Superior de Punjab (High Court of Punjab & Haryana at Chandigarh) que permite a los seguidores de gurú espiritual mantener su cuerpo congelado (selección). **147**

## CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

A. Decisión de Inadmisibilidad de la Corte en el caso Gard y otros v. el Reino Unido. **156**

## CHILE

### I. Normas Jurídicas Publicadas

#### DECRETOS

**MINISTERIO DE BIENES NACIONALES**  
**Subsecretaría de Bienes Nacionales**  
**Extracto de decreto exento número E-306, de 2017.- Otorga concesión gratuita de inmueble fiscal en la Región de Los Ríos, a Asociación Indígena Weichafe Lafquén Mapu**  
Diario Oficial: 14 de julio de 2017

#### (Extracto)

Mediante decreto exento N° E-306, de 30 de junio de 2017, el Ministerio de Bienes Nacionales otorgó en Concesión Gratuita, a la Asociación Indígena "Weichafe Lafquén Mapu", RUT N° 65.023.504-5, el inmueble fiscal signado como Hijuela 5, ubicado en el sector Mississippi-Mehuín Bajo, comuna de Mariquina, provincia de Valdivia, Región de Los Ríos; Rol Servicio de Impuestos Internos N° 386-57; amparado por inscripción en mayor cabida a nombre del Fisco, que rola a fs. 630 N° 745, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Mariquina, correspondiente al año 1996; singularizado en el Plano N° X-1-4773-C.R.; con una superficie de 1.79 Hás. La Concesión se otorga por un plazo de 20 años, contado desde la fecha de suscripción de la escritura pública de concesión.

La Concesión se otorga para destinar el inmueble al funcionamiento de la Casa Piedra, espacio cultural en el cual se desarrollan actividades relacionadas con sus objetivos, rescatando y fortaleciendo la identidad de su gente. El contrato de concesión deberá suscribirse dentro del plazo de 30 días, contado desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial, del extracto del decreto de concesión. El decreto con su texto íntegro se encuentra disponible en el sitio web del Ministerio de Bienes Nacionales.

Autoriza extracto.- Magdalena Badilla Rodríguez, Jefa de División Jurídica.

[Volver al índice](#)

**MINISTERIO DE EDUCACIÓN**

**Decreto número 132, de 2017.- Declara Monumento Nacional en la categoría de Monumento Histórico a la Iglesia San Marcos de Mamiña, ubicada en la comuna de Pozo Almonte, provincia del Tamarugal, Región de Tarapacá**

Diario Oficial: 25 de julio de 2017

Núm. 132.- Santiago, 28 de junio de 2017.

Considerando:

Que el Consejo de Monumentos Nacionales recibió la solicitud de la Sra. Claudia Rojas Campos, Intendente Regional de Tarapacá para declarar como monumento nacional, en la categoría de monumento histórico, a la "Iglesia San Marcos de Mamiña", ubicada en la comuna de Pozo Almonte, provincia del Tamarugal, Región de Tarapacá; Que el poblado de Mamiña se emplaza en la precordillera, a 2.700 msnm, a 125 kms. de Iquique y a 69 kms. de Pozo Almonte. Pertenece al Área de Desarrollo Indígena (ADI) Jiwasa Oraje, asociada a la Comunidad Indígena Quechua de Mamiña;

Que, a mediados del siglo XVI se instauró en Mamiña una encomienda; el pueblo andino fue parte originalmente de la Doctrina de Ilabaya, y esta, del Obispado del Cusco, hasta la creación de la primera Parroquia de Indios. San Marcos de Mamiña se constituyó luego en un anexo de San Lorenzo de Tarapacá, curato doctrinal creado entre 1565 y 1571, que junto a Santo Tomás de Camiña, establecido poco después, fueron los únicos curatos doctrinales de toda la provincia hasta la segunda década del siglo XVII;

Que la primera construcción con fines religiosos del periodo hispánico probablemente fue un pequeño oratorio de piedras, cañas y barro como techumbre. En 1632, se construyó el Templo San Marcos de Mamiña sobre un pequeño afloramiento rocoso de liparita o pumita (piedra rosada), en un espacio de uso prehispánico con importancia simbólica para las comunidades originarias. Existía en el lugar un cementerio prehispánico, según manifiesta la oralidad local, que incluye descripciones de pobladores sobre hallazgos en trabajos de mantenimiento a principios del siglo XX y en la década de 1950;

Que la iglesia fue erigida con tecnología local, utilizando minerales no metálicos, piedras, arcilla, barro, madera, pastos duros, moños de trigo con técnicas tradicionales locales como el adobe, el mortero de barro, techado de mojinete y trabajo de piedra canteada. Con impronta neoclásica en su altar mayor y retablo, se presume que las naves o capillas actuales son del templo original y la actual entrada y retablo una ampliación realizada a fines del periodo colonial;

Que el calendario de fiestas de la Iglesia de Mamiña, con procesiones, bandas, bailes y cantos tradicionales, incluye la Pascua de los Negros, los días 5 y 6 de enero; Misa y procesión del 6 de enero; Fiesta de la Candelaria, el 2 de febrero; Semana Santa; Fiesta de San Marcos, el 25 de abril; Fiesta del Señor y Pentecostal, los días 3 y 4 de junio; Fiesta de la rueda/octava, del 1 al 10 de octubre; día de los difuntos y visita al cementerio, los días 1 y 2 de noviembre; Misa en la noche, el 7 de diciembre; Misa de primera comunión, el 8 de diciembre y Misa de la noche canto de los pastores, el 24 de diciembre;

Que la iglesia ha sido objeto de reconstrucciones por acción comunitaria luego de incendios y terremotos; luego del terremoto de 2005 la iglesia fue recuperada con recursos aportados por una empresa minera;

Que, de acuerdo al informe de daños elaborado por la Dirección de Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas, luego del incendio del 8 de enero de 2017, mediante inspección visual, en los muros de piedra y barro no se aprecian daños mayores que pudiesen comprometer su estabilidad, sin perjuicio de que deberán ser analizados de manera puntual con métodos propios de análisis estructurales. Se aprecian carbonizaciones parciales y totales en elementos de madera embebidas en muros pétreos, como pilares, pies derechos y vigas

de madera. La cubierta y cielo fueron totalmente destruidos; la caña y paja brava se consumieron totalmente y su estructura de piezas de acero no soportó las altas temperaturas. También se perdieron todas las imágenes, que la comunidad quiere reponer mediante réplicas; Que el retablo de piedra conserva los tres cuerpos y sus respectivos caminos y calles, sin embargo, las altas temperaturas generaron una pérdida de casi el 100% de las pinturas y elementos decorativos, de la misma forma la imaginería que acompañaba y completaba el retablo y el espacio del altar del templo en su conjunto;

Que los valores que se identifican para la Iglesia de Mamiña son:

- A) Es testimonio del encuentro temprano entre las culturas originarias y los colonizadores españoles, que derivó en una transformación cultural del mundo andino y sus espacios simbólicos en el ámbito religioso.
- B) En términos urbanos, la Iglesia se configura como un hito que determinó la conformación del poblado a su alrededor.
- C) En términos arquitectónicos y constructivos, sus torres de acceso, nave principal y capillas laterales, construidos en base a materiales y técnicas locales, reflejan el encuentro entre el mundo andino y el español y son testimonio del Barroco Andino.
- D) La Iglesia es un centro religioso activo, donde la comunidad mantiene sus tradiciones vivas, tanto a través de las festividades religiosas tradicionales como por medio de la administración tradicional, en donde un fabriquero es el encargado de su conservación y un alférez el encargado de la organización de las fiestas o de la continuidad de la expresión de su fe en ellas.
- E) El sitio de la Iglesia de Mamiña es testimonio material de un continuum histórico desde la época prehispánica hasta la actualidad, conteniendo los vestigios de su historia constructiva, así como enterratorios, que evidencian la superposición de valores a través del tiempo.
- F) La historia constructiva de la Iglesia, que luego del incendio de 2017, mantiene atributos esenciales que expresan su valor, está labrada por la participación de la comunidad a través de sucesivas obras de reconstrucción y conservación. Ahora, en el marco del programa Puesta en Valor del Patrimonio, este involucramiento y este sello histórico del bien, podrá activarse nuevamente con apoyo del Estado, bajo los estándares propios de la conservación de patrimonio;

Que los atributos que se definen para esta Iglesia son:

1. Su emplazamiento.
2. Tipología de manzana en que está emplazada.
3. Plaza-atrío.
4. Relación con el cementerio prehispánico alrededor de la Iglesia.
5. Materialidad y sistema constructivo; tecnología local en base a piedras y mortero de barro, en el caso de muros perimetrales y madera en la techumbre.
6. Volumetría y elementos morfológicos entre los que destacan: la nave central, capillas laterales y torres de acceso.
7. El retablo de piedra.
8. Elementos ornamentales, como pilastras, capiteles, base de columnas, entre otros.
9. Piedras labradas en arcos y columnas.
10. El subsuelo, que contiene vestigios de la propia construcción y enterratorios;

Que el Consejo de Monumentos Nacionales aprobó por unanimidad, en su sesión ordinaria de 31 de enero de 2017, la declaratoria como Monumento Nacional en la categoría de Monumento Histórico para la Iglesia San Marcos de Mamiña, y

Visto:

Lo dispuesto en los artículos 32 N° 6 y 35 de la Constitución Política de la República; la Ley N° 17.288 de Monumentos Nacionales; el decreto supremo N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República; el oficio ordinario N° 2350, de 23/05/2017, del Vicepresidente Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales; el Acta de la Sesión Ordinaria del Consejo de Monumentos Nacionales, de 31 de enero de 2017 (punto 101); el oficio Ord. N° 63, de 20/01/2017, de la Sra. Claudia Rojas Campos, Intendente Regional de Tarapacá; la carta del Sr. Guillermo Vera Soto, Obispo de Iquique, de 28/03/2017; el memorándum N° 15-2017, de la Coordinadora Regional OTR Tarapacá, de 20/01/2017; la carta del Sr. Richard Godoy Aguirre, alcalde de Pozo Almonte, de 19/01/2017; la carta de la Sra. Gudelia Cautín Caqueo, presidenta de la Comunidad Indígena Quechua de Mamiña de 20/01/2017; la carta de apoyo del presidente del Consejo Parroquial de la Iglesia San Marcos de Mamiña, de 20/01/2017; las firmas de apoyo de la comunidad y la resolución N° 1.600 de 2008, de la Contraloría General de la República de Chile,

Decreto:

**Artículo único:** Declárase Monumento Nacional en la categoría de Monumento Histórico, a la "Iglesia San Marcos de Mamiña", ubicada en la comuna de Pozo Almonte, provincia del Tamarugal, Región de Tarapacá.

El área protegida tiene una superficie de 3.593,29 mts.2, como se grafica en el polígono con las letras A - B - C - D - E - A, del plano adjunto, que forma parte del presente decreto y cuyos límites son los siguientes:

<b>Memoria Explicativa del Polígono de Límites</b>	
<b>Tramo</b>	<b>Descripción</b>
A-B	Límite Norponiente, línea de solera norponiente de calle Santa Rosa.
B-C	Límite Norte, línea de solera norte de calle Santa Rosa
C-D	Límite Oriente, línea de solera oriente de Av. Las Termas.
D-E	Límite Sur, línea de solera sur de calle Tarapacá.
E-A	Límite Surponiente, línea de solera surponiente de calle existente.

Área de Protección Coordenadas UTM Datum WGS 85, Huso 19 Sur		
Punto	Este (x)	Norte (y)
A	477.250	7.780.476
B	477.272	7.780.506
C	477.324	7.780.527
D	477.338	7.780.491
E	477.267	7.780.453

Anótese, tómesese razón y publíquese.- Por orden de la Presidenta de la República, Adriana Delpiano Puelma, Ministra de Educación.

Lo que transcribo a usted para su conocimiento.- Saluda atentamente a usted, Valentina Karina Quiroga Canahuate, Subsecretaria de Educación.

*Volver al índice*

**MINISTERIO DE EDUCACIÓN**  
**Decreto exento número 768, de 2017.- Modifica decreto N° 1.264 exento, de 2016, y aprueba programas de estudio de primero y segundo año de educación media**  
Diario Oficial: 25 de julio de 2017

Núm. 768 exento.- Santiago, 19 de julio de 2017.

Visto:

Lo dispuesto en los artículos 32 N° 6 y 35 de la Constitución Política de la República; en la ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la ley N° 18.956, que Reestructura el Ministerio de Educación Pública y sus modificaciones; en el decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 20.370 con las Normas No Derogadas del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005; en los decretos supremos Nos 614, de 2013, y 369, de 2015, ambos del Ministerio de Educación, que Establecen Bases Curriculares de 7º Año Básico a 2º Año Medio en Asignaturas que indica; en el decreto exento N° 169, de 2014, del Ministerio de Educación, que Modifica Plan de Estudio de Séptimo a Segundo Año de Enseñanza Media y Programas que indica; en el decreto exento N° 1.358, de 2011, del Ministerio de Educación, que Aprueba Planes y Programas de Estudio de 1º y 2º Año de Educación Media; en el decreto exento N° 77, de 1999, del Ministerio de Educación, que Aprueba Planes y Programas de Estudio para 1º Año de Enseñanza Media; en el decreto exento N° 83, de 2000, del Ministerio de Educación, que Aprueba Planes y Programas de Estudio para 2º Año de Enseñanza Media; en el decreto exento N° 1.264, de 2016, del Ministerio de Educación, que Aprueba Plan de Estudio de 1º y 2º año de Educación Media; en el decreto exento N° 312, de 2017, del Ministerio de Educación, que aprueba programas de estudio de 1º y 2º año de Educación Media; en los Acuerdos Nos 012/2017, de 25 de enero de 2017, y 017/2017, de 15 de marzo de 2017, ambos del Consejo Nacional de Educación; y en la resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón, y

Considerando:

1º Que de acuerdo a lo establecido por el inciso cuarto del artículo 31, del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación, es esta Cartera de Estado la que debe elaborar los planes y programas de estudio para los niveles de educación básica y media, los cuales, previa aprobación del Consejo Nacional de Educación, serán obligatorios para los establecimientos que carezcan de ellos. 2º Que el decreto exento N° 1.358, de 2011, del Ministerio de Educación, aprobó los planes y programas de estudio de 1º y 2º año de educación media, el cual fue dictado de acuerdo a los Objetivos Fundamentales y Contenidos Mínimos Obligatorios para la educación media, decreto supremo N° 220, de 1998, del Ministerio de Educación y sus

modificaciones. 3º Que los decretos supremos Nos 614, de 2013, y 369, de 2015, ambos del Ministerio de Educación, establecieron las Bases Curriculares de 7º año básico a 2º año medio en asignaturas que indica, de acuerdo al decreto con fuerza de ley Nº 2, de 2009, del Ministerio de Educación. 4º Que el decreto exento Nº 1.264, de 2016, del Ministerio de Educación, aprobó plan de estudio de 1º y 2º año de educación media. 5º Que el decreto exento Nº 312, de 2017, del Ministerio de Educación, modificó el decreto exento Nº 1.264, de 2016, y aprobó programas de estudio correspondientes a 1º año de educación media de las asignaturas de: Lengua y Literatura; Idioma Extranjero: Inglés; Matemática; Historia, Geografía y Ciencias Sociales; Ciencias Naturales; Educación Física y Salud y Orientación, y los correspondientes a 2º año de educación media de las asignaturas de: Idioma Extranjero: Inglés; Matemática; Historia, Geografía y Ciencias Sociales; Ciencias Naturales; Educación Física y Salud y Orientación. 6º Que el Consejo Nacional de Educación, mediante el Acuerdo Nº 012/2017, de 25 de enero de 2017, aprobó los programas de estudio de 1º año de educación media para la asignatura de Música. 7º Que el Consejo Nacional de Educación, mediante el Acuerdo Nº 017/2017, de 15 de marzo de 2017, aprobó los programas de estudio de 1º año de educación media para la asignatura de Artes Visuales. 8º Que de acuerdo a lo señalado anteriormente corresponde complementar el decreto exento Nº 1.264, de 2016, del Ministerio de Educación.

Decreto:

**Artículo 1º:** Apruébanse los siguientes programas de estudio para 1º año de educación media, correspondientes a las siguientes asignaturas: Artes Visuales y Música.

**Artículo 2º:** Modifícase el decreto exento Nº 1.264, de 2016, del Ministerio de Educación, que aprobó plan de estudio de 1º y 2º año de educación media, en el siguiente sentido: Agréganse, en su artículo 2º bis, los nuevos programas de estudio individualizados en el artículo 1º del presente decreto, de la siguiente forma: 8. Artes Visuales. 9. Música.

**Artículo 3º:** En todo lo no modificado sigue vigente el decreto exento Nº 1.264, de 2016, del Ministerio de Educación.

**Artículo 4º:** Archívese una copia del presente acto administrativo conjuntamente con el decreto exento Nº 1.264, de 2016, del Ministerio de Educación. Anótese y publíquese.- Por orden de la Presidenta de la República, Adriana Delpiano Puelma, Ministra de Educación. Lo que transcribo para su conocimiento.- Saluda atentamente a Ud., Valentina Karina Quiroga Canahuate, Subsecretaria de Educación.

[Volver al índice](#)

## RESOLUCIONES

### CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES

**Resolución número 40, de 2017.- Modifica resolución N° 684 exenta, de 2016, que determina forma de ejecución de recursos y financiamiento de las iniciativas de infraestructura cultural de instituciones públicas y/o privadas con cargo a la asignación 002 del Programa de Financiamiento de Infraestructura Cultural Pública y/o Privada**

Diario Oficial: 28 de julio de 2017

Núm. 40.- Valparaíso, 3 de julio de 2017.

Visto:

Lo dispuesto en la ley N°19.891, que crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes; en la ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la ley N° 20.981, de Presupuestos del Sector Público para el año 2017; en la resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República; en la resolución exenta N° 684, de 2016, de este Servicio, que determina forma de ejecución de recursos y financiamiento de las iniciativas de infraestructura cultural de instituciones públicas y/o privadas con cargo a la asignación 002 "Programa de Financiamiento de Infraestructura Cultural Pública y/o Privada"; y en el Memorando Interno N° 01.2/0042 de la jefatura de la Unidad de Infraestructura.

Considerando:

Que el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, en adelante "el Consejo" o "el Servicio" indistintamente, es un servicio público autónomo, descentralizado y territorialmente desconcentrado, con personalidad jurídica y patrimonio propio cuyo objeto es apoyar el desarrollo de las artes y la difusión de la cultura, contribuir a conservar, incrementar, y poner al alcance de las personas el patrimonio cultural de la Nación y promover la participación de éstas en la vida cultural del país. Que para el cumplimiento de dicho objeto, la ley N° 20.981, de Presupuestos del Sector Público para el año 2017 contempla en la Glosa N° 25, asignación 002, ítem 03, subtítulo 33 del Programa 01, Capítulo 16, Partida 09 de este Servicio, recursos para el "Programa de Financiamiento de Infraestructura Pública y/o Privada", destinado a financiar las iniciativas de infraestructura cultural de instituciones públicas y/o privadas, conforme a lo establecido en la resolución exenta N°684, de 2016 y sus modificaciones, del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.

Que se ha estimado necesario realizar modificaciones al referido acto administrativo que regula este Programa, por lo que

Resuelvo:

**Artículo primero:** Reemplázase, para efectos de ejecución del Programa de Financiamiento de Infraestructura Cultural Pública y/o Privada, la totalidad de los artículos señalados en la resolución exenta N° 684, de 2016, por los siguientes:

**Artículo primero:** La asignación presupuestaria correspondiente al "Programa de Financiamiento de Infraestructura Pública y/o Privada" se ejecutará conforme a lo dispuesto en la Glosa N° 25, asignación 002, ítem

03, subtítulo 33 del Programa 01, Capítulo 16, Partida 09 de este Servicio, establecido en la Ley de Presupuestos del Sector Público del año presupuestario correspondiente y a la presente resolución.

**Artículo segundo:** Los recursos correspondientes a la citada asignación 002 sobre el "Programa de Financiamiento de Infraestructura Pública y/o Privada" estarán destinados a aumentar la cobertura de infraestructura cultural del país, apoyando a organizaciones culturales privadas sin fines de lucro y a municipalidades, por medio del financiamiento de proyectos de diseño de arquitectura y especialidades y la ejecución de proyectos de construcción y/o habilitación de Infraestructuras culturales, debiendo asegurarse su sostenibilidad en el tiempo.

**Artículo tercero:** Con los recursos correspondientes a la citada Asignación 002 del Ítem 33 sobre "Programa de Financiamiento de Infraestructura Cultural Pública y/o Privada", se pagarán todos aquellos gastos que permitan la ejecución del referido programa y, en especial, los que se indican en los artículos sexto y séptimo siguientes.

**Artículo cuarto:** La asignación señalada en el artículo primero de esta resolución se ejecutará por medio de dos mecanismos:

- Convocatoria Pública que entregará financiamiento a proyectos de Infraestructura Cultural Pública o Privada de carácter fijo, conforme a los requisitos y procedimiento que se indican en el artículo sexto.
- Convenios de transferencia de recursos que se celebrarán con Municipalidades de comunas de menos de cincuenta mil habitantes para la construcción y/o habilitación de infraestructuras culturales, conforme a las definiciones, requisitos y procedimiento que se indican en el artículo séptimo.

**Artículo quinto:** Para efectos de este Programa se entenderá por:

- Infraestructura Cultural: Corresponde a un bien inmueble o recinto de carácter permanente o fijo, de características técnicas físicas específicas que posibilitan el desarrollo de diversas disciplinas y actividades artísticas, estimulando la formación, creación, producción, difusión/distribución, conservación, entre otros. Aun cuando son espacios acondicionados y habilitados para actividades artísticas y culturales, pueden haber sido concebidos o construidos para fines distintos. Cumplen también la función de interacción entre diferentes actores sociales y permiten la reproducción de prácticas culturales de una sociedad o grupo particular. La infraestructura cultural, está asociada a algún tipo de administración que planifica, programa y gestiona las actividades, generan programación y de acuerdo a su línea editorial selecciona los contenidos. Esta definición comprende, entre otras, las siguientes: Centro cultural o casa de la cultura, centro de documentación, cine o sala de cine, estudio de grabación, galería de arte, sala de ensayo, sala de exposición, taller de artesanos, teatro o sala de teatro.
- Diseño de Arquitectura y Especialidades: Se refiere a la elaboración completa del proyecto de Arquitectura y todas las especialidades asociadas, las cuales pueden variar dependiendo de la complejidad del proyecto. Generalmente las especialidades de un proyecto son: Topografía, Mecánica de Suelos, Cálculo Estructural, Proyecto de Electricidad y Corrientes Débiles, Proyecto Sanitario, Climatización, Proyecto Acústico, Paisajismo, entre otros. El producto final es la Planimetría Completa y Especificaciones Técnicas de Arquitectura y de todas las especialidades involucradas, y el Presupuesto de la Obra detallado por partidas. Adicionalmente puede complementarse con las fichas técnicas y/o catálogos de los productos, equipos o materiales a utilizar entre otros antecedentes.
- Construcción: Se refiere a toda obra de edificación o de urbanización, que requiere previo a su ejecución de un proyecto de Arquitectura y Especialidades y de una planificación detallada.

- **Habilitación:** Se refiere a cambios y modificaciones necesarias para que un lugar o espacio, sirva para una nueva función que no es la que desempeña habitualmente ni para la que fue diseñada.
- **Ampliación:** Se refiere a un aumento de la superficie edificada que se construye a partir de una edificación existente y con posterioridad a la recepción definitiva de las obras.
- **Mejoramiento:** Son las reformas necesarias para que un inmueble que está en una condición deficiente o inadecuada, cambie a un estado eficiente, que permita cumplir correctamente su función.

**Artículo sexto:** La convocatoria pública referida en el artículo cuarto se ejecutará conforme a los requisitos y mecanismos que se indican a continuación:

1. Requisitos de los beneficiarios. Los postulantes deberán cumplir al menos con los requisitos que se indican a continuación:

- Organizaciones culturales privadas sin fines de lucro, constituidas como personas jurídicas de derecho privado. Quedan expresamente excluidas las sociedades de hecho.
- Municipalidades de comunas que cuenten con más de 50.000 habitantes. En caso de postular a la Línea 3 señalada en el numeral 2.1. no se exigirá requisito de número de habitantes.

El Consejo Nacional de la Cultura y la Artes deberá dictar una resolución en que se establezca la forma en la que se convocará a los postulantes para acceder a esta fuente de financiamiento del Programa de Financiamiento de Infraestructura Cultural Pública y/o Privada.

2. Convocatoria. La(s) convocatoria(s) que abrirá el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes para ser beneficiario del Programa, se regirá al menos por:

2.1. Líneas. Para cumplir los objetivos del Programa, se ejecutarán al menos una de las siguientes líneas:

- **Línea 1: Diseño de Arquitectura y Especialidades:** Corresponde al diseño de arquitectura y todas las especialidades asociadas de proyectos de Infraestructura Cultural, tales como proyectos de obra nueva (construcción) y/o habilitación (ampliación y/o mejoramiento), entre otras.
- **Línea 2: Proyectos de construcción y/o habilitación de infraestructura cultural:** Corresponde a ejecución de obras para construcción y/o habilitación. La habilitación puede contemplar la ampliación y/o mejoramiento para infraestructuras culturales fijas. Los proyectos que se presenten a esta línea deberán contar con un diseño de arquitectura y especialidades.
- **Línea 3: Reconstrucción de infraestructura cultural;** Corresponde a la ejecución de obras para la reconstrucción y/o habilitación de infraestructura cultural en zonas que hayan sido afectadas como consecuencia de sismos o catástrofes naturales. La habilitación puede contemplar la ampliación y/o mejoramiento para infraestructuras culturales fijas.

2.2. Gastos Financiados. De conformidad con lo que se establezca en la(s) respectiva(s) Convocatoria(s), se podrán financiar a lo menos los siguientes gastos:

- **Línea 1: Diseño de Arquitectura y Especialidades:** Gastos de diseño de arquitectura y especialidades y gastos operacionales directamente relacionados con la ejecución del proyecto.
- **Línea 2: Proyectos de construcción y/o habilitación de infraestructura cultural:** Gastos de obras o gastos directamente relacionados con la ejecución de ellas.
- **Línea 3: Reconstrucción de infraestructura cultural:** Gastos de obras o gastos directamente relacionados con la ejecución de ellas. Se podrán considerar además, entre otros, los siguientes gastos relacionados con las especialidades requeridas para el proyecto: asesorías técnicas necesarias para la correcta ejecución de las obras, asesorías a la inspección técnica de las obras y especialidades asociadas tales como Topografía, Mecánica de Suelos, Cálculo Estructural, Proyecto de Electricidad y Corrientes Débiles, Proyecto Sanitario, Climatización, Proyecto Acústico, Paisajismo.

Para las Líneas 2 y 3 se permite el financiamiento de equipamiento relacionado directamente con la ejecución del proyecto.

2.3. Evaluación y Selección. Las postulaciones que sean recepcionadas serán evaluadas y seleccionadas por una Comisión Evaluadora y Seleccionadora, cuya conformación se establecerá en las respectivas bases de convocatoria.

3. Bases de Convocatoria. En las bases de convocatoria se explicitarán las condiciones de postulación, las líneas de financiamiento, los plazos de postulación, los criterios de evaluación que se emplearán, la Comisión Evaluadora y Seleccionadora, los mecanismos y/o criterios de selección, los montos estimados de recursos concursables por líneas de financiamiento, los tipos de postulantes, los límites máximos de financiamiento, las garantías para asegurar el adecuado desarrollo de los proyectos y en general todas las materias para llevar a cabo la convocatoria acorde con los objetivos del Programa y sus líneas de financiamiento. Asimismo, las bases podrán contemplar que los postulantes deban contar con un plazo mínimo de existencia legal. Las bases de convocatoria establecerán además las condiciones de presentación de todos los proyectos, señalando la forma, lugar, fecha y demás requisitos de postulación y para suscripción del convenio de ejecución de los proyectos ganadores.

**Artículo séptimo:** Los convenios de transferencia de recursos que se celebrarán con Municipalidades de comunas de menos de cincuenta mil habitantes para el desarrollo de proyectos de diseño de arquitectura y especialidades para la construcción y/o habilitación de Infraestructuras culturales se ejecutarán conforme a los conceptos, requisitos y mecanismos que se indican a continuación:

1. Objetivo. Dotar de infraestructura cultural a comunas de menos de 50.000 habitantes mediante la suscripción de convenios de transferencia de recursos con los Municipios de dichas comunas.

2. Convocatoria. El Ministro Presidente convocará a los municipios con menos de 50.000 habitantes que no cuenten con un Centro Cultural, Casa de la Cultura, Teatro o Sala de Teatro. Los municipios convocados deberán presentar un Plan de Gestión Cultural para la infraestructura propuesta y/o un Plan Municipal de Cultura, según corresponda y un Programa Arquitectónico. Dicha documentación deberá ser evaluada por la Unidad de Infraestructura del CNCA, realizando un análisis de acuerdo a los siguientes criterios:

- Posición geográfica y vecindad (Comunas aledañas y análisis provincial respecto a la conectividad y a infraestructuras culturales disponibles),

- Complementariedad y asociatividad local y provincial respecto de las infraestructuras existentes (Plan de Gestión Cultural, convenios de cooperación, trabajo en Red),

- Estado de la infraestructura cultural local (Si existe), - Calidad técnica de los proyectos presentados. La nómina de comunas cuyos proyectos hayan sido aprobados por la Unidad de Infraestructura del CNCA, serán seleccionados por el Ministro Presidente a través de la dictación del respectivo acto administrativo. Dicha selección se realizará de acuerdo al lugar que ocupen las respectivas comunas cuyos proyectos hayan sido aprobados, en el Ranking según su Porcentaje de Aislamiento de conformidad al estudio de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (Subdere) del año 2008 y en consideración a los recursos disponibles que existan para el financiamiento de los respectivos proyectos.

3. Proyectos y Gastos Financiados.

3.1. Proyectos de Diseño Arquitectónico y Especialidades. Consistirán en los proyectos de arquitectura y especialidades afines que correspondan para la futura construcción y/o habilitación de obras para infraestructura cultural, en terrenos de propiedad municipal o en terrenos fiscales entregados en concesión o comodato otorgado por el Ministerio de Bienes Nacionales al municipio por un plazo de al menos 40 años. En estos casos, para suscribir convenio de diseño arquitectónico y especialidades, la concesión o comodato debe haber sido otorgada al Municipio respectivo para el funcionamiento de la respectiva infraestructura cultural.

Dentro de los siguientes quince días hábiles de terminado el anteproyecto de arquitectura deberá realizarse, al menos, una exposición dirigida a la comunidad de creadores(as) y líderes locales, de tal modo que se asegure su participación y opinión en los posteriores resultados (primera consulta). Una vez terminado el proyecto se deberá convocar a una exposición pública final. En dichas exposiciones se deberá contar con la participación de un representante del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. La lista de personas a convocar debe ser propuesta en forma previa por la Municipalidad a la respectiva Dirección Regional del CNCA, quien, si las estima adecuadas, las aprobará por escrito. Una vez aprobadas dichas nóminas, la Municipalidad deberá realizar cada convocatoria con una anticipación no inferior a quince días respecto al día de la realización de la exposición. Asimismo, las exposiciones deberán ser debidamente registradas mediante actas y fotografías, incluyendo la lista firmada de los asistentes a ella.

3.2. Gastos Financiados. Para estos proyectos se permite el financiamiento de los siguientes gastos: financiamiento de los diseños de arquitectura y especialidades, estudios de ingeniería, los que incluyen asesorías y estudios técnicos necesarios para la ejecución del proyecto, asistencia e inspecciones técnicas. La contratación de estos servicios y asesorías deberá realizarse por parte de la Municipalidad a través de los procedimientos establecidos en la normativa legal vigente. En caso que alguna Municipalidad, con la cual se haya suscrito algún convenio de transferencia de recursos en años anteriores, y que todavía se encuentre vigente, solicite un aumento de recursos para ejecutar el proyecto sobre el cual versa el convenio, dicha solicitud deberá ser evaluada por el Ministro Presidente del Consejo, previo informe de la Unidad de Infraestructura, siempre que existan recursos disponibles en el respectivo año presupuestario. El Convenio con su modificación se registrará por lo dispuesto en la resolución que autorizó la entrega de recursos a la Municipalidad en el respectivo año en que se suscribió.

4. Transferencia de los recursos. El Consejo entregará los recursos en una sola cuota, una vez tramitado el acto administrativo que apruebe el convenio entre el Consejo y la Municipalidad.

5. Informes de actividades e informes financieros. Las Municipalidades deberán informar sobre el avance de las actividades y el uso de los recursos conforme las siguientes reglas:

- La Municipalidad suscriptora de un convenio será para todos los efectos que correspondan, respecto del Consejo, la contraparte responsable de la correcta y adecuada ejecución del proyecto.
- El Consejo, a través de la Jefatura de la Unidad de Infraestructura, determinará la correcta ejecución del proyecto y el buen uso de los recursos, aprobando los informes de actividades y financieros presentados por la Municipalidad y certificando la conclusión del proyecto, conforme a lo dispuesto en los literales siguientes. Este seguimiento deberá realizarse en forma coordinada con el respectivo Director Regional del Consejo, al cual deberá remitirse copia de los informes aprobados que presente el Municipio.
- Las Municipalidades deberán presentar en forma mensual informes de actividades que den cuenta sobre los avances del proyecto e informes financieros que den cuenta de los estados de pagos y de las rendiciones de cuentas que correspondan. Los informes mensuales deberán acompañar la documentación contemplada en la resolución N° 30, de 2015, que fija normas de procedimientos sobre rendición de cuentas, de la Contraloría General de la República. Para estos efectos, las Municipalidades presentarán los informes mencionados, en la forma y oportunidad que se establezca en el respectivo convenio, ante la jefatura de la Unidad de Infraestructura, quien deberá aprobarlos por escrito.
- La jefatura de la Unidad de Infraestructura aprobará los informes previo informe de dos funcionarios públicos distintos pertenecientes a su Unidad, vale decir, uno respecto de los informes de actividades y otro respecto de los informes financieros (control por oposición).

- En caso de rechazarse los informes de actividades y/o financieros contemplados precedentemente, la Jefatura de la Unidad de Infraestructura solicitará las aclaraciones pertinentes. Si éstas no son suficientes, deberá informar al Ministro Presidente del Consejo, proponiendo la aplicación de las siguientes medidas:
  - Oficiar al Municipio para que aplique las multas que fueren contempladas en los contratos de obras respectivos.
  - Poner término al convenio suscrito con la Municipalidad.
  - Exigir la restitución de la parte de los recursos transferidos por el Consejo cuya rendición de cuentas no se haya efectuado, se haya observado y/o no se haya ejecutado, debidamente reajustada conforme la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) entre la fecha de recepción de los recursos y la fecha de su restitución definitiva.
  - Ordenar cualquier otra medida tendiente al adecuado resguardo de los recursos públicos.
- El mismo procedimiento se aplicará cuando no se presenten dichos informes, caso en que el Jefe de la Unidad de Infraestructura deberá solicitar su presentación, otorgando un plazo breve y perentorio para tal efecto, bajo el apercibimiento de aplicación de las medidas señaladas precedentemente.

6. Sostenibilidad artístico-cultural de los proyectos. Todas las inversiones que se hayan financiado con los recursos que se transfirieran a las Municipalidades conforme a esta resolución deberán mantener en el tiempo su uso como Infraestructura Cultural. Para ello se solicitará la efectiva realización de los Planes de Gestión y/o Planes Municipales de Cultura presentados al Consejo, existiendo el plazo de 10 años en que la Infraestructura Cultural quedará sujeta al control y monitoreo permanente del Consejo, con el objeto de asegurar la continuidad en el uso cultural y artístico. Dicho plazo se contará desde que la infraestructura cultural comience a operar con las inversiones señaladas en esta resolución.

En dicho período, las Municipalidades deberán informar anualmente, al menos:

- La programación de la infraestructura cultural y la posterior rendición del programa de actividades culturales;
- El financiamiento de las actividades culturales, de la operación administrativa la infraestructura cultural, del estado, mantención y conservación de la infraestructura, y del estado de sus instalaciones y equipamiento.

**Artículo segundo:** Adóptense por la Sección Secretaría Documental de este Servicio, las medidas necesarias para adjuntar un ejemplar de la presente resolución totalmente tramitada, tanto al original de la resolución exenta N° 684, de 2016, de este Servicio, como a todas sus copias, hayan sido éstas distribuidas o no en los distintos Departamentos de este Servicio.

**Artículo tercero:** Adóptense por la Sección Secretaría Documental, las medidas conducentes a la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48 de la ley N° 19.880, que establece las Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración Pública.

**Artículo cuarto:** Una vez tramitada totalmente, publíquese la presente resolución en el sitio electrónico de Gobierno Transparente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, por la Sección Secretaría Documental, con la tipología "Otras Resoluciones" en la categoría "Actos con efectos sobre terceros" de la sección "Actos y resoluciones", y por el Departamento Jurídico, en las categorías "Marco normativo aplicable" y "Potestades, competencias, responsabilidades, funciones, atribuciones y/o tareas" de la sección "Marco Normativo", a objeto de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 7° de la ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública y en el artículo 51 de su Reglamento.

Anótese, vícese por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, tómese razón y publíquese.-  
Ernesto Ottone Ramírez, Ministro Presidente, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA  
CONTRALORÍA REGIONAL DE VALPARAÍSO  
Unidad Jurídica

**Cursa con alcances resolución N° 40, de 2017, del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes**

N° 11.896.- Valparaíso, 21 de julio de 2017.

Esta Contraloría Regional ha dado curso al documento de la suma, que modifica la resolución exenta N° 684, de 2016, de ese servicio, que determina la forma de ejecución de recursos y financiamiento de las iniciativas de infraestructura cultural de instituciones públicas y/o privadas con cargo a la asignación 002 "Programa de Financiamiento de Infraestructura Cultural Pública y/o Privada", por cuanto se ajusta a derecho. No obstante ello, cabe hacer presente que el financiamiento de proyectos de arquitectura y especialidades afines para la futura construcción y/o habilitación de obras para infraestructura cultural en terrenos fiscales entregados en concesión o comodato, en las condiciones que señala el numeral 3.1 del artículo séptimo del artículo primero del acto en estudio, solo será posible si esas concesiones o comodatos se ajustan a la regulación contenida en el decreto ley N° 1.939, de 1977, y en la medida que se adopten todas las providencias del caso, para asegurar la correcta inversión de los fondos públicos.

Por otra parte, es del caso señalar que lo dispuesto en el párrafo final del numeral 3.2 del aludido artículo séptimo, relativo a la posibilidad de aumentar los recursos asignados a convenios de transferencia de años anteriores, debe entenderse referido a los pactos que sean celebrados una vez que haya comenzado a generar sus efectos la resolución que se analiza. Con los alcances que anteceden, se ha dado curso al instrumento del epígrafe. Saluda atentamente a Ud., Víctor Hugo Merino Rojas, Contralor Regional Valparaíso, Contraloría General de la República.

Al señor  
Ministro Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes  
Presente.

[Volver al índice](#)

**MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL**

**Resolución exenta número 726, de 2017.- Dispone realización de proceso de consulta indígena que indica e inicia procedimiento administrativo, en el marco de una Nueva Constitución para Chile**

Diario Oficial: 22 de julio de 2017

(Resolución)

Santiago, 29 de junio de 2017.- Hoy se resolvió lo que sigue:  
Núm. 726 exenta.

Visto:

Lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2000, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la ley N° 20.530, que Crea el Ministerio de Desarrollo Social y modifica cuerpos legales que indica; en el artículo 34 de la ley N° 19.253, que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; en el decreto supremo N° 15, de 2012, del Ministerio de Desarrollo Social, que Aprueba Reglamento del artículo 4° de la ley N° 20.530, que Crea el Ministerio de Desarrollo Social; en el artículo 6° N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado a través del decreto supremo N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores; en el decreto supremo N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, que Aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica; en el decreto supremo N° 101, de 2010, del Ministerio de Planificación, que Crea Consejo de Ministros para Asuntos Indígenas; en la resolución exenta N° 387, de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social que crea la Unidad Nacional de Consulta y Participación Indígena y Determina Estructura Secretaría Ejecutiva del Consejo de Ministros; en la resolución exenta N° 329, de 6 de mayo de 2016, del Ministerio de Desarrollo Social; en la resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón, y en las demás normas aplicables.

Considerando:

Que, para los Pueblos Indígenas el Reconocimiento Constitucional ha sido una aspiración histórica. En ese sentido, el Acuerdo de Nueva Imperial (1989), estableció entre otros puntos, la necesidad de reconocer constitucionalmente los derechos de éstos y elaborar un marco jurídico favorable para su desarrollo. Con posterioridad, en el año 2003, durante el Gobierno del Presidente Lagos, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas presentó al Presidente de la República su informe final con propuestas referidas al reconocimiento constitucional.

Que, considerando lo anterior, el Programa de Gobierno 2014-2018 de la Presidenta de la República, Sra. Michelle Bachelet Jeria, establece la necesidad de generar una nueva Constitución para Chile, que reconozca y se base en un sistema plenamente democrático, recogiendo las normas y principios de derechos humanos reconocidos en nuestro país y en el ámbito internacional, y que sea impulsada en un proceso democrático, institucional y participativo.

Que, asimismo, establece, en el marco de la discusión de una nueva Constitución para Chile, el desafío impostergable de reconocer constitucionalmente a los Pueblos Indígenas y debatir ahí un nuevo modo de convivencia como sociedad pluricultural. Para estos efectos, señala que los Pueblos Indígenas y la sociedad en general serán actores fundamentales en este debate, comprometiéndose a garantizar su participación plena en todo el proceso, teniendo presente la idea de un Estado que reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que garantice sus derechos individuales y colectivos. Que, el proceso constituyente debe comprenderse como una política de Estado que impulsa el acuerdo y la participación de toda la sociedad en las diferentes instancias de conversación y deliberación. Que, en este sentido, el Programa de Gobierno 2014-2018 reconoce como deber del Estado la implementación de los tratados que ha ratificado en materia de derechos de los Pueblos Indígenas y la adecuación de su legislación para que sea acorde a dichos estándares. Asimismo, reitera la necesidad de efectuar un reconocimiento e implementación efectiva de sus derechos, teniendo por delante distintos desafíos, siendo el proceso constituyente la instancia propicia para el debate de un nuevo modo de convivencia como sociedad pluricultural. Que, mediante resolución exenta N° 329, de 6 de mayo de 2016, del Ministerio de Desarrollo Social, se dispuso la realización del Proceso Participativo Constituyente Indígena, para recoger la visión de las instituciones representativas de los pueblos indígenas y sus integrantes sobre los desafíos históricos e impostergables, tales como su reconocimiento constitucional, el desarrollo de derechos colectivos y culturales, y la representación política indígena, entre otros temas, teniendo presente experiencias históricas relevantes tales como el Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, del año 2001; e instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del año 2007; entre otras. Que, el Proceso Participativo Constituyente Indígena se realizó en todo el territorio chileno y tuvo tres modalidades de participación, a saber, encuentros convocados, encuentros auto convocados y participación individual, en los cuales participaron un total de 17.016 personas, entre los meses de mayo a diciembre de 2016, dando cumplimiento en lo pertinente al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y a la ley N° 19.253. Que, el Proceso Participativo Constituyente Indígena culminó en un documento denominado "Sistematización del Proceso Participativo para la generación del Estatuto Constituyente Indígena", el que recoge las observaciones, propuestas y planteamientos formulados por los nueve pueblos indígenas durante el desarrollo del proceso y que fue entregado a la Presidenta de la República de Chile, Sra. Michelle Bachelet Jeria el día 4 de mayo de 2017, oportunidad en la cual señaló que: "las propuestas más relevantes que se expresan serán consideradas en el proyecto de una nueva Constitución que enviaremos al Congreso Nacional. Las normas referidas al reconocimiento constitucional y otros temas específicos de los pueblos indígenas, serán, naturalmente, sometidos a consulta indígena, tal y como prevé el Convenio 169 de la OIT". Que, con fecha 4 de marzo de 2014, entró en vigencia el decreto supremo N° 66, del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013, que Aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del citado Convenio N° 169, y deroga normativa que indica. Que, las materias del Proceso Participativo Constituyente Indígena fueron discutidas con fecha 15 de junio de 2017 por el Consejo de Ministros para Asuntos Indígenas convocado para tal efecto, aprobándose por dicho organismo las temáticas que han de ser parte de la Consulta Indígena por ser estas las que se han de incorporar en la propuesta de Nueva Constitución para Chile y que son susceptibles de afectar directamente a los Pueblos Indígenas, encomendándose en la misma oportunidad al Ministerio de Desarrollo Social la tarea de coordinar y ejecutar la Consulta respectiva. Que, en dicho contexto se hace necesario realizar un Proceso de Consulta Indígena con las temáticas indicadas, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6° N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado a través del decreto supremo N° 238, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Que, corresponderá al Ministerio de Desarrollo Social efectuar la coordinación y ejecución general del Proceso de Consulta Indígena, para lo cual se deberá tener presente que la resolución exenta N° 387, de 25 de junio de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social que Crea la Unidad Nacional de Consulta y

Participación Indígena y Determina la estructura de la Secretaría Ejecutiva del Consejo de Ministros para Asuntos Indígenas, establece que la Secretaría Ejecutiva del Consejo de Ministros está a cargo del Asesor(a) Especial para asuntos indígenas, cuya función es mantener constantemente informado al consejo acerca del estado de avance de las distintas iniciativas comprendidas en la política indígena, como asimismo proponer criterios que permitan coordinar la gestión intersectorial y efectuar un seguimiento adecuado al cumplimiento de la política indígena. Que, en este sentido, entre los contenidos a consultar del anteproyecto de Nueva Constitución que son susceptible de afectar directamente a los Pueblos Indígenas se encuentran el Reconocimiento Constitucional y la Representación y Participación Política de los Pueblos Indígenas.

Resuelvo:

1° Dispónese la realización de un Proceso de Consulta Indígena, e instrúyase el procedimiento administrativo respecto del mismo, sobre las temáticas aprobadas por el Consejo de Ministros para Asuntos Indígenas que han de ser incorporadas en una Nueva Constitución para Chile.

2° Establécese que la coordinación y ejecución general del Proceso de Consulta será responsabilidad del Ministerio de Desarrollo Social.

3° Convóquese a los pueblos indígenas y sus instituciones representativas a la primera reunión de planificación del proceso de consulta de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 del decreto supremo N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social.

4° Confecciónese el respectivo expediente administrativo del procedimiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 y siguientes de la ley N° 19.880, que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado; y a lo dispuesto en el artículo 19 del decreto supremo N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social.

5° Remítase copia íntegra de la presente resolución a S.S la Presidenta de la República de Chile, Dra. Michelle Bachelet Jeria; al Ministerio del Interior y Seguridad Pública; al Ministerio Secretaría General de la Presidencia; al Gabinete de la Subsecretaría de Servicios Sociales; al Gabinete de la Subsecretaría de Evaluación Social; a la Fiscalía del Ministerio de Desarrollo Social; a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; a la Unidad de Coordinación de Asuntos Indígenas, del Ministerio de Desarrollo Social; y a la Oficina de Partes.

Anótese y publíquese.- Marcos Barraza Gómez, Ministro de Desarrollo Social.

Lo que comunico a Ud. para su conocimiento.- Juan Eduardo Faúndez Molina, Subsecretario de Servicios Sociales

[Volver al índice](#)

**MINISTERIO DE BIENES NACIONALES**

**Rectificación resolución exenta número 1.322, de 2017.- Dispone realización de un proceso de consulta al pueblo indígena Kawésqar, inicia procedimiento administrativo y convoca al proceso**

Diario Oficial: 13 de julio de 2017

En la edición del Diario Oficial N° 41.805, de 11 de julio de 2017, se publicó Resolución N° 1.322 exenta, de 2017, que "DISPONE LA REALIZACIÓN DE UN PROCESO DE CONSULTA AL PUEBLO INDÍGENA KAWESKAR, INICIA PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y CONVOCA AL PROCESO", Sección I, CVE 1237906, página 1, con el

siguiente error: donde dice "Núm. 1.323 exenta.- Santiago, 29 de junio de 2017.", debe decir "Núm. **1.322** exenta.- Santiago, 29 de junio de 2017.", quedando el texto como sigue:

**DISPONE LA REALIZACIÓN DE UN PROCESO DE CONSULTA AL PUEBLO INDÍGENA KAWESKAR, INICIA  
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y CONVOCA AL PROCESO**

**(Resolución)**

Núm. 1.322 exenta.- Santiago, 29 de junio de 2017. Vistos: Lo dispuesto en el DFL N° 1/19.653 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; la Ley N° 19.253, que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; el artículo 6° N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado a través del decreto supremo N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores; el decreto N° 66, de 2014, que Aprueba el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6° N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica; lo dispuesto en el artículo 21 del DL N° 1.939, de 1977; el decreto ley N° 3.274, de 1981, que fija la Ley Orgánica del Ministerio de Bienes Nacionales; el DS N° 386, de 1981, del Ministerio de Bienes Nacionales y sus modificaciones, que reglamenta la ley orgánica y; la resolución; lo informado en el oficio N° 1417 de 14 de junio de 2017, la Subsecretaría de Servicios Sociales y; lo dispuesto en la resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República.

Considerando:

Que, el decreto supremo N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgó el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo del año 1989, dispone en su artículo 2° N° 1 que: "los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad", y en su N° 2 letra b), que esta acción deberá incluir medidas: que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones y sus instituciones.

Que, con fecha 4 de marzo de 2014, entró en vigencia el decreto supremo N° 66, de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena, en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del citado Convenio N° 169, y deroga normativa que indica.

Que, esta normativa, establece en su artículo 13 que la decisión sobre la procedencia de realizar un proceso de consulta, deberá constar en una resolución dictada al efecto por el órgano responsable.

Que, el pasado 15 de marzo de 2017 se suscribió en el Parque Pumalín, un Protocolo de Acuerdo entre el Estado de Chile, representado por la Presidenta de la República y la Sra. Kristine McDivitt Tompkins, en representación de las fundaciones conservacionistas creadas por Douglas Tompkins, por medio del cual se comprometió la donación de una serie de inmuebles al Estado, para concretar la Red de Parques de Patagonia, ubicados entre las regiones de Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y Antártica Chilena.

Que, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad en Sesión Extraordinaria N° 2/2017, del 10 de abril de 2017, aprobó en general la propuesta de creación de la Red de Parques de Patagonia.

Que, la zona de protección y conservación propuesta para la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes a Parque Nacional, se emplaza en un territorio que tiene significancia cultural y simbólica para el pueblo Kawésqar, toda vez que corresponde a zonas de navegación ocupadas ancestralmente por este pueblo y que circundan el área de protección, por lo que se ha previsto una posible afectación a dicho pueblo indígena.

Que, en atención a lo señalado anteriormente, mediante oficio GABM N° 223, de 20 de abril de 2017, complementado por oficio GABM N° 244, de 2 de mayo de 2017, se solicitó el pronunciamiento a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, respecto de la pertinencia de desarrollar un proceso de consulta indígena en atención a la medida administrativa de reclasificación de la Reserva Nacional Alacalufes a Parque Nacional.

Que, mediante oficio N° 1417, de 14 de junio de 2017, la Subsecretaría de Servicios Sociales se pronunció favorablemente respecto a la realización del proceso de consulta indígena atendido a que la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes, podría hacer incompatible el desarrollo de ciertas actividades productivas que actualmente pueden ser desarrolladas por comunidades locales sobre el territorio o parte de éste, con la salvedad, de la normas de excepción aplicables al respecto.

Que, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en las normas legales citadas, se ha adoptado la decisión de iniciar un proceso de consulta indígena en la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, con ocasión de la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes a Parque Nacional, dirigido a las comunidades indígenas kawésqar presentes en el área.

Resuelvo:

I. Dispónese la realización de un proceso de consulta indígena sobre la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes a Parque Nacional, ubicado en las Comunas de Natales, Río Verde y Punta Arenas, en las Provincias de Última Esperanza y Magallanes, Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

II. Instrúyase el procedimiento administrativo respecto al proceso de Consulta Indígena sobre la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes a Parque Nacional, ubicado en la Región de Magallanes y la Antártica Chilena.

III. Convóquese al pueblo indígena y a sus instituciones representativas a la primera reunión de planificación del proceso de consulta de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 del decreto supremo N° 66, de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social.

IV. Confecciónese el respectivo expediente administrativo del procedimiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 y siguientes de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, en relación con lo dispuesto en el artículo 19 del decreto supremo N° 66, de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social.

V. Remítase copia íntegra de la presente resolución a la División Jurídica, al Subsecretario y al Gabinete Ministerial del Ministerio de Bienes Nacionales; al Ministerio del Interior; al Ministerio Secretaría General de la Presidencia; al Ministerio de Desarrollo Social; al Ministerio Secretaría General de Gobierno; a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social; a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; a la Unidad Nacional de Consulta y Participación Indígena del Ministerio de Desarrollo Social y a la Oficina de Partes del Ministerio de Bienes Nacionales.

Anótese, regístrese en el Ministerio de Bienes Nacionales, comuníquese, notifíquese, publíquese en el Diario Oficial y archívese.- Nivia Palma Manríquez, Ministra de Bienes Nacionales.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Saluda a Ud., José Miguel Villablanca Abello, Subsecretario de Bienes Nacionales Subrogante.

[Volver al índice](#)

**MINISTERIO DE BIENES NACIONALES**

**Resolución exenta número 1.322, de 2017.- Dispone realización de un proceso de consulta al pueblo indígena Kawésqar, inicia procedimiento administrativo y convoca al proceso**

Diario Oficial: 11 de julio de 2017

**(Resolución)**

Núm. 1.323 exenta.- Santiago, 29 de junio de 2017.

Vistos:

Lo dispuesto en el DFL N° 1/19.653 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; la Ley N° 19.253, que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; el artículo 6° N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado a través del decreto supremo N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores; el decreto N° 66, de 2014, que Aprueba el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6° N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica; lo dispuesto en el artículo 21 del DL N° 1.939, de 1977; el decreto ley N° 3.274, de 1981, que fija la Ley Orgánica del Ministerio de Bienes Nacionales; el DS N° 386, de 1981, del Ministerio de Bienes Nacionales y sus modificaciones, que reglamenta la ley orgánica y; la resolución; lo informado en el oficio N° 1417 de 14 de junio de 2017, la Subsecretaría de Servicios Sociales y; lo dispuesto en la resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República.

Considerando:

Que, el decreto supremo N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgó el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo del año 1989, dispone en su artículo 2° N° 1 que: "los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad", y en su N° 2 letra b), que esta acción deberá incluir medidas: que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones y sus instituciones.

Que, con fecha 4 de marzo de 2014, entró en vigencia el decreto supremo N° 66, de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena, en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del citado Convenio N° 169, y deroga normativa que indica.

Que, esta normativa, establece en su artículo 13 que la decisión sobre la procedencia de realizar un proceso de consulta, deberá constar en una resolución dictada al efecto por el órgano responsable.

Que, el pasado 15 de marzo de 2017 se suscribió en el Parque Pumalín, un Protocolo de Acuerdo entre el Estado de Chile, representado por la Presidenta de la República y la Sra. Kristine McDivitt Tompkins, en representación de las fundaciones conservacionistas creadas por Douglas Tompkins, por medio del cual se comprometió la donación de una serie de inmuebles al Estado, para concretar la Red de Parques de Patagonia, ubicados entre las regiones de Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y Antártica Chilena. Que, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad en Sesión Extraordinaria N° 2/2017, del 10 de abril de 2017, aprobó en general la propuesta de creación de la Red de Parques de Patagonia. Que, la zona de protección y conservación propuesta para la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes a Parque Nacional, se emplaza en un territorio que tiene significancia cultural y simbólica para el pueblo Kawésqar, toda vez que corresponde a zonas de navegación ocupadas ancestralmente por este pueblo y que circundan el área de protección, por lo que se ha previsto una posible afectación a dicho pueblo indígena. Que, en atención a lo señalado anteriormente, mediante oficio GABM N° 223, de 20 de abril de 2017, complementado por oficio GABM N° 244, de 2 de mayo de 2017, se solicitó el pronunciamiento a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, respecto de la pertinencia de desarrollar un proceso de consulta indígena en atención a la medida administrativa de reclasificación de la Reserva Nacional Alacalufes a Parque Nacional. Que, mediante oficio N° 1417, de 14 de junio de 2017, la Subsecretaría de Servicios Sociales se pronunció favorablemente respecto a la realización del proceso de consulta indígena atendido a que la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes, podría hacer incompatible el desarrollo de ciertas actividades productivas que actualmente pueden ser desarrolladas por comunidades locales sobre el territorio o parte de éste, con la salvedad, de la normas de excepción aplicables al respecto. Que, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en las normas legales citadas, se ha adoptado la decisión de iniciar un proceso de consulta indígena en la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, con ocasión de la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes a Parque Nacional, dirigido a las comunidades indígenas kawésqar presentes en el área.

Resuelvo:

I. Dispónese la realización de un proceso de consulta indígena sobre la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes a Parque Nacional, ubicado en las Comunas de Natales, Río Verde y Punta Arenas, en las Provincias de Última Esperanza y Magallanes, Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

II. Instrúyase el procedimiento administrativo respecto al proceso de Consulta Indígena sobre la reclasificación y ampliación de la actual Reserva Forestal Alacalufes a Parque Nacional, ubicado en la Región de Magallanes y la Antártica Chilena.

III. Convóquese al pueblo indígena y a sus instituciones representativas a la primera reunión de planificación del proceso de consulta de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 del decreto supremo N° 66, de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social.

IV. Confecciónese el respectivo expediente administrativo del procedimiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 y siguientes de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, en relación con lo dispuesto en el artículo 19 del decreto supremo N° 66, de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social.

V. Remítase copia íntegra de la presente resolución a la División Jurídica, al Subsecretario y al Gabinete Ministerial del Ministerio de Bienes Nacionales; al Ministerio del Interior; al Ministerio Secretaría General de la Presidencia; al Ministerio de Desarrollo Social; al Ministerio Secretaría General de Gobierno; a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social; a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; a la Unidad Nacional de Consulta y Participación Indígena del Ministerio de Desarrollo Social y a la Oficina de Partes del Ministerio de Bienes Nacionales.

Anótese, regístrese en el Ministerio de Bienes Nacionales, comuníquese, notifíquese, publíquese en el Diario Oficial y archívese.- Nivia Palma Manríquez, Ministra de Bienes Nacionales.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Saluda a Ud., José Miguel Villablanca Abello, Subsecretario de Bienes Nacionales Subrogante.

[Volver al índice](#)

**MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE**

**Servicio de Evaluación Ambiental / IX Región de la Araucanía**

**Extracto de resolución número 168, de 2017.- Informa realización de proceso de consulta previa a los pueblos indígenas, según lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en el marco del proceso de evaluación ambiental del proyecto Central Hidroeléctrica Los Aromos**

Diario Oficial: 6 de julio de 2017

**(Extracto)**

Con fecha 19 de junio de 2017, en el marco del proceso de evaluación ambiental del proyecto "Central Hidroeléctrica Los Aromos", y mediante resolución exenta N° 157 del Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía, rectificadas mediante resolución N° 168/2017 sólo en cuanto a la enumeración del considerando N° 2, se ha ordenado la realización de un Proceso de Consulta Indígena a los pueblos indígenas que se encuentren dentro de su área de influencia y que sean afectados directamente por el proyecto, y por los impactos y afectaciones señaladas en dicho acto administrativo, de conformidad a los estándares contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el que se llevará a efecto con las Comunidades Indígenas Millape Flores, Francisco Marilef, Juan Caniupan, José Carvajal y Lincuyin, de la Comuna de Freire y Pitrufquén, Región de la Araucanía, esto, sin perjuicio que en la eventualidad de verificarse, durante la evaluación ambiental del Proyecto, nuevos impactos significativos que pudieran afectar directamente a las comunidades que ya participan del Proceso de Consulta Indígena o a otros Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas, el referido proceso ampliará su ámbito de consulta a tales nuevos impactos y/o a tales otros Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas, dichos impactos y afectaciones deberán ajustarse a lo dispuesto en el artículo 11 de la ley N° 19.300 y al Título II del RSEIA. Los plazos, metodología, mecanismos, procedimientos y alcances de dicho proceso de consulta serán consensuados con los Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas participantes del proceso de consulta. El texto íntegro de ambas resoluciones antes individualizadas puede ser conocido en:

- Dirección Regional del SEA, ubicado en calle España N° 460, piso 11, Temuco.

- Además, podrá accederse a ella a través del sitio web: [www.sea.gob.cl](http://www.sea.gob.cl). Ricardo Moreno Fetis, Director Regional (S), Servicio de Evaluación Ambiental Región de la Araucanía.

[Volver al índice](#)

## COLECTAS PÚBLICAS

La autorización para efectuar colectas públicas depende de las intendencias regionales respectivas. Cuando se realizan en más de una región, ésta proviene de la Subsecretaría del Interior.

NORMA	ENTIDAD	LUGAR Y FECHA COLECTA	DIARIO OFICIAL
Resolución exenta Núm. 1.048, de 2017	Congregación Hermanitas de los Pobres <sup>1</sup>	Comunas de Concepción y San Pedro de la Paz; 10 de octubre de 2017	25 de julio de 2017
Decreto exento Núm. 895 de 2017	Sociedad San Vicente de Paul <sup>2</sup>	Todo el territorio nacional; 18 de agosto de 2017	27 de julio de 2017

[Volver al índice](#)

<sup>1</sup> Instituto religioso apostólico internacional, de derecho pontificio, de votos públicos perpetuos. Fundada por sor Juana Jugan en Francia, a fines del siglo XVIII, la entidad se dedica al servicio de ayuda a los ancianos pobres a través de funciones hospitalarias. En Chile, cuentan con cinco casas repartidas en el territorio nacional (Antofagasta, Copiapó, La Serena, Temuco y Santiago). En Sudamérica, cuentan con sedes en Argentina y Perú, además de Chile. Para mayor información, ver: <http://www.hermanitasdelospobres.cl/>

<sup>2</sup> Organización internacional, católica, laica y de voluntarios, mujeres y hombres, que entrega ayuda a personas que tienen cualquier tipo de carencias. Fundada en Prís por el Beato Federico Ozanam en 1883, su trabajo en Chile data de 1854. En la actualidad, tiene 41 obas activas en el país en los ámbitos de la educación y el cuidado de ancianos y niños en situación de riesgo social. Para mayor información, ver: <http://ssvp.cl/ssvp/nosotros/>



## II. Proyectos de Ley en Trámite

### SÍNTESIS DESCRIPTIVA PROYECTOS DE LEY:

Los proyectos se refieren a los derechos y deberes constitucionales y a las normas complementarias a éstos. Los títulos son los propuestos por sus autores.

TABLA EXPLICATIVA DE URGENCIAS EN LA TRAMITACIÓN DE LA LEY, CUYA DISCUSIÓN Y VOTACIÓN SE REALIZA EN LA CÁMARA REQUERIDA

URGENCIA	PLAZO DE TERMINACIÓN
Sin urgencia	No está sujeto a plazo alguno
Simple urgencia	Treinta días
Suma urgencia	Quince días
Discusión inmediata	Seis días

### DERECHO Y RELIGIÓN

Religiones y Creencias en el espacio público

#### *Protección penal de la libertad religiosa*

Modifica el Código Penal, para incorporar el delito de incitación al odio o a la violencia contra personas que indica

N° de Boletín: [11331-07](#)

Fecha de Ingreso: 19 de julio de 2017

Cámara de origen: C. Diputados

Autor: Maya Fernández, Leonardo Soto, Daniel Melo

**Descripción:** Artículo único. Dispone la incorporación en el Título III del libro segundo del Código Penal el artículo 147 bis nuevo: “Art. 147º bis. El que públicamente incitare al odio o al empleo de violencia contra personas por su raza, etnia o grupo social, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias, nacionalidad, filiación política o deportiva, o la enfermedad o discapacidad que padezca, será castigado con presidio menor en su grado medio.”.

**Estado de Tramitación:** Primer trámite constitucional / Primer informe de comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

**Urgencia:** Sin urgencia

Igualdad y no discriminación

**Sexo, Raza y Religión**

**Declara feriado el 24 de junio de cada año, Día Nacional de los Pueblos Indígenas**

**N° de Boletín:** [11300-06](#)

**Fecha de Ingreso:** 29 de junio de 2017<sup>3</sup>

**Cámara de origen:** C. Diputados

**Autor:** Fernando Meza Moncada.

**Descripción:** Artículo único. Dispone que se declare feriado nacional el 24 de junio de cada año, denominándose “Día Nacional de los Pueblos Indígenas”.

**Estado de Tramitación:** Primer trámite constitucional / Comisión de Cultura

**Urgencia:** Sin urgencia

[Volver al índice](#)

**Modifica la ley N°18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, respecto de la prohibición de parentesco entre el alcalde y los concejales en caso de pertenecer a pueblos indígenas**

**N° de Boletín:** [11242-06](#)

**Fecha de Ingreso:** 18 de mayo de 2017<sup>4</sup>

**Cámara de origen:** C. Diputados

**Autor:** Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria.

**Descripción:** Artículo único. Dispone la modificación de la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, incorporando un inciso 2° a su letra c): “La prohibición anterior no se aplica a quienes pertenezcan a una etnia o pueblo indígena reconocido por el Estado”.

**Estado de Tramitación:** Primer trámite constitucional / Comisión de Cultura

**Urgencia:** Sin urgencia

[Volver al índice](#)

---

<sup>3</sup> Proyecto no reseñado en el Boletín Jurídico del mes pasado de Junio.

<sup>4</sup> Proyecto no reseñado en el Boletín Jurídico del mes pasado de Mayo.

**PROYECTOS DE LEY EN TRÁMITE QUE HAN SIDO PUBLICADOS EN EL BOLETÍN:**

**MATRIMONIO Y DERECHO DE FAMILIA**

**Matrimonio**

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO	MOVIMIENTO ÚLTIMO MES
Modifica el Código Civil para eliminar el parentesco por afinidad una vez disuelto el matrimonio.	<a href="#">10637-07</a>	Diputados	Primer trámite constitucional/ C. Diputados/ Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento	Año IX n°7 Mayo 2016	No.
Urgencia: Sin urgencia.					

**Derecho de Familia**

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO	MOVIMIENTO ÚLTIMO MES
Modifica la ley N°19.968, que Crea los Tribunales de Familia, para dar rápida y efectiva tramitación a las denuncias de violencia intrafamiliar deducidas por terceros	<a href="#">11213-18</a>	Senado	Segundo trámite constitucional/C. Diputados/ Comisión de Familia	Año XII n°7 Mayo 2017	No.
Urgencia: Simple					

**Derechos de la Infancia**

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO	MOVIMIENTO ÚLTIMO MES
Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez	<a href="#">10584-07</a>	Senado	Segundo trámite constitucional/C. Diputados/ Primer informe de comisión de Familia	Año XII n°7 Mayo 2017	Cuenta del Mensaje que retira y hace presente Urgencia Suma
Urgencia: Suma					
Sistema de garantías de los derechos de la niñez	<a href="#">10315-18</a>	Diputados	Segundo Trámite Constitucional / Senado / Primer Informe Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con niños, niñas y adolescentes	Año X n°11 Septiembre 2015	Visto días 2 y 11 de julio en la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley

					relacionados con niños, niñas y adolescentes.
			Urgencia: Simple		
Otorga nuevas atribuciones al Ministerio de Desarrollo Social en materia de niñez y crea la Subsecretaría de la Niñez, dependiente del mismo <sup>5</sup>	<a href="#">10314-06</a>	Senado	Segundo Trámite Constitucional/Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización; y a la Comisión de Hacienda en lo pertinente.	Año XII n°9 Julio 2017	Pasa a Cámara de Diputados. Cuenta del Mensaje que hace presente la Urgencia Suma.
			Urgencia: Suma		

<sup>5</sup> Proyecto publicado el 29 de septiembre de 2015 y no reseñado en el Boletín Jurídico. El proyecto consta de un artículo permanente que se refiere a la modificación de la Ley N° 20.530 y, en especial, a la creación de la Subsecretaría de la Niñez (artículos 1°, 2°, 3°, 6°, 7°, 8°, 16° de la ley e intercala un Título III “Del Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez y del Consejo Nacional de los niños”). Establece, además, disposiciones transitorias para su efectiva implementación. Para mayor detalle sobre el proyecto de ley y su tramitación, pinchar el número de boletín que está en la tabla.

## DERECHO Y RELIGIÓN

### A. Derecho a la Vida

#### *Protección del recién nacido*

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO	MOVIMIENTO ÚLTIMO MES
Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales.	<a href="#">9895-11</a>	Diputados	Tercer trámite constitucional /Comisión Mixta  Urgencia: Discusión inmediata	Año IX n°5 Febrero/Marzo 2016	Comisión de Constitución del Senado despacha último informe. Proyecto pasa a Comisión de Hacienda que vota y despacha el proyecto. Proyecto ingresa a Cámara de Diputados el 19 de julio y se vota con aprobación de todas las modificaciones salvo incisos 4,5 y 6 que pasan a Comisión Mixta (próxima sesión 2 de agosto).
Establece medidas de protección a la lactancia materna y su ejercicio.	<a href="#">9303-11</a>	Senado	Segundo trámite constitucional/ C. Diputados/ Comisión de Salud  Urgencia: Sin Urgencia	Año IX n° 6 Abril 2014	No.
Modifica el Código Penal para aumentar la pena al delito de abandono de un recién nacido	<a href="#">9643-18</a>	Diputados	Primer trámite constitucional/ C. Diputados/ Comisión de la Familia y Adulto Mayor  Urgencia: Sin Urgencia	Año X n°1 Octubre 2014	No.

**B. Religiones y Creencias en el espacio público**

**Protección penal de la libertad religiosa**

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO	MODIFICACIONES ÚLTIMO MES
Adecua la ley penal en materia de amnistía, indulto y prescripción de la acción penal y la pena a lo que dispone el derecho internacional respecto de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o de guerra.	<a href="#">9773-07</a>	Senado	Primer trámite constitucional/Senado  Urgencia: Simple	Año X n° 3 Diciembre 2014	Cuenta del Mensaje 289-365 que retira y hace presente la urgencia Simple
Equipara el tratamiento que el Estado y sus agentes, les deben a las distintas iglesias existentes en Chile y, resguarda la objeción de conciencia.	<a href="#">9563-07</a>	Senado	Primer trámite constitucional/Senado/ Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento  Urgencia: Sin Urgencia	Año XI n°9 Julio 2016	No.
Modifica el artículo 19 N° 6 ° de la Constitución Política de la República para asegurar la igualdad de trato a las iglesias, culto y creencias religiosas y garantizar el derecho de objeción de conciencia.	<a href="#">9716-07</a>	Senado	Primer trámite constitucional/Senado/ Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento  Urgencia: Sin Urgencia	Año XI n°9 Julio 2016	No.
Introduce modificaciones en materia de libertad de religión y culto.	<a href="#">5074-07</a>	Diputados	Primer trámite constitucional/Senado/ Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento  Urgencia: Sin Urgencia	Año XI n°9 Julio 2016	No.
Modifica la ley N° 19.638, que establece norma sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, en materia de creación de un consejo de libertad religiosa y otros.	<a href="#">5510-07</a>	Diputados	Primer trámite constitucional/Senado/ Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento  Urgencia: Sin Urgencia	Año III n°2 Noviembre 2007	No.

### C. Igualdad y No Discriminación

#### *Sexo, Raza y Religión*

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO	MODIFICACIONES ÚLTIMO MES
Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género	<a href="#">8924-07</a>	Senado	Segundo trámite constitucional/ C.Diputados/ Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios  Urgencia: Sin Urgencia	Año VIII n°7 Mayo 2013	No
Crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas <sup>6</sup>	<a href="#">10526-06</a>	Diputados	Segundo trámite constitucional/ Senado/Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización, y Hacienda en lo particular.  Urgencia: Simple	Año XII n° 8 Julio 2017	Cuenta del Mensaje que hace presente la Urgencia Simple
Modifica Código del Trabajo, en materia de discriminación e igualdad de remuneraciones, de hombres y mujeres.	<a href="#">9322-13</a>	Senado	Primer Trámite Constitucional/Senado/ Discusión general. Aprobado en General.	Año IX n°6 Abril 2014	Se amplía plazo para indicaciones hasta el 14 de agosto.

### D. Propiedad

#### *Patrimonio Cultural*

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO	MODIFICACIONES ÚLTIMO MES
Establece el derecho real de conservación	<a href="#">5823-07</a>	Diputados	Tercer trámite constitucional/Diputados Urgencia: Simple	Año III n°6 Abril 2008	No
Que deroga inciso final del numeral 24°, de Art. 19 de la	<a href="#">9321-12</a>	Senado	Primer trámite constitucional/Senado/	Año IX n°6 Abril 2014	No

<sup>6</sup> Proyecto de ley publicado el día 14 de enero de 2016 y no reseñado en el Boletín Jurídico. Consta de 21 artículos y 5 artículos transitorios. Según dispone el artículo 1 se crearán nueve Consejos de Pueblos Indígenas, los cuales se constituirán como corporaciones de Derecho Público de carácter autónomo, representativo, participativo y de consulta. A cada Consejo le corresponderá la representación de los intereses, necesidades y derechos colectivos del respectivo pueblo indígena, especialmente ante los órganos del Estado, constituyendo una instancia de participación en todos los ámbitos de la política pública, y en particular, respecto a los procesos de consulta y participación de los pueblos indígenas conforme a lo dispuesto en el Convenio N° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de la OIT. Para mayor detalle sobre el Proyecto y su tramitación pinchar en el número de boletín en la tabla.

Carta Fundamental y, asegura a todas las personas, el derecho al agua y a su acceso en cantidad y calidad suficientes, para satisfacer las necesidades individuales y colectivas.			Proyecto retirado de Tabla		
			Urgencia: Sin urgencia		
Que Reforma el Código de Aguas	<a href="#">7543-12</a>	Diputados	Segundo Trámite Constitucional/Senado/ Comisión Especial sobre Recursos Hídricos	Año XII n°2 Noviembre 2016	Cuenta del Mensaje 398-365 que retira y hace presente la urgencia Simple
			Urgencia: Sin urgencia		

#### D. Derecho de Información y Opinión

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO	MODIFICACIONES ÚLTIMO MES
Modifica ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, para exigir a los diarios electrónicos, el cumplimiento de las exigencias establecidas, para los medios de comunicación social.	<a href="#">9461-19</a>	Diputados	Segundo trámite constitucional/Senado/ Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento	Año IX n° 9 Julio 2014	No
			Urgencia: Sin Urgencia		
Modifica la pena para la radiodifusión no autorizada.	<a href="#">10456-15</a>	Senado	Primer trámite constitucional/Senado	Año XI n°3 Diciembre 2015	No
			Urgencia: Simple		

#### E. Educación

##### *Educación y su protección*

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO	MODIFICACIONES DEL ÚLTIMO MES
Crea el Sistema de Educación Pública y modifica diversos cuerpos legales.	<a href="#">10368-04</a>	Diputados	Segundo Trámite Constitucional /Senado	Año XI n°2 Noviembre 2015	Se hace presente la Urgencia Simple el 5 de julio. Se amplían plazos para indicaciones (12 y 17 de julio). Informe

con Indicaciones formuladas durante la discusión en general (plazos ordinario y extraordinario) del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional (25 de julio)

Urgencia: Simple

#### H. VARIOS

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO	MODIFICACIONES DEL ÚLTIMO MES
Crea el Ministerio de Cultura	<a href="#">8938-24</a>	Diputados	Segundo trámite constitucional / Senado  Urgencia: Simple	Año VIII n° 7 Mayo 2013	Se hace presente la Urgencia Simple. Cuenta del Segundo informe de la Comisión de Hacienda (19 julio)
Modifica Art. 2° de ley del Instituto Nacional de Derechos Humanos, con el objeto de definir los hechos constitutivos de violación de los derechos humanos.	<a href="#">9572-17</a>	Senado	Primer trámite constitucional / Senado/ Discusión general.  Urgencia: Sin urgencia.	Año XI n°8 Junio 2016	No.
Modifica la ley General de Urbanismo y Construcciones, con el objeto de especificar el tipo de infraestructura exenta de la obligación de contar con un permiso municipal.	<a href="#">10011-14</a>	Diputados	Tercer trámite constitucional/ C. Diputados.	Año XI n°9 Julio 2016	No.
Modifica Código Sanitario, con el objeto de exigir que normas destinadas al consumo humano del agua, consideren los estándares determinados por la Organización Mundial de la Salud.	<a href="#">9285-11</a>	Diputados	Segundo trámite constitucional/ Senado/Comisión de Salud.	Año XI n°9 Julio 2016	No.

[Volver al índice](#)



### III. Documentos

A. Dossier sobre la discusión parlamentaria y la situación actual del “Proyecto de Ley que regula la despenalización del interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” de la Licenciada en Derecho Francisca Ibarra Infante

- **Documento 1:** Comentario jurídico sobre la situación actual del “Proyecto de Ley que regula la despenalización del interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”

**“COMENTARIO JURÍDICO RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES EN SU ESTADO ACTUAL (BOLETÍN 9895-11)”**

Francisca Ibarra Infante  
Licenciada en Derecho UC

#### *I. Introducción*

El proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales ingresó al Congreso Nacional con fecha 31 de enero de 2015 a través de Mensaje de la Presidente de la República, Michelle Bachelet, dando inicio a su tramitación constitucional, la que se ha desarrollado entre un amplio intercambio de opiniones y argumentos desde la ciencia médica y jurídica, así como desde la perspectiva de la salud pública, las concepciones antropológicas, religiosas e incluso políticas.

Como es de sobra conocido, el proyecto propone modificar el actual artículo 119 del Código Sanitario, que al día de hoy establece que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”<sup>7</sup>, con el objeto de permitir la realización de abortos en tres situaciones: cuando existe riesgo vital de la madre, si el feto padece de una patología congénita adquirida o genética incompatible con la vida extrauterina y en todo caso de carácter letal, también conocida como la causal de inviabilidad; o en el caso que el embarazo sea resultado de una violación.

Luego de su paso por la Cámara Baja, fue remitido al Senado con fecha 17 de marzo de 2016, donde comenzó su segundo trámite constitucional. Los Honorables aprobaron la idea de legislar el 25 de enero de 2017 y luego en particular, el 18 de julio recién pasado. Sin embargo, producto de las adiciones y modificaciones sufridas en este segundo trámite, el proyecto debió ser remitido nuevamente a la Cámara de origen, la que debía votar, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 71 de la Constitución, para aprobar o rechazar dichas modificaciones.

Más allá de las correcciones propias de redacción y adecuación del lenguaje, las diferencias se suscitaron respecto de los siguientes puntos que el proyecto propone regular:

- a) La forma en que se debe prestar el consentimiento en el caso de interrupción del embarazo en niñas menores de 14 y las mayores de 14 pero menores de 18 años;

---

<sup>7</sup> Código Sanitario, art. 119.

- b) Los términos en que debe desarrollarse y entregarse el acompañamiento a la mujer que se encuentre en el caso de alguna de las 3 causales estipuladas, así como quién es el primer obligado a prestar dicho acompañamiento y la participación de los cuerpos intermedios en el proceso;
- c) Las habilidades y especialidades específicas requeridas respecto de los médicos que realizan el diagnóstico de inviabilidad, así como el número de diagnósticos necesarios para poder proceder a realizar el aborto;
- d) El derecho a objetar en conciencia, que en el Senado fue reconocido a todo el equipo profesional “*que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención*”<sup>8</sup> y no sólo al médico que realiza el procedimiento; y, los casos en que dicha objeción no tiene valor.

Finalmente, en la sesión ordinaria de la Sala de la Cámara el 20 de julio, se tuvieron por aprobadas todas estas adiciones y modificaciones con la excepción de los incisos 4°, 5° y 6° del nuevo artículo 119, referidos precisamente a unos de los puntos controvertidos señalados anteriormente: la forma en que debe prestarse el consentimiento para proceder a la interrupción del embarazo de una menor de 14 años. Estos incisos, por modificar competencias de los Tribunales de Justicia requerían la votación a favor de 4/7 de los diputados en ejercicio, equivalente, en este caso, a 67 votos el que no fue alcanzado en la Cámara Baja, donde los votos fueron 66 a favor, 40 en contra, 1 abstención y 5 pareos.

Por tanto, en conformidad al artículo 71 de nuestra Constitución Política, debe constituirse una Comisión Mixta conformada por 5 Diputados y 5 Senadores quienes deberán proponer a ambas Cámaras un texto conjunto que salve las diferencias entre ambas respecto de estos tres incisos en concreto. Aprobado el texto propuesto por la Comisión Mixta en ambas Cámaras, el proyecto se encontrará en estado de ser promulgado como ley de la República.

## **II. Cuestiones jurídicas relevantes respecto de los incisos 4°, 5° y 6° del 119 propuesto por el Proyecto de ley**

Estos incisos han sido particularmente controversiales a lo largo del trámite legislativo pues se refieren a la forma en que la ley exige que se preste el consentimiento para realizar la interrupción del embarazo en las niñas menores de 14 años. En definitiva, el texto aprobado por el Senado dispone:

“Tratándose de una niña menor de 14 años, además de su voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. A falta de autorización, entendiéndose por tal la negación del representante legal, o si éste no es habido, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal. El tribunal resolverá la solicitud de interrupción del embarazo sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la niña y al representante legal que haya denegado la autorización. Si lo estimare procedente, podrá también oír a un integrante del equipo de salud que la asista.

---

<sup>8</sup> Oficio N° 150/SEC/2017, p. 7.

Cuando a juicio del médico existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años, o a la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de tal autorización y se solicitará una autorización judicial sustitutiva. Para efectos de este inciso la opinión del médico deberá constar por escrito.

La autorización judicial sustitutiva regulada en los incisos anteriores será solicitada al juez con competencia en materia de familia del lugar donde se encuentre la menor de 14 años o la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia. El procedimiento será reservado y no será admitida oposición alguna de terceros distintos al representante legal que hubiere denegado la autorización. La resolución que deniegue la autorización será apelable y se tramitará según lo establecido en el inciso quinto del artículo 69 del Código Orgánico de Tribunales.”<sup>9</sup>

La cuestión suscita diversas problemáticas, a nivel jurídico y práctico, que fueron ampliamente manifestadas por unos y otros durante la discusión en el Congreso. Se argumentó, fundamentalmente, en contra de la desprotección palpable al derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos, el que se encuentra constitucionalmente protegido<sup>10</sup>, e incluso, a la obligación impuesta por el constituyente al Estado de proteger el ejercicio de dicho derecho. Esto porque el texto propone que la mujer menor de 14 años pueda acceder al procedimiento de aborto con *“la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno”*<sup>11</sup>. Al respecto, la argumentación esgrimida por el Ejecutivo se refiere a la creciente realidad de hogares uniparentales, por lo que exigir la autorización de ambos representantes legales, podría entorpecer la interrupción del embarazo en situaciones en que el tiempo lo es todo (v. gr. en caso de riesgo vital, por el peligro de vida de la niña; o en caso de violación, porque la ley establece un plazo máximo en que este puede ser interrumpido). Sin embargo, lo cierto es que coloca a uno de los padres en situación de desventaja o discriminación respecto del otro, ya que aunque no se encontrare de acuerdo con someter a su hija a un aborto, no podría negarse válidamente si el otro autoriza la interrupción del embarazo.

Además, debilita este derecho – deber preferente pues establece que, aun cuando se deniegue esta autorización o en el caso de que el o los representantes legales no fueren habidos, la niña podrá acudir a los tribunales de justicia para una autorización sustitutiva. En el procedimiento, que no tiene forma de juicio, bastará al juez constatar la existencia de alguna de las causales para autorizar la interrupción del embarazo, pudiendo oponerse únicamente aquél de los padres que hubiere denegado su autorización, olvidando por completo el derecho del otro padre o madre.

El contenido que comúnmente se da por la doctrina y la jurisprudencia, así como por el derecho, nacional e internacional (v.gr: Convención Americana de Derechos Humanos, art. 12.4), a este derecho – deber preferente de los padres se encuentra en estrecha relación con el derecho a la libertad de conciencia, por cuanto la educación

---

<sup>9</sup> Oficio N° 150/SEC/2017 que remite el proyecto de ley a la Cámara de Origen, p. 2-3.

<sup>10</sup> Constitución Política de la República (1980), art. 19 N° 10, inc. 3°: *“Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”*.

<sup>11</sup> Oficio N° 150/SEC/2017 que remite el proyecto de ley a la Cámara de Origen, p. 2-3.

comprende tanto el aspecto formal de la misma, como la dimensión y desarrollo espiritual del ser humano. De tal manera, comprende también el derecho del padre a educar a sus hijos en conformidad a sus propias convicciones, creencias religiosas, morales y antropológicas, las que sin duda pueden verse violentadas en un tema tan controversial como es el aborto. Sin embargo, el proyecto de ley, no toma los resguardos necesarios ni establece mecanismos que permitan proteger esta prerrogativa.

Esto se plantea en oposición al resguardo de la “autonomía progresiva” de los menores de edad. Este es un principio que no se encuentra reconocido formalmente en nuestro ordenamiento jurídico<sup>12</sup>, pero que la doctrina tradicionalmente deriva del artículo 5 de la Convención de Derechos del Niño (1989). En virtud de él, el niño o adolescente, como sujeto pleno de derechos, puede ejercerlos progresivamente de manera autónoma teniendo siempre en cuenta su etapa de desarrollo y madurez, bajo la dirección y orientación de sus padres o aquellos que se encuentren a su cargo en conformidad a la ley. Esto parece razonable e incluso, querible, puesto que es deber de los padres, en primer lugar, y de la sociedad misma, en segundo, enseñar a los niños y jóvenes el ejercicio legítimo de sus derechos y libertades. Sin embargo, es claro también que dicho ejercicio debe adecuarse a su capacidad, desarrollo físico y psicológico, así como a la madurez de que goce, lo que va a depender también, sin duda, del tipo de derecho que pretenda ser ejercido autónomamente por el menor. En el presente caso, tratándose de la interrupción voluntaria del embarazo, donde aun los que se pronuncian a favor del proyecto, reconocen que tiene por objeto “resolver un conflicto entre bienes que son inconmensurables”<sup>13</sup> como son la autonomía de la mujer y el derecho a la vida del que está por nacer, pareciera prudente por parte del legislador resguardar en mayor medida el procedimiento para obtener el consentimiento, especialmente en el caso de las menores de 14 años, más aun teniendo en consideración la atrocidad y dureza de las situaciones en que se encuentran (riesgo vital, inviabilidad del feto o violación).

Por otro lado, el inciso 5° no se haya exento de controversia, ya que deja a criterio del médico la ponderación de una cuestión altamente compleja como es el determinar que existen antecedentes que permitan presumir razonablemente que el solicitar la autorización del representante legal podría derivar en una situación de abuso físico o psicológico, desarraigo, abandono, coacción u otras acciones u omisiones que pudieran vulnerar su integridad, en cuyo caso podrá prescindir de dicha autorización y solicitar directamente al juez la autorización sustitutiva. Más allá de la cuestión de si el médico es la persona más capacitada para determinar o establecer que la solicitud de la autorización pudiera ocasionar algunas de las situaciones o consecuencias descritas por el inciso a la menor, lo cierto es que la ley entrega una prerrogativa excesiva a dicho facultativo, la que puede ir aun por sobre el padre o madre de la menor, estableciendo como único resguardo o requisito, que dicha opinión conste por escrito.

Al respecto, se plantean dos cuestiones fundamentales: nuevamente se transgrede el derecho y deber preferente de los padres, ya señalado anteriormente, pero además se pone al médico en una situación de alta vulnerabilidad, entregándole una responsabilidad desmedida y dejándolo desprotegido ante eventuales demandas

---

<sup>12</sup> Cabe señalar, sin embargo, que son muchas las iniciativas legales en tramitación que se refieren a él, principalmente el proyecto que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez (Boletín 10315-18) en segundo trámite constitucional, donde se propone una definición del mismo.

<sup>13</sup> Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales; N° 1230-362; de 31 de enero de 2015, p. 17.

en su contra. Esto porque es únicamente el juicio del médico el que estima y valora la situación, ya que, en conformidad a los mismos incisos, el juez se limitará a constatar la ocurrencia de alguna de las 3 causales sobre la base de las pruebas aportadas por el equipo médico y la misma niña, puesto que no admite más oposición o intervención que la del representante legal que hubiere denegado su autorización, autorización que precisamente en este caso no existe. El procedimiento, por tanto, no tiene forma de juicio, porque no hay controversia que resolver, sino que se trata de un acto meramente declarativo sobre la base de la prueba aportada por una de las partes que pudieran tener interés en él.

### **III. Revisión del Tribunal Constitucional**

Otra cuestión que ha suscitado controversia respecto al proyecto se refiere a la legitimidad de que éste, luego de ser aprobado por el órgano legislativo, sea revisado y eventualmente rechazado por un Tribunal compuesto por 10 jueces.

Al margen de cuestiones políticas que inevitablemente se mezclan en el asunto, lo cierto es que el Tribunal Constitucional es un órgano contemplado en la Carta Magna, que resuelve conforme a derecho y cuya finalidad por excelencia es velar por el cumplimiento y adecuación del ordenamiento jurídico a la Constitución. Su existencia se explica precisamente en la necesidad de un órgano garantice el cumplimiento de la Constitución del Estado, la norma de mayor jerarquía dentro del cual se encuadra y a la cual se encuentra obligado de manera directa tanto gobernantes como gobernados.

Al respecto, el número 3 del artículo 93 le entrega al Tribunal la facultad de “resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”<sup>14</sup>. Corresponde, por tanto, al Tribunal la competencia para resolver sobre la constitucionalidad del proyecto de ley. Esto no porque sea una “tercera cámara”, sino porque dentro de nuestro ordenamiento y estructura estatal, corresponde a él dirimir los cuestionamientos legítimamente planteados por los parlamentarios respecto de la constitucionalidad de un proyecto. Conviene para esto señalar que el hecho de que un proyecto de ley haya sido tramitado en conformidad a la ley y aprobado por las mayorías requeridas por ambas Cámaras no es, en sí mismo, garantía o fundamento de que dicho proyecto se adecúe verdaderamente a lo establecido en la Carta Magna. En esa línea, es precisamente por eso, que el constituyente permitió dicho control por parte del Tribunal Constitucional y otorgó a los parlamentarios la facultad de requerir a él en caso de disidencia entre ellos al respecto. De tal manera, la existencia del Tribunal Constitucional garantiza el Estado de Derecho en el contexto de la democracia moderna, tal como se puede ver en múltiples otros ordenamientos jurídicos en que existen Tribunales con similares competencias y facultades, tal como España, Alemania, Francia, Italia, Colombia, Costa Rica, Perú, entre otros.

[Volver al índice](#)

---

<sup>14</sup> Constitución Política de la República (1980), art. 93 N° 3.

- **Documento 2:** Tabla comparativa del texto del “Proyectos de Ley sobre interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” aprobado por la Cámara de Diputados y el texto aprobado por el Senado

COMPARADO DE LOS TEXTOS APROBADOS POR AMBAS CÁMARAS<sup>15</sup>

TEXTO APROBADO POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS	TEXTO APROBADO POR EL SENADO
<p>“Artículo 1º.- Incorpóranse las siguientes modificaciones en el Código Sanitario:</p> <p>1. Sustitúyese el artículo 119 por el siguiente:</p> <p>[INC 1º] “Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, un(a) médico(a) cirujano(a) se encontrará autorizado(a) para interrumpir un embarazo, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.</li> <li>2) El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal.</li> <li>3) Sea resultado de una violación, en los términos del inciso tercero del artículo siguiente, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.</li> </ol> <p>[INC 2º] En cualquiera de las causales anteriores, la mujer deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo. Cuando ello no sea posible, se aplicará lo dispuesto en el artículo 15, letras b) y c), de la ley N°20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas</p>	<p>“Artículo 1º.- Incorpóranse las siguientes modificaciones en el Código Sanitario:</p> <p>1. Sustitúyese el artículo 119 por el siguiente:</p> <p>[INC 1º] “Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, <del>[...]</del> se autoriza la interrupción de su embarazo <b>por un médico cirujano</b>, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida. <b><u>(20 a favor x 14 en contra)</u></b></li> <li>2) El embrión o feto padezca <b>una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal. (19 a favor x 14 en contra)</b></li> <li>3) Sea resultado de una violación, <del>[...]</del> siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación. <b><u>(18 a favor x 16 en contra)</u></b></li> </ol> <p>[INC 2º] En cualquiera de las causales anteriores, la mujer deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo. Cuando ello no sea posible, se aplicará lo dispuesto en el artículo 15, letras b) y c), de la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, sin</p>

<sup>15</sup> Elaborado a partir del oficio N°12.408 de la Cámara de Diputados, del 17 de marzo de 2016; el texto revisado y aprobado por las Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Hacienda del Senado) y el Oficio N° 150/SEC/2017 de la Secretaría del Senado. Disponibles en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>. Boletín N°9895-11.

en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos siguientes. En el caso de personas con discapacidad sensorial, sea visual o auditiva, así como en el caso de personas con discapacidad mental psíquica o intelectual, que no hayan sido declaradas interdictas y que no puedan darse a entender por escrito, se dispondrá de los medios alternativos de comunicación para prestar su consentimiento, en concordancia con lo dispuesto en la ley N°20.422 y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

[INC 3°] Si la mujer ha sido declarada incapaz judicialmente por causa de demencia, se deberá obtener la autorización de su representante legal, debiendo siempre tener su opinión en consideración, salvo que su incapacidad impida conocerla.

[INC 4°] La voluntad de interrumpir el embarazo manifestada por una adolescente de 14 años y menor de 18 deberá ser informada al menos a uno de sus representantes legales; y si fueren varios, a elección de ella. Si a juicio del médico(a) existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información al representante legal señalado por la adolescente podría generarle alguno de los riesgos contemplados en el inciso quinto, se informará al adulto familiar o adulto responsable que la adolescente indique. En caso que la adolescente se halle expuesta a alguno de los riesgos referidos, el(la) jefe(a) del establecimiento hospitalario o clínica particular deberá informar al Tribunal de Familia competente para que adopte las medidas de protección correspondientes.

[INC 5°] El prestador de salud deberá proporcionar a la mujer información veraz sobre las características de la prestación médica según lo establecido en los artículos 8° y 10 de la ley N°20.584. Asimismo, deberá entregarle información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo la de programas de apoyo social, económico y de adopción disponibles. La información será siempre completa y objetiva, y su entrega en ningún caso podrá estar destinada a influir en la voluntad de la mujer. No

perjuicio de lo dispuesto en los incisos siguientes. En el caso de personas con discapacidad sensorial, sea visual o auditiva, así como en el caso de personas con discapacidad mental psíquica o intelectual, que no hayan sido declaradas interdictas y que no puedan darse a entender por escrito, se dispondrá de los medios alternativos de comunicación para prestar su consentimiento, en concordancia con lo dispuesto en la ley N° 20.422 y en la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (19 a favor x 6 en contra x 6 abstenciones)**

[INC 3°] Si la mujer ha sido **judicialmente declarada interdicta** por causa de demencia, se deberá obtener la autorización de su representante legal, debiendo siempre tener su opinión en consideración, salvo que su incapacidad impida conocerla. **(20 a favor x 4 en contra x 6 abstenciones)**

[INC 4°] **Tratándose de una niña menor de 14 años, además de su voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. A falta de autorización, entendiéndose por tal la negación del representante legal, o si éste no es habido, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal. El tribunal resolverá la solicitud de interrupción del embarazo sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la niña y al representante legal que haya denegado la autorización. Si lo estimare procedente, podrá también oír a un integrante del equipo de salud que la asista. (21 a favor x 11 en contra)**

[INC 5°] **Cuando a juicio del médico existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años, o a la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad,**

obstante lo anterior, el prestador de salud deberá asegurarse de que la mujer comprende todas las alternativas que tiene al procedimiento de interrupción, antes que este se lleve a cabo y que no sufra coacción de ningún tipo en su decisión. En el marco de las tres causales reguladas en el inciso primero, también se le ofrecerá acompañamiento, tanto en su proceso de discernimiento, como durante el período siguiente a la toma de decisión, que comprende el tiempo posterior al parto o a la interrupción del embarazo, según sea el caso. Este acompañamiento incluirá acciones de acogida y apoyo biopsicosocial ante la confirmación del diagnóstico y en cualquier otro momento de este proceso. En caso de continuación del embarazo, junto con ofrecer el apoyo descrito, se otorgará información pertinente a la condición de salud y activación de redes de apoyo. Este acompañamiento sólo podrá realizarse en la medida que la mujer lo autorice, deberá ser personalizado y respetuoso de su libre decisión. En el caso de concurrir la circunstancia descrita en el número 3) del inciso primero, se proveerá a la mujer de la información necesaria para que pueda presentar una denuncia.

[INC 6°] En la situación descrita en el número 2) del inciso primero, el prestador de salud proporcionará los cuidados paliativos que el caso exija, tanto si se trata del parto como de la interrupción del embarazo con sobrevivencia del nacido.

[INC 7°] Para estos efectos, los deberes y obligaciones a que se refieren los dos incisos anteriores se cumplirán, principalmente, mediante las prestaciones vigentes en el momento de la atención en el programa de apoyo al desarrollo biopsicosocial del Sistema Chile Crece Contigo y en el marco del Sistema Intersectorial de Protección Social.

[INC 8°] En caso que el acompañamiento no sea ofrecido en los términos regulados en estos incisos, la mujer podrá recurrir a la instancia de reclamo regulada en el artículo 30 de la ley N°20.584. Ante este reclamo, el prestador de salud deberá dar respuesta por escrito dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde el día hábil siguiente a su recepción y, de ser procedente, adoptar las medidas necesarias para corregir las irregularidades reclamadas dentro del plazo máximo de cinco días hábiles, contado desde la

**se prescindirá de tal autorización y se solicitará una autorización judicial sustitutiva. Para efectos de este inciso la opinión del médico deberá constar por escrito.**

[INC 6°] **La autorización judicial sustitutiva regulada en los incisos anteriores será solicitada al juez con competencia en materia de familia del lugar donde se encuentre la menor de 14 años o la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia. El procedimiento será reservado y no será admitida oposición alguna de terceros distintos al representante legal que hubiere denegado la autorización. La resolución que deniegue la autorización será apelable y se tramitará según lo establecido en el inciso quinto del artículo 69 del Código Orgánico de Tribunales. (21 a favor x 11 en contra de 37 en ejercicio; cfr. Art. 66 inc. 2° y 3° CPR)**

[INC 7°] **La voluntad de interrumpir el embarazo manifestada por una adolescente de 14 años y menor de 18 deberá ser informada a su representante legal. Si la adolescente tuviere más de uno, sólo se informará al que ella señale. (20 a favor x 11 en contra)**

[INC 8°] **Si a juicio del equipo de salud existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información al representante legal señalado por la adolescente podría generar a ella un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de la comunicación al representante y, en su lugar, se informará al adulto familiar que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al adulto responsable que ella señale.**

[INC 9°] **En el caso de que la adolescente se halle expuesta a alguno de los riesgos referidos en el inciso anterior, el jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular deberá informar al tribunal con competencia en materia de familia que corresponda, para que adopte las medidas de protección que la ley establece. (Inc.8° y 9°: 18 a favor x 11 en contra y 1 abstención).**

notificación de la respuesta. Si la mujer presentare un reclamo ante la Superintendencia de Salud, de ser procedente según las reglas generales, ésta deberá resolverlo y podrá recomendar la adopción de medidas correctivas de las irregularidades detectadas, dentro de un plazo no superior a treinta días corridos.

[INC 10°] **El prestador de salud deberá proporcionar a la mujer información veraz sobre las características de la prestación médica, según lo establecido en los artículos 8° y 10 de la ley N° 20.584. Asimismo, deberá entregarle información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo la de programas de apoyo social, económico y de adopción disponibles. La información será siempre completa y objetiva y su entrega en ningún caso podrá estar destinada a influir en la voluntad de la mujer. No obstante lo anterior, el prestador de salud deberá asegurarse de que la mujer comprende todas las alternativas que tiene el procedimiento de interrupción, antes de que éste se lleve a cabo, y de que no sufra coacción de ningún tipo en su decisión.**

[INC 11°] **En el marco de las tres causales reguladas en el inciso primero, la mujer tendrá derecho a un programa de acompañamiento, tanto en su proceso de discernimiento, como durante el período siguiente a la toma de decisión, que comprende el tiempo anterior y posterior al parto o a la interrupción del embarazo, según sea el caso. Este acompañamiento incluirá acciones de acogida y apoyo biopsicosocial ante la confirmación del diagnóstico y en cualquier otro momento de este proceso. En caso de continuación del embarazo, junto con ofrecer el apoyo descrito, se otorgará información pertinente a la condición de salud y se activarán las redes de apoyo. Este acompañamiento sólo podrá realizarse en la medida que la mujer lo autorice, deberá ser personalizado y respetuoso de su libre decisión. En el caso de concurrir la circunstancia descrita en el número 3) del inciso primero, se proveerá a la mujer de la información necesaria para que pueda presentar una denuncia. (Inc. 10° y 11°: 20 a favor x 0 en contra, 7 abstenciones)**

[INC 12°] **En la situación descrita en el número 2) del inciso primero, el prestador de salud proporcionará los cuidados paliativos que el caso exija, tanto si se trata del parto como de la interrupción del embarazo con sobrevivencia del nacido. (20 a favor x 0 en contra, 7 abstenciones)**

	<p>[INC 13°] Las prestaciones incluidas en el programa de acompañamiento a las mujeres que se encuentren en alguna de las tres causales serán reguladas por un decreto de las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 143 del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Salud, promulgado el año 2005 y publicado el año 2006. Asimismo, se establecerán los criterios para la confección de un listado de instituciones sin fines de lucro que ofrezcan <u>apoyo adicional (votación separada: 14 a favor x 13 en contra, 1 pareo)</u> al programa de acompañamiento, el que deberá ser entregado de acuerdo al inciso undécimo. <u>La madre podrá siempre solicitar que el acompañamiento a que tiene derecho le sea otorgado por instituciones u organizaciones de la sociedad civil, las que deberán estar acreditadas mediante decreto supremo dictado por el Ministerio de Salud, todo ello conforme a un reglamento dictado al efecto. La mujer podrá elegir libremente tanto la entidad como el programa de acompañamiento que estime más adecuado a su situación particular y convicciones personales. (Indicación S. Allamand. 16 a favor x 9 en contra, 1 abstención, 1 pareo)</u></p> <p>[INC 14°] En el caso de que el acompañamiento no sea ofrecido en los términos regulados en este artículo, la mujer podrá recurrir a la instancia de reclamo establecida en el artículo 30 de la ley N° 20.584. Ante este reclamo, el prestador de salud deberá dar respuesta por escrito dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde el día hábil siguiente a su recepción y, de ser procedente, adoptar las medidas necesarias para corregir las irregularidades reclamadas dentro del plazo máximo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la respuesta. Si la mujer presentare un reclamo ante la Superintendencia de Salud, de ser procedente según las reglas generales, ésta deberá resolverlo y podrá recomendar la adopción de medidas correctivas de las irregularidades detectadas, dentro de un plazo no superior a treinta días corridos. Sin perjuicio de lo anterior, toda mujer que hubiere sido discriminada arbitrariamente en el proceso de acompañamiento podrá hacer efectiva la acción de no discriminación arbitraria contemplada en los artículos 3° y</p>
--	--

	<p><b>siguientes de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación. (Inc. 13° y 14°: 20 a favor x 0 en contra, 7 abstenciones)</b></p>
<p>2. Incorporárase el siguiente artículo 119 bis:</p> <p>[INC 1°] “Artículo 119 bis. Para realizar la intervención contemplada en el número 1) del artículo anterior, se deberá contar con el respectivo diagnóstico médico.</p> <p>[INC 2°] En el caso del número 2) del artículo referido, para realizar la intervención deberá ratificarse el diagnóstico por el(la) médico(a) que cuente con las habilidades específicas requeridas. Todo diagnóstico y ratificación deberá constar por escrito y realizarse en forma previa. En caso de que se requiera una intervención médica inmediata e impostergable, podrá prescindirse de la ratificación. Tratándose del diagnóstico de un embarazo ectópico no se requerirá la ratificación para interrumpir el embarazo.</p> <p>[INC 3°] En el caso del número 3) del artículo 119, un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional, informando por escrito a la mujer o a su representante legal, según sea el caso, y al(a) jefe(a) del establecimiento hospitalario o clínica particular donde se solicita la interrupción. En el cumplimiento de su cometido, este equipo deberá dar y garantizar a la mujer un trato digno y respetuoso.</p> <p>[INC 4°] En los casos en que la solicitante sea una niña o adolescente menor de 18 años, los(as) jefes(as) de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares en que se solicite la interrupción del embarazo procederán de oficio conforme a los artículos 369 del Código Penal, y 175, letra d), y 200 del Código Procesal Penal. Deberán, además, notificar al Servicio Nacional de Menores.</p> <p>[INC 5°] Tratándose de una mujer mayor de 18 años que no haya denunciado el delito de violación, los(as) jefes(as) de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares deberán poner en conocimiento del</p>	<p>2. Incorporárase el siguiente artículo 119 bis:</p> <p>[INC 1°] “Artículo 119 bis. Para realizar la intervención contemplada en el número 1) <b>del inciso primero</b> del artículo anterior, se deberá contar con el respectivo diagnóstico médico.</p> <p>[INC 2°] <b>En el caso del número 2) del inciso primero del artículo referido, para realizar la intervención se deberá contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas. Todo diagnóstico deberá constar por escrito y realizarse en forma previa. (12 a favor x 9 en contra, 2 abstenciones, 1 pareo)</b></p> <p>[INC 3°] En el caso del número 3) <b>del inciso primero</b> del artículo 119, un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional, informando por escrito a la mujer o a su representante legal, según sea el caso, y <b>al jefe</b> del establecimiento hospitalario o clínica particular donde se solicita la interrupción. En el cumplimiento de su cometido, este equipo deberá dar y garantizar a la mujer un trato digno y respetuoso.</p> <p>[INC 4°] En los casos en que la solicitante sea una niña o adolescente menor de 18 años, <b>los jefes</b> de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares en que se solicite la interrupción del embarazo procederán de oficio conforme a los artículos 369 del Código Penal, y 175, letra d), y 200 del Código Procesal Penal. Deberán, además, notificar al Servicio Nacional de Menores.</p> <p>[INC 5°] Tratándose de una mujer mayor de 18 años que no haya denunciado el delito de violación, <b>los jefes</b> de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares deberán poner en conocimiento del Ministerio Público</p>

<p>Ministerio Público este delito, con la finalidad de que se investigue de oficio al o los responsables.</p> <p>[INC 6°] En el proceso penal por el delito de violación, la comparecencia de la víctima a los actos del procedimiento será siempre voluntaria y no se podrá requerir o decretar en su contra las medidas de apremio contenidas en los artículos 23 y 33 del Código Procesal Penal.</p>	<p>este delito, con la finalidad de que se investigue de oficio al o los responsables.</p> <p>[INC 6°] <b>En todos los casos anteriores se respetará el principio de confidencialidad en la relación entre médico y paciente, adoptándose las medidas necesarias para resguardar su aplicación efectiva. (16 a favor x 8 en contra, 1 pareo)</b></p> <p>[INC 7°] En el proceso penal por el delito de violación, la comparecencia de la víctima a los actos del procedimiento será siempre voluntaria y no se podrá requerir o decretar en su contra las medidas de apremio contenidas en los artículos 23 y 33 del Código Procesal Penal.</p>
<p>3. Introdúcese el siguiente artículo 119 ter:</p> <p>[INC. 1°] "Artículo 119 ter. El (la) médico(a) cirujano(a) requerido(a) para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al(la) Director(a) del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar otro médico(a) cirujano(a) a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún(a) facultativo(a) que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia.</p>	<p>3. Introdúcese el siguiente artículo 119 ter:</p> <p>[INC. 1°] "Artículo 119 ter. <b>El médico cirujano requerido</b> para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el <b>inciso primero del</b> artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia <b>al Director</b> del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. <b><u>De este mismo derecho gozará el resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. (Votación separada: 17 a favor x 10 en contra, 1 pareo)</u></b> En este caso, el establecimiento tendrá la obligación <b>reasignar de inmediato otro profesional no objetante</b> a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con <b>ningún facultativo</b> que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. <b>Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad a los artículos anteriores. <u>La objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución. (Votación separada: 16 a favor x 10 en contra, 1 pareo)</u></b></p> <p>[INC. 2°] Si <b>el profesional</b> que ha manifestado objeción de conciencia es <b>requerido</b> para interrumpir un</p>

<p>[INC. 2º] Si el(la) médico(a) cirujano(a) que ha manifestado objeción de conciencia es requerido(a) para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al Director(a) del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.</p> <p>[INC. 3º] En el caso que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro(a) médico(a) cirujano(a) que pueda realizar la intervención."</p>	<p>embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al <b>Director</b> del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.</p> <p>[INC. 3º] En el caso <b>de</b> que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) <b>del inciso primero</b> del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista <b>otro médico cirujano</b> que pueda realizar la intervención. <b><u>Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del numeral 3) del inciso primero del artículo 119.</u></b>"(votación separada: 16 a favor x 9 en contra, 1 pareo)</p>
<p>4. Incorpórase el siguiente artículo 119 quáter:</p> <p>[INC 1º] "Artículo 119 quáter. Queda estrictamente prohibida la publicidad sobre la oferta de centros, establecimientos o servicios, o de medios, prestaciones técnicas o procedimientos para la práctica de la interrupción del embarazo en las causales del artículo 119."</p>	<p>4. Incorpórase el siguiente artículo 119 quáter:</p> <p>[INC 1º] "Artículo 119 quáter. Queda estrictamente prohibida la publicidad sobre la oferta de centros, establecimientos o servicios, o de medios, prestaciones técnicas o procedimientos para la práctica de la interrupción del embarazo en las causales <b>del inciso primero</b> del artículo 119."</p> <p>[INC 2º] "<b>Lo anterior no obsta al cumplimiento de los deberes de información por parte del Estado ni a lo dispuesto en el Párrafo 4º del Título II de la ley N° 20.584.</b>"</p>
<p>Artículo 2º.- Incorpóranse las siguientes modificaciones en el Código Penal:</p> <p>1. Agrégase en el artículo 344 el siguiente inciso tercero:</p> <p style="padding-left: 40px;">"No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario."</p> <p>2. Agrégase en el artículo 345 el siguiente inciso segundo:</p> <p style="padding-left: 40px;">"No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario."</p> <p>3. Incorpórase el siguiente artículo 345 bis:</p>	<p><b>Artículo 2º.- Reemplázase el artículo 344 del Código Penal por el siguiente:</b></p> <p style="padding-left: 40px;"><b>"Artículo 344. La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.</b></p> <p style="padding-left: 40px;"><b>Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio."</b>"(23 a favor x 0 en contra, 1 pareo)</p>

“Art. 345 bis. El que facilitare o proporcionare a otro cualquier órgano, tejido o fluido humano proveniente de aborto o interrupción del embarazo, será penado con presidio menor en su grado máximo, y en el caso de los facultativos médicos se impondrá la pena accesoria de inhabilitación especial del ejercicio de la profesión durante el tiempo de la condena.

Cuando la conducta señalada en el inciso anterior fuere realizada por un facultativo médico en los casos de interrupción del embarazo autorizados por tribunales, la pena se aumentará en un grado y se impondrá la accesoria de inhabilitación especial perpetua para el ejercicio de la profesión.”.

Artículo 3º.- Intercálase, en el inciso primero del artículo 13 bis de la ley N°19.451, a continuación del punto aparte, que pasa a ser coma, la siguiente oración: “así como quien destine, en cualquier momento, con ánimo de lucro o para fines distintos de los autorizados en esta ley, órganos, tejidos o fluidos humanos provenientes de una intervención propia de la interrupción del embarazo.”.

[INC. 1º] Artículo transitorio.- El mayor gasto fiscal que irroque la aplicación de esta ley, en su primer año presupuestario, se financiará con cargo a los recursos que se consulten en la Partida 16 “Ministerio de Salud” de la ley de Presupuestos respectiva. No obstante, el Ministerio de Hacienda, con cargo a la Partida Presupuestaria del Tesoro Público, podrá suplementar dicho presupuesto en la parte del gasto que no se pudiera financiar con tales recursos. Para los años siguientes se contemplará el financiamiento en las leyes de Presupuestos.”.

[INC. 1º] **“Artículo transitorio.- Las prestaciones reguladas en esta ley serán exigibles a contar de la dictación del decreto a que se refiere el inciso decimotercero del artículo 119 del Código Sanitario, la que deberá tener lugar en el plazo de noventa días contado desde la publicación.”.**

[INC. 2º] El mayor gasto fiscal que irroque la aplicación de esta ley, en su primer año presupuestario, se financiará con cargo a los recursos que se consulten en la Partida 16 “Ministerio de Salud” de la ley de Presupuestos respectiva. No obstante, el Ministerio de Hacienda, con cargo a la Partida Presupuestaria del Tesoro Público, podrá suplementar dicho presupuesto en la parte del gasto que no se pudiera financiar con tales recursos. Para los años siguientes se contemplará el financiamiento en las leyes de Presupuestos.”.

B. Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza recurso de protección presentado por el Instituto de Derechos Humanos (INDH) por supuesta discriminación a paciente en hospital de La Florida

Santiago, dieciocho de julio de dos mil diecisiete.

**Vistos y teniendo presente:**

**Primero:** Que a fojas 1 comparece el Instituto Nacional de Derechos Humanos e interpone recurso de protección en favor de Samuel Barria Silva y en contra de la Ministra de Salud, señora Carmen Castillo Taucher, de la Directora del Hospital de La Florida, señora Valeria Sawada Tsukame, y de la enfermera del referido Hospital, señora Alicia Zamora, por los actos ilegales y arbitrarios en que habrían incurrido con motivo de su atención de salud y que se detallarán, los cuales, sostiene, han afectado las garantías fundamentales reconocidas en los N° 1°, 2° y 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Relata la recurrente que el señor Barria Silva se encuentra internado en el Hospital de La Florida desde el 31 de enero de 2017, afectado por una “ostiomielitis” y una “infección urinaria”, en razón de lo cual se halla imposibilitado de valerse por sí mismo, ya que su pierna izquierda le fue amputada, usa un catéter de manera permanente, de modo que debe trasladarse en silla de ruedas, y su representación legal se encuentra entregada a la Presidente Nacional de las Asociaciones de Usuarios.

Detalla luego que, con anterioridad, el señor Barria Silva ya había estado hospitalizado en el referido centro de salud y de manera irregular, el día 26 de octubre de 2016, fue dado de alta y abandonado en un sitio eriazoso junto con todas sus pertenencias, las cuales le fueron sustraídas, debiendo permanecer tres meses en una residencial, situación que está investigando el Ministerio Público a raíz de una denuncia efectuada. Refiere la recurrente que desde ese período la salud del señor Barria Silva se ha visto agravada, se le infectó una de sus piernas y por ello es que ingresó nuevamente el Hospital de La Florida, lo cual, paradójicamente, está poniendo en riesgo su vida, puesto que no se le están entregando los cuidados médicos adecuados debido a la denuncia que se indicó con anterioridad, siendo constantemente increpado y hostigado por una de las recurridas, la enfermera Alicia Zamora, quien lo tilda como “el protegido de los gremios” y que es visitado por “puros comunistas”.

A continuación se indica en el recurso que la negligencia que se denuncia se observa en que no se le administra los medicamentos a tiempo

ni en las dosis prescritas, no se le vacía su catéter, se demoran en realizarle curaciones, recibe visitas médicas solo una vez al mes, salvo durante mayo en que un doctor lo visitó a diario puesto que estaba cursando la especialidad, se le ha dicho que no hay remedios para su enfermedad y no cuenta con información de sus diagnósticos ni sus tratamientos, pese a que el día 12 de mayo de 2017 se realizaría una junta médica para conocer de su situación. Todo lo anterior, se añade, fue expuesto a funcionarias del INDH y ha sido observado por ellas mismas.

De este modo, considera el recurrente que existen situaciones fácticas y omisiones que son arbitrarias e ilegales, las cuales tiene como efecto privar, perturbar y amenazar ilegal y arbitrariamente el ejercicio de las garantías constitucionales señaladas.

Luego de diversas citas legales se señala en el recurso que estas disposiciones apuntan al derecho que tiene toda persona a que el prestador de salud ejecute los actos necesarios para que se recupere, recibiendo, en ello, un trato digno y respetuoso, como, asimismo, el derecho a la información oportuna, veraz y comprensible, sumándose la posibilidad de realizar consultas y reclamos y recibir visitas, todo lo anterior sin ninguna clase de discriminación y en un trato igualitario. Respecto de esta última infracción sostiene el recurrente que es al Ministerio de Salud al cual le corresponde supervigilar el cumplimiento de los antedichos derechos y obligaciones y, en caso en concreto, acusa que ellos no se están cumpliendo.

**Segundo:** Que al evacuar el informe el Hospital Clínico Metropolitano de La Florida indica, en primer término, que lo que se expone el recurso son materias que exceden de aquéllas que deben ser conocidas a través de un recurso de protección, teniendo presente que se reclaman derechos que deben ser debatidos y probados en el procedimiento judicial correspondiente. Seguidamente señala que el recurso es extemporáneo, ya que los supuestos hechos se inician el día 26 de octubre de 2016, época en que el señor Barria Silva habría sido dado de alta de manera irregular, por lo tanto, el plazo para interponer la presente acción se encuentra vencido.

En tercer término se expone en el informe que habría falta de legitimación activa del Instituto de Derechos Humanos, citando para ello el

artículo 3º de la Ley N° 20.405 y estima que esta norma es restrictiva y que debe limitarse a los casos que en ella se indica.

A continuación se niega cualquier trato discriminatorio en perjuicio del señor Barria Silva, señalándose que todos los hechos en que se fundamenta la acción constitucional resultan falsos. Luego, en torno a la situación de salud del paciente, indica que es un paciente con paraplejia por herida de arma de fuego, que presenta múltiples hospitalizaciones por escaras y heridas infectadas, que se ha realizado un manejo antibiótico con buenos resultados, sus escaras están en control y que actualmente está hospitalizado.

Por lo tanto, asegura que no se han visto afectados ninguno de las garantías que se enuncian y pide que se rechace el recurso presentado, con costas.

**Tercero:** Que informa la recurrida Ministra de Salud, quien también alega la extemporaneidad de la presente acción, pero sobre la base del informe de las visitas efectuadas por las funcionarias del INDH, las que consignan que la denuncia de la situación del señor Barria Silva fue recibida el día 21 de abril de 2017, esto es, más de treinta días antes contados retrospectivamente desde la fecha de interposición del recurso.

Seguidamente plantea la falta de legitimación pasiva de su parte, toda vez que el Hospital recurrido es un organismo que depende del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente, en contra de quien no se recurrió, y solo se ha dirigido en su contra con fines meramente comunicacionales. Refiere luego que la presente acción discurre sobre una atención que no sería la adecuada y sólo se basa en simples dichos, mas no se acredita lo sucedido con medio de prueba alguno que permita tenerla por cierta.

Asimismo, señala esta informante que existen procedimientos especiales para conocer estas materias -contenidos en la Ley N° 20.422 que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad- y finalmente explica que el paciente más de tres meses de hospitalización y que anteriormente estuvo otros dieciséis meses internado, ocasiones en que se le han brindado todos los cuidados que establece la medicina, por lo tanto, todas las acusaciones requieren de un proceso de lato conocimiento en que se revise la abundante documentación

sobre el particular, no bastando una acusación sin pruebas que acrediten las imputaciones. Por lo tanto, niega cualquier conculcación e insiste en que nada de lo afirmado está demostrado.

**Cuarto:** Que como se ha sostenido de manera uniforme tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, el recurso de protección de garantías constitucionales consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que deben tomarse ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio. Es decir, se trata de un derecho esencial de la persona humana a la tutela jurisdiccional, dentro de un proceso constitucional, a través de un procedimiento rápido y eficaz en protección de los derechos fundamentales.

Por consiguiente, para que esta acción constitucional prospere resulta indispensable que se demuestre la existencia del acto u omisión que lo motiva y que pueda ser calificado como ilegal, esto es, contrario a la ley, o arbitrario, es decir, carente de racionalidad.

**Quinto:** Que sin perjuicio de las consideraciones que pudieran efectuarse respecto de la eventual extemporaneidad de la acción, la legitimación activa del Instituto Nacional de Derechos Humanos o la legitimación pasiva de la señora Ministra de Salud, lo cierto es que como se expuso en el motivo anterior, es *conditio sine qua non* para el éxito del recurso de protección que se demuestre la efectividad de los hechos en que se sustenta, ya sea porque éstos son reconocidos por la persona o autoridad contra la cual se dirige o bien porque su ocurrencia aparece manifiesta, luego de la valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica de los antecedentes que se acompañen.

La acción de protección, es sabido, no es en lo absoluto un procedimiento destinado a declarar derechos, el que supone se demuestre previamente la efectividad de los supuestos fácticos que justifican la existencia de ese derecho, pero evidentemente es posible concebir en el la valoración de antecedentes que permitan concluir la existencia de los hechos en que se funda, en el evento que exista controversia sobre su ocurrencia.

La simple negación de ésta, por consiguiente, no determina *per se* que el recurso haya de ser desestimado. Sólo de este modo tiene sentido la regla contenida en el N° del Auto Acordado que regula su tramitación, en tanto dispone que “la Corte apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica los antecedentes que se acompañen al recurso y los demás que se agreguen durante su tramitación”.

**Sexto:** Que en el caso de la especie los recurridos que evacuaron el informe requerido han negado la existencia de todos y cada uno de los hechos en que la acción se sustentó y que el recurrente calificó de arbitrarios e ilegales y lo cierto es que los antecedentes acompañados por este último, aún apreciados con la mayor laxitud que permite el sistema de valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica, no son aptos para considerarlos demostrados.

En efecto, prácticamente todo el recurso se sustenta en hechos que habrían sido narrados por el señor Barría Soto y aquéllos que se afirma fueron constatados por funcionarias del Instituto Nacional de Derechos Humanos en las dos visitas inspectivas realizadas al Hospital Clínico Metropolitano de La Florida Doctora Eloísa Díaz Insunza, en el evento de estimárselos efectivos, no revisten en lo absoluto caracteres de ilegalidad o arbitrariedad. Asimismo, el documento que se tuvo por acompañado en lo pertinente de la providencia de cuatro del mes en curso, consistente en una “Carta Denuncia” suscrita por dirigentes de algunas asociaciones gremiales, sin perjuicio de su singularidad, también tiene como antecedente inmediato lo relatado y denunciado por el paciente y, por lo mismo, no es útil para el fin que se pretende.

**Séptimo:** Que en razón de lo anterior, faltando el supuesto esencial e indispensable para que prospere la acción de protección consagrada en el artículo 20 de la Carta Fundamental, cual es la existencia de un acto o una omisión contraria al ordenamiento o gobernada por el mero capricho, el recurso interpuesto debe ser necesariamente desestimado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, se **rechaza** el recurso de protección deducido

por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en favor de Samuel Barria Silva.

Regístrese y archívese.

Redacción del Ministro señor Balmaceda.

N° 39.266-2017.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Javier Anibal Moya Cuadra e integrada por el Ministro señor Jaime Balmaceda Errázuriz y por la Ministro señora Maritza Villadangos Frankovich. No firma el Ministro señor Moya por encontrarse ausente. Autoriza el (la) ministro de fe de esta ltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

Santiago, dieciocho de julio de dos mil diecisiete, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.

JAIME BALMACEDA ERRAZURIZ  
MINISTRO  
Fecha: 18/07/2017 13:23:22

MARITZA ELENA VILLADANGOS  
FRANKOVICH  
MINISTRO  
Fecha: 18/07/2017 12:56:38

Poder Judicial

<http://www.pjud.cl/documents/396729/0/INDH+SALUD.pdf/a9486bcb-51c6-4dbc-b979-b67f6a00cb41>  
(18 de julio de 2017)

[Volver al índice](#)

**C. Sentencia de la Corte de Antofagasta que orden a la Dirección General de Aeronáutica Civil realizar consulta previa a los pueblos atacameños antes de autorizar vuelos en globo aerostático sobre San Pedro de Atacama**

VISTOS:

La comparecencia de la abogada Carolina Sagredo Guzmán, por la **Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños**, representada por su presidenta Ana Lucia Ramos Siales, todos domiciliados para estos efectos en calle Ckilapana sin número, comuna de San Pedro de Atacama, interponiendo recurso de protección contra la Dirección General de Aeronáutica Civil, representada por el General de Brigada Aérea Víctor Villalobos Collao; Balloons Over Atacama, representada por Gonzalo Vergara Zúñiga; Phaway Atacama Ballooning Experience, representada por Javier Chame Grass; y Atacama Balloons o Globos Chile Ltda., representada por Tania Corrales Pérez, por el ejercicio de actos ilegales y arbitrarios, que infringen sus garantías reconocidas en el artículo 19 Nº 2, 4, 6, 8 y 24 de la Constitución Política de la República. Informaron las recurridas, solicitando el rechazo de la acción. Puesta la causa en estado, se trajo los autos para dictar sentencia.

**CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la acción cautelar constitucional se fundamenta en que producto de un conjunto de actos materiales y administrativos que consisten en la operación de tres empresas de globos aerostáticos, autorizados por la Dirección General de Aeronáutica Civil –DGAC-, sin consulta previa, y sobre el territorio atacameño, se ha generado una serie de afectaciones a las personas y comunidades Lickanantay que habitan los Ayllus de San Pedro de Atacama. Indica que desde el inicio de las operaciones de las empresas de globos aerostáticos los impactos han ido en escalada, provocando cada vez más afectación en los habitantes de los sectores donde operan, los que, en su mayoría, adhieren o se identifican con alguna comunidad indígena lickanantay, lo que se intensificó en los meses de marzo y abril del presente año, multiplicándose las denuncias ante el municipio de San Pedro Atacama, Carabineros y la DGAC. Lo anterior motivó a las comunidades afectadas a solicitar la intervención del Consejo de Pueblos Atacameños. Luego de una exposición de los orígenes del pueblo atacameño, describe los actos que constituyen la vulneración: a) Permiso o licencia entregado por la DGAC a las empresas sin realizar consulta a las comunidades Lickanantay afectadas. La entidad administrativa hasta la fecha no ha notificado a las comunidades afectadas por los globos aerostáticos de estas licencias ni los fundamentos que motivaron su entrega, reclamándose sin recibir respuesta. Permisos que no establecen casi ninguna restricción de los lugares de recorridos, despegue y aterrizaje, o medidas de mitigación de los impactos. b) Actos materiales que afectan los modos de vida del pueblo atacameño:

- 1.- Constante ruido durante la operación de los Globos Aerostáticos.
- 2.- Afectación a la intimidad y vida privada de los habitantes de los Ayllus, producto que los globos la mayor parte del tiempo se encuentran a baja altura, los habitantes de las comunidades se sienten observados e incluso escuchan comentarios de los tripulantes, restringiendo sus actividades diarias al aire libre con objeto de no permanecer en vitrina.
- 3.- Afectación al patrimonio ambiental y cultural del pueblo Lickanantay, la operación de estos ha provocado serias alteraciones a la fauna presente los territorios donde operan, generando un estado de pánico en los animales de pastoreo y silvestres, además de sobrevolar lugares con un frágil equilibrio biológico y áreas silvestres protegidas.
- 4.- Afectación al patrimonio arqueológico, basado en el aterrizaje de globos aerostáticos en sitios de relevancia patrimonial, dando cuenta de algunos incidentes.
- 5.- Daños psicológicos por la constante preocupación por la seguridad de los globos, producto que funcionan con combustión y el piloto no puede determinar con certeza los sitios de aterrizaje, existe constante peligro ante

una mala maniobra de proliferación de incendios. En cuanto a la ilegalidad y arbitrariedad del acto, lo cimienta en: a) La falta de consulta indígena previa a la comunidad afectada, conforme al Convenio 169 de la OIT, por la DGAC al otorgar los permisos o licencias a las recurridas; b) En la infracción a la Ley de Bases del Medio Ambiente, por no haber ingresado el proyecto al Sistema de Evaluación Ambiental en virtud del artículo 10 letra p) de la Ley N° 19.300, pues intervienen en áreas protegidas como el Santuario de la Naturaleza Valle de la Luna, sitios arqueológicos protegido por la Ley N° 17.288 y humedales de gran valor ecológico, requiriendo a lo menos, un estudio de impacto ambiental fundado en el artículo 11 letras c) y d) de la citada ley; c) infracción del reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena, tratándose de un acto administrativo no reglado, la autoridad tiene facultades discrecionales para decidir la entrega o no de la licencia o permiso para operar, respetando el principio de legalidad y observando el ordenamiento jurídico vigente, en particular el derecho de consulta indígena. Agrega, como infringido la normativa reglamentaria municipal, pues las recurridas carecen de permiso municipal para operar. En cuanto a las garantías denunciadas como afectadas: a.- Igualdad ante la ley, al ignorar las diferencias reconocidas y amparadas por el ordenamiento jurídico en la ley indígena y tratados internacionales, al no efectuar la consulta indígena.

b.- Derecho al respeto de la vida privada: por los frecuentes paseos en globos aerostáticos a baja altura, fotografiando y grabando a los habitantes de los Ayllus, perturbando las actividades diarias de las personas y comunidad.

c.- Derecho a la libertad de culto: Al alterar el sistema de creencias basado en el “buen vivir”, utilizando el territorio en armonía con la naturaleza, dotando a la tierra de vida propia, fundando la relación en la reciprocidad. Mediante la operación de globos aerostáticos en territorio de la comunidad se ha generado un constante riesgo de afectar sectores de valor patrimonial y sitios de significación cultural.

d) Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, afectado por la infracción a la Ley de Bases del Medio Ambiente al haber omitido las recurridas el ingreso Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental –SEIA- para determinar los impactos ambientales y sociales sobre la comunidad.

e) Derecho a la propiedad comunitaria indígena, expone latamente sobre la propiedad indígena, su reconocimiento normativo y por el Estado en diversos actos administrativos, explicando que las recurridas recorren sin ninguna restricción la propiedad individual y comunitaria del pueblo Lickanantay, sin autorización previa de los dueños del territorio para realizar despegues, sobrevuelos y aterrizaje. Concluye solicitando se declare que los actos denunciados son ilegales y arbitrarios, que deben cesar hasta que las recurridas cuenten con las autorizaciones que correspondan, y se haya efectuado consulta conforme al estándar internacional respecto de la comunidad afectada.

**SEGUNDO:** Que informó el General de Brigada Aérea Víctor Villalobos Collao, Director General de la Dirección General de Aeronáutica Civil –DGAC-, solicitando el rechazo.

Funda su petición en que la DGAC solo ha ejercido las facultades y funciones que le corresponde en su calidad de autoridad administrativa conforme a la Ley 16.752, artículos 76, 81, 98 y 104 del Código Aeronáutico y al artículo 1° del Decreto Ley 2564 de 1979, y normativa dictada conforme a la misma, DAN 119 “Norma para la obtención del Certificado Operación Aéreo (AOC)”, DAN 135 “Requisitos de operación: operaciones regulares y no regulares para aviones de hasta 19 asientos de pasajeros” y DAN 137 “Trabajos aéreos”.

Expuso detalladamente cada uno de las normas citadas, con especial énfasis en el artículo 81 del Código Aeronáutico, que establece que ninguna persona podrá oponerse al sobrevuelo de una aeronave en razón de sus derechos sobre el suelo, y el artículo 1° del mismo código, que señala que el Estado de Chile tiene la soberanía exclusiva del espacio aéreo sobre su territorio. Conforme a esta argumentación indicó que el recurso de protección no es la vía idónea para reclamar por eventuales perjuicios derivado del sobrevuelo de una aeronave, lo que solo podría acreditarse en un juicio ordinario de lato conocimiento.

Refiere pormenorizadamente cada una de las empresas recurridas que cuentan con autorización para operar en la zona de San Pedro de Atacama, los actos administrativos que las autorizan, la cantidad de globos aerostáticos, y otros antecedentes técnicos y jurídicos en que se basó el otorgamiento de los permisos respectivos, concluyendo que la DGAC ha actuado en un procedimiento reglado, cumpliendo la normativa legal y reglamentaria, por lo que no puede imputársele discrecionalidad o arbitrariedad alguna en su proceder.

En cuanto a la alegación contenida en el recurso, indicó que no es procedente la notificación de la recurrente, pues se trata de actos administrativos de efectos particulares, notificados a los interesados, sin perjuicio del acceso público a esta información.

En lo tocante a la denuncia de constante ruido generado por el roce de pistones que participan en la combustión del globo, refirió que estos no utilizan motores recíprocos, funcionan con aire caliente producido por quemadores activados con gas propano o butano, por lo que no ocasionan ruido en los términos alegados. Señaló que no existe texto legal expreso que imponga a la DGAC someter a consulta de las comunidades indígenas las resoluciones o actos administrativos que autorizan operaciones aéreas. Agregando, que conforme al reglamento que regula este procedimiento, en su artículo 7°, el acto administrativo no cumple con los requisitos pues es reglado, y se dictó cumpliendo las atribuciones y obligaciones que los reglamentos le otorgan e imponen.

Cuestiona la afectación de garantías fundamentales invocadas en el recurso:

En cuanto a la igualdad ante la ley, por no existir obligación de consulta indígena para esa Dirección.

De igual modo, las garantías a la vida privada, libertad de culto, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y derecho de propiedad, ninguno de los cuales ha sido afectado mediante la resolución administrativa que autoriza la operación de aeronaves, limitándose esta para ejercer las atribuciones que la ley le otorga dentro de su competencia, constituyendo una obligación del piloto de la aeronave no efectuar maniobras innecesarias para la operación aérea, conforme al artículo 81 del Código Aeronáutico, existiendo derecho a indemnización en caso de perjuicio. Concluye indicando que las empresas aéreas recurridas cuentan con certificado operación aérea que le permite realizar operaciones aéreas comerciales con las naves -globos aerostáticos- desde la fecha de su respectivos certificados para el transporte aéreo comercial no regular de pasajeros y además el de trabajo aéreo de fotografía, en el caso de la empresa con las limitaciones en dichos instrumentos indicados.

**TERCERO:** Que informó el abogado Jorge Frei Toledo, por la recurrida Sociedad Phaway Atacama Ballooning Experience SPA, solicitando el rechazo, con costas.

En cuanto a la forma, alegó la falta de precisión de los actos denunciados, al tratarlos en conjunto, sin determinar la fecha de ocurrencia, no distinguió cuál de las tres empresas o autoridad administrativa es la autora concreta de los hechos, tratándolas como una misma entidad.

Expresa que el recurso se construye sobre la base de acusaciones sin fundamento de forma vaga e imprecisa.

Alegó la inadmisibilidad por extemporaneidad, basado en que se autorizó las operaciones de servicio de transporte aéreo comercial el 20 de diciembre de 2016, comenzando estas el 24 de diciembre, de forma periódica, continúa y perceptible, por lo que transcurrió el plazo señalado en el Auto Acordado para la interposición de la acción cautelar.

Luego de la exposición de los permisos administrativos con que cuenta la empresa, reseña el marco normativo de la aeronavegación, y el cumplimiento de este por la sociedad, operando con un estándar de buen relacionamiento con el medio ambiente y la comunidad, según latamente detalla.

Señaló en lo pertinente, que mantiene un código de conducta, que regula las denominadas zonas sensibles, delimitando estas y las zonas de exclusión, desviando las operaciones y rutas, para no pasar por este espacio territorial o de hacerlo, a una altura suficiente que no perturbe el área. Refirió que en la operación de los globos

tripulados, el piloto puede definir el lugar de despegue y el espacio donde no va a aterrizar, pero no puede controlar el lugar donde aterriza, mediante normas de buena convivencia ha definido estos lugares, como sectores de conservación como el Santuario del Valle de la Luna, o lugares sensibles para la comunidad, todos los cuales fueron presentados y autorizados al momento de solicitar la AOC.

Expresó que las operaciones del globo aerostático solo pueden ser realizadas en las primeras horas del día -7 A.M., por las condiciones de los vientos y rayos UV, en periodos aproximados de 1 hora, a una altura promedio de 2.800 metros, 400 metros sobre lugar de despegue y aterrizaje.

Explicó, que la operación aeronáutica ha seguido los procedimientos para obtener la autorización para realizar un servicio transporte aéreo, cumpliendo todas las exigencias legales y reglamentarias, para asegurar las condiciones operacionales y de seguridad.

Manifestó que no existe ilegalidad ni arbitrariedad, respecto de la falta de consulta indígena, ya que solo algunas decisiones estatales están sujetas a esta, pero no las actividades de los particulares. Así, la autorización operativa comercial –AOC- no la requiere, pues no es una medida administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas y dada su configuración legal como acto administrativo reglado, está excluida por inconducente. En cuanto reproche por infracción a la Ley de Base del Medio Ambiente, señaló que no sobrevuela áreas protegidas. Y a mayor abundamiento, que el artículo 10 letra p) de la Ley 19.300, solo está referido a actividades que se ejecuten al interior de las zonas ahí indicadas, al carecer de emplazamiento físico no sería aplicable a la actividad. Indicó sobre los derechos fundamentales supuestamente afectados, que varios de ellos no son de titularidad de la persona jurídica como la intimidación, la libertad de culto y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

En cuanto al derecho de propiedad, no se acompañó ningún antecedente que lo acredite. A su turno, sobre la igualdad ante la ley y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, reiteró los argumentos para descartar la consulta indígena y de someter el proyecto al SEIA.

**CUARTO:** Que informó el abogado Hernán Tuane Valenzuela, por la recurrida **Alicanto Balloons SpA**, solicitó el rechazo, con costas.

En cuanto a la forma, primeramente, pidió que se declare inadmisibile por extemporáneo, pues el acto que constituye el fundamento de la protección es la concesión del permiso de vuelo y por consecuencia, los vuelos en sí. Así, indicó que la DGAC otorgó el permiso el 6 de julio de 2016, que realizó los primeros vuelos de prueba en agosto y septiembre del año pasado e inició la operación comercial el 28 septiembre de 2016, lo que fue de público conocimiento en San Pedro de Atacama, incluso de las comunidades, por lo que desde que tomaron conocimiento del acto transcurrió más de 30 días.

En una segunda alegación, refirió la inadmisibilidad del recuso, fundado en que el asunto es una materia de índole contenciosa-administrativa, de competencia de los juzgados civiles, en un juicio de lato conocimiento, que escapa a la finalidad y objetivos de la acción cautelar. Expuso como tercera alegación formal, la falta de titularidad de la recurrente –persona jurídica- de derechos fundamentales inherentes a las personas naturales como son el derecho a la intimidad y a la libertad de culto. En cuanto al fondo, luego de una reseña de los orígenes de la empresa y su llegada a Chile, expone la colaboración prestada por esta a las comunidades a través de la responsabilidad social empresarial. Indicó que concurrió voluntariamente al Servicio de Evaluación Ambiental –SEA-, que mediante Resolución Exenta 144/2017, concluyó que el proyecto no requería someterse a una declaración o estudio de impacto ambiental, pues carece de impacto ambiental negativo, destacó de la resolución que expresa que no se pondrá en riesgo la biodiversidad de la zona, no afectara el valor paisajístico, ni la alimentación o nidificación de aves.

En lo tocante a las supuestas afectaciones, las detalla, negándolas e indicó la inexistencia de actos ilegales o arbitrarios que signifiquen una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio. Así, en cuanto a la

igualdad ante la ley, señaló que no existe una discriminación o trato diferenciado hacia esta por la recurrida, consulta previa que no es procedente por encontrarse sujeto a un procedimiento reglado, no discrecional, conforme al artículo 7° del reglamento.

En relación al respeto y protección a la vida privada, señaló que no se afecta pues los vuelos no transcurren por zonas habitadas y una altura mínima de 500 pies sobre el nivel del suelo, además, se realizan al amanecer. También, descarta la afectación psicológica por el riesgo de incendio, pues fueron evaluados por el SEIA y la DGAC, desestimándolos en condiciones normales de operación. Controvirtió la afectación a la libertad de culto, ya que el recurso no indicó de qué forma y dónde específicamente se producirían los hechos que denuncia, no advirtiendo en qué modo su operación conculca este derecho, agregando, que los organismos públicos fueron informados de los despegues y aterrizajes, los que a su vez se acordaron con la Comunidad de Coyo, alejado de zonas sensibles o de culto. Igualmente impugnó la afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, basado en que los globos no utilizan motores por lo cual no existe roce de pistones, y el ruido que genera es mínimo y casi inaudible, describiendo su funcionamiento, en períodos no superiores a 45 minutos al amanecer, cuyo recorrido no incluye asentamiento poblados sino planicies desérticas no habitadas. Descartando el perjuicio ecológicos o a la fauna del lugar por lo resuelto por el SEA.

Refutó la afectación al derecho de propiedad de la comunidad atacameña, y que no toda actividad relacionada con esta deba someterse a consulta indígena. Adicionó, que mantiene un acuerdo de cooperación con la Comunidad Indígena de Coyo, que autorizó a la empresa a despegar, volar y aterrizar en su territorio, además citó los artículos 76, 78 y 81 del Código Aeronáutico, para desvirtuar la necesidad de contar con autorización del dueño del predio para su sobrevuelo. Concluye, realizando una exposición de la aplicación de la responsabilidad social y de las medidas concretas adoptadas en beneficio de la comunidad.

**QUINTO:** Que informó el abogado Nicolás Márquez Herrera, por la recurrida Globos Chile Ltda., solicitó el rechazo, con costas.

Luego de una exposición sobre los orígenes de la empresa y su vinculación con la comunidad, indicó que la empresa fue utilizada por la DGAC el 12 de abril de 2017, realizando a la fecha 9 vuelos, lejos de lugares habitados y en pleno respeto de la normativa vigente, del medio ambiente, de los habitantes del lugar y sus animales.

Refirió que cumplió la normativa para obtener la certificación de operador aéreo, contando con un globo aerostático de origen francés, con modalidad de bajo impacto que permite un vuelo silencioso, que es operado por un piloto certificado a una altura no menor a 300 metros y obtuvo permisos de los propietarios de las áreas donde realiza los vuelos, despegues y aterrizajes, y autorización de la Comunidad Indígena de Catarpe.

En cuanto al permiso, señaló que la actividad tiene un carácter reglado, citando los artículos 76, 81 y 98 del Código Aeronáutico, por lo que no requiere consulta indígena, conforme a su reglamento.

Refutó las afectaciones denunciadas, así descartó la denuncia sobre la igualdad ante la ley por estimar improcedente la consulta indígena. Por su parte, expresó que la recurrente carece del derecho a la vida privada o de la libertad de culto, pues es una persona jurídica.

A su turno, descartó la afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, e indicó que la actividad es mínimamente invasiva, no contaminante y cuya tecnología permite evitar la emisión de ruidos que pudiesen afectar la comunidad. Estimó innecesarias las calificaciones ambientales por no encontrarse dentro de los presupuestos normativos para esta. Del mismo modo, contravirtió que haber vulnerado el derecho de propiedad, pues obtuvo autorización escrita de los propietarios de los lugares que forman parte de la ruta de vuelo como de despegue y aterrizaje, ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 81 del Código Aeronáutico.

**SEXTO:** Que informó Liliana Cortés Cruz, Jefa de la Oficina de Asuntos Indígenas de San Pedro de Atacama, de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, al tenor de la solicitud de fecha 12 de mayo del presente, dando

cuenta del trabajo realizado respecto de las demandas territoriales de la cual la comunidad de San Pedro Atacama se excluyó, organizándose posteriormente las Comunidades Atacameñas que individualizó, las que se encuentran emplazadas en el área de desarrollo indígena (ADI) Atacama La Grande, creada por Decreto Supremo 70, de 10 de marzo de 1997, detallando en un cuadro explicativo los distintos usos de suelo de las comunidades. Adjuntando antecedentes respecto de la comunidad de San Pedro de Atacama.

**SÉPTIMO:** Que informó el Alcalde de la Municipalidad de San Pedro de Atacama, Mario Aliro Catur Zuleta, a la solicitud de la recurrente, que se reunió con las recurridas representándoles en forma verbal por operar sin cumplir con la Ley de Rentas y la normativa del Convenio 169 de la OIT. Agregó, que existe un proyecto, actualmente en trámite, para crear una ordenanza reguladora de la materia. Además, expuso sobre una fiscalización realizada por personal municipal a una de las recurridas, sancionándola por no contar con patente municipal, ni con la documentación necesaria que acredite el permiso de DGAC.

**OCTAVO:** Que, tanto recurrente como recurridas acompañaron un cúmulo de antecedentes -documental, fotográfico y audiovisual- en sustento de sus respectivas posiciones.

**NOVENO:** Que de conformidad a lo establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Constitución Política de la República el recurso de protección de garantías constitucionales constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

**DÉCIMO:** Que, en primer término en cuanto a la alegación de extemporaneidad del recurso, dicha alegación debe desestimarse puesto que se trata de actos que son continuos en el tiempo pues los sobrevuelos en la Comuna de San Pedro de Atacama se realizan con regularidad desde que fueron autorizados por la DGAC, de modo tal que no es posible argüir que el plazo que establece el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, esto es, 30 días corridos desde la ocurrencia del acto u omisión que le dio origen empezó a correr desde la concesión de autorización de sobrevuelo, ya que las vulneraciones que expone la recurrente se verificarían constantemente, teniendo como origen precisamente la mentada concesión de vuelo.

**UNDÉCIMO:** Que el primer acto arbitrario e ilegal que denuncia la recurrente dice relación con la igualdad ante la ley derivada del hecho que la DGAC habría autorizado a las empresas operadoras de los globos aerostáticos sin efectuar la consulta previa a los habitantes del lugar, pertenecientes a la etnia atacameña o lickanantay. Al respecto el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en su artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 dispone que *“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.”* *“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”*.

Asimismo la Ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, en el inciso primero de su artículo 34 establece que *“Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias en que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.”*.

A su turno, el Decreto Supremo 66, de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social, aprobó el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, disponiendo que la consulta es un deber de los órganos de la administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, para en su artículo 7 prescribir *“Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4° de este Reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente. Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas. Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas. Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas. Las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, no requerirán consulta por su carácter de urgente. Los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar. Las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria.”*

**DUODÉCIMO:** Que al respecto la doctrina ha dicho *“el Tribunal Constitucional resolviendo las controversias planteadas respecto del Convenio 169 OIT, se refirió respecto de la existencia de dos tipos de normas que pueden estar presentes en un tratado internacional, las normas autoejecutables o self-executing y las normas no autoejecutables o non self-executing. De esta forma, el Tribunal Constitucional declaró que las normas autoejecutables son aquellas normas que se aplican de forma inmediata y directa una vez que entra en vigencia el Convenio. Por el contrario, las normas no autoejecutables, son aquellas que aun cuando entra en vigencia el Convenio, no son exigibles inmediatamente, sino que imponen un deber al Estado de dictar una modificación legal o reglamentaria en las normativas vigentes, que permitan su autoejecutabilidad. Finalmente el año 2008, una vez que el Convenio ya había sido aprobado en el Senado y habiendo finalizado el trámite legislativo para la aprobación del Convenio N° 169, se efectuó el control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional*

respecto de aquellas normas que habían sido aprobadas con quórum de una ley orgánica constitucional. En esta sentencia se abordaron las siguientes materias: a) Carácter de la consulta a los pueblos indígenas prevista en el Convenio (artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2); b) Efectos de la norma que otorga participación a los pueblos indígenas en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7 N° 1, oración segunda). De esta forma, por medio de la sentencia Rol N° 1.050 del 03 de abril de 2008, el Tribunal Constitucional declaró constitucionales y autoejecutables el artículo 6, N° 1, letra a) y N° 2, y el artículo 7, N° 1, oración segunda del Convenio, con lo cual se considera que la consulta a los pueblos indígenas definida en el artículo 6 del Convenio N° 169, debe ejecutarse e implementarse desde la sola entrada en vigencia del Convenio en Chile, aun cuando no esté regulada su aplicación. Como se indicó anteriormente, el artículo 34 de la Ley Indígena, fue el primer acercamiento e interpretación de una normativa nacional hacia la regulación referida a la consulta a los pueblos indígenas, estableciendo que los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas. En esta misma línea, la creación del Consejo Nacional de la CONADI con representantes electos por los propios pueblos indígenas, fue otro aspecto considerado por la Ley Indígena en miras de abordar la consulta y participación indígena en las medidas que los afectaran directamente. Adicionalmente, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios, a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente. Las disposiciones conocidas como el derecho a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas en aquellas medidas que puedan afectarles directamente, han sido calificadas por la OIT como “la piedra angular del Convenio sobre la cual descansan las demás disposiciones”. En relación a la consulta, la OIT ha señalado que esta “debe considerarse una forma clave de diálogo que sirve para armonizar los intereses contrapuestos y evitar, así como también resolver, conflictos”, y advierte, que “el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta (...) es fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones”, dejando de manifiesto la interrelación que existe entre ambas disposiciones. Las consultas, de acuerdo a las disposiciones del Convenio N° 169, deben ser: • de carácter previo, formales, y que generen un diálogo real entre Estado y pueblos indígenas; • deben existir mecanismos apropiados; • se debe preferir consultar a través de sus instituciones representativas cuando se trate de las medidas legislativas y administrativas que los afecten directamente, • su objetivo o finalidad debe ser llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas, lo que no implica un derecho a veto. Lo anterior, debe hacerse de acuerdo a las características propias de cada país y de cada pueblo, y de una manera apropiada a las circunstancias. En otras palabras, no existe un mecanismo único para llevar adelante un proceso de consulta. Con el objetivo de facilitar la implementación del Convenio N° 169, y considerando la necesidad de definir los principios establecidos en el Convenio N° 169 a nivel local, en Chile se han desarrollado normativas internas que buscan entregar mayor claridad al respecto. De esta forma, tal como reconoce en sus disposiciones el actual DS N° 66 que regula la consulta indígena, las normativas nacionales tienen por objeto, clarificar “aquellos conceptos que el Convenio N° 169 de la OIT utiliza de forma genérica y que requieren ser precisados de acuerdo a la realidad jurídica nacional para darles una correcta aplicación, y en particular, establecer la oportunidad en que debe hacerse la consulta y el procedimiento que deberá seguirse cuando se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.” Conforme a lo establecido en las normativas vigentes en Chile en materia de consulta a los pueblos indígenas, y tal como lo prescribe el Convenio N° 169 de la OIT, se establece que una medida administrativa deberá ser consultada cuando exista la posibilidad de que produzca una afectación directa a los pueblos indígenas. Al respecto el artículo 7 del DS N° 66 señala: “Artículo 7°.- (...) cuando (...) sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos

*indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas". De esta forma, se entiende que la consulta se exigirá cuando la medida administrativa altere de manera significativa cualquiera de los siguientes aspectos: • Ejercicio de las tradiciones indígenas; • Ejercicio de las costumbres ancestrales indígenas; • Ejercicio de las prácticas religiosas indígenas; • Ejercicio de las prácticas culturales indígenas; • Ejercicio de prácticas espirituales indígenas; • La relación de los pueblos indígenas con sus tierras indígenas. A su vez, el artículo 7 detalla, a vía ejemplar, algunos casos en que no procederá la consulta por entenderse que no hay afectación directa: "las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas, no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o 36 Decreto Supremo N° 66, Artículo 7º, inciso 3. conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria.." "Para la implementación de este deber de consulta del Estado, existen en Chile dos normativas internas vigentes, que de forma complementaria, instruyen cómo debe aplicarse la consulta a los pueblos indígenas de acuerdo a las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT. Estas normativas son: • Carácter general: DS N° 66 de 2013, Ministerio de Desarrollo Social (MDS). • Carácter específico: DS N° 40 de 2012, Ministerio de Medio Ambiente (MMA)".(Rev. derecho (Valdivia) vol.27 no.1 Valdivia jul 2014Ricardo López Vyhmeister, Tania Mohr Aros).*

**DÉCIMO TERCERO:** Que de lo expuesto precedentemente se colige que la consulta previa es un mecanismo de participación que facilita el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas cada vez que se prevea una medida administrativa o legislativa susceptible de afectarles directamente, además es obligatoria para todos los órganos que forman parte de la administración del Estado cuando la medida legislativa o administrativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

En ese orden de ideas, si bien es cierto la consulta previa requiere de una afectación directa, no lo es menos que casi toda decisión legislativa y/o administrativa que adopte el Estado puede afectar a los pueblos indígenas al igual que al resto de la población, por lo que –según la doctrina–, un límite a la afectación directa sería que la obligatoriedad de la consulta previa se diera siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, lo que ocurrirá cuando la decisión esté vinculada a los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas aun si la decisión tiene efectos más amplios, como ciertas leyes, por ende, es una cuestión que debe determinarse caso a caso a través de los mecanismos para determinar y analizar si las medidas legislativas o administrativas propuestas, incluidas las relativas a la extracción de recursos o a otras actividades de desarrollo, afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas y su medida a fin de determinar la necesidad de iniciar procesos especiales de consultas mucho antes de que se adopten tales medidas.

Al respecto, Contesse entiende que la consulta previa debe aplicarse siempre, aunque precisando que procede cuando haya afectación directa a los pueblos indígenas y no cuando "la posibilidad de afectarles sea remota, o bien uniforme respecto de otros integrantes del Estado".

En ese escenario, el artículo 7 del D.S. 66, Reglamento de Consulta General, para la determinación de la susceptibilidad de afectación directa, exige un impacto significativo y específico, puesto que el bien jurídico protegido por la consulta previa es la diversidad cultural que podría verse afectada de una manera particular que los demás individuos no alcanzan a captar justamente por pertenecer a otra cultura, lo que implica que si una medida que se prevé dictar puede afectar de manera directa o indistinta a quienes pertenecen a un pueblo indígena y a quienes no pertenecen a uno de ellos, entonces no procede realizar una consulta previa, marco

dentro del cual es obligación del Estado probar a través de las respectivas pericias antropológicas y otros medios que la consulta previa no es necesaria dado que está establecida en beneficio de los pueblos originarios.

**DÉCIMO CUARTO:** Que en el caso sub lite es menester recordar que los recurrentes pertenecen a la etnia atacameña (forma más usada en Chile), o atacamas (forma más utilizada en Argentina), también llamados apatamas, alpatamas, kunzas, likan-antai o likanantaí (en su idioma, llamado kunza, lickanantay), que se traduce como los habitantes del territorio, que históricamente habitó en el interior del desierto de Atacama (norte de Chile y Argentina y sur de Bolivia), en torno al curso del río Loa hasta Copiapó, ocupando también las quebradas y valles de este desierto y los faldeos de la cordillera de los Andes incluyendo toda la puna meridional o puna de Atacama. Sus descendientes actuales en gran parte viven en las tierras ancestrales aunque muy mezclados formando parte de la población mestiza o confundidos con el conjunto llamado kolla.

Señalando en relación a ellos la Guía de Antecedentes Territoriales y Culturales de los Pueblos Indígenas (Ministerio de Obras Públicas Chile, Andros Impresores, Enero de 2012) que “Los Atacameños y sus comunidades, se localizan en la cuenca del Salar de Atacama y en el curso alto del río Loa, y su afluente, el río Salado, lugares correspondientes a las comunas de Calama y San Pedro de Atacama, ambas de la provincia del Loa, Región de Antofagasta. **Poblados** *Las comunidades atacameñas se encuentran agrupadas en pequeños pueblos y en ayllus, esta última una antigua organización socioterritorial con poblamiento parcelario, en terrenos agrícolas y regados. Son ayllus las localidades de Taira en el Loa y Catarpe, Suchor, Bellavista, Guachar, Quitar, Tambillos, Cuchabrachi, Solcor, Yaye, Larache, Checar, Sequitor, Coyo, Tolor, Vilama, Cucuter, Poconche, Beter y Guatin, en San Pedro de Atacama. En casi todos los casos, estas comunidades, poseen asentamientos ganaderos en los campos de pastoreo aledaños.*” “El censo de 2002, señala que pertenecen a la etnia Atacameña, un total de 21.015 personas, -10.852 hombres y 10.163 mujeres-, que representan al 3% de la población indígena del país. De esta población, un 34% vive fuera de la Región, y probablemente no están organizados en comunidades indígenas. Los atacameños en la Región de Antofagasta, incluyendo la población urbana y de poblados rurales, alcanza aproximadamente a 13.800 personas. **Territorios y Tierras** *Los territorios patrimoniales del pueblo atacameño, se extienden desde la cuenca alta del río Loa, por el Norte, hasta el volcán Lullillaico, por el Sur. En virtud de la Ley Indígena 19.253 de 1993, se demarcaron las posesiones territoriales de cada comunidad atacameña, resultando una superficie de 2.342.442,9 hectáreas. Estos territorios, incorporan formas de propiedad atacameña constituida antes y después de la demarcación territorial de 1998, que fue un proceso impulsado por la Ley Indígena 19.253, para que las comunidades señalaran los deslindes de sus ocupaciones territoriales. Estas demarcaciones incluyeron retazos de tierras ya tituladas y con posterioridad se otorgaron nuevas tierras dentro de las demarcaciones a cada comunidad....*” “En la década de 1960, el Ministerio de Tierras y Colonización otorgó, en la mayoría de los ayllus de San Pedro de Atacama y en otros pueblos, numerosos Títulos Gratuitos de Dominio. Con posterioridad a la demarcación territorial atacameña de 1988, el Fisco de Chile ha procedido a transferir las tierras fiscales ocupadas a las comunidades y ha regularizado antiguos títulos de dominio. En resumen, los atacameños dominan un territorio de 2,34 millones de hectáreas, de las cuales 276 mil hectáreas, son tierras que ya están inscritas a nombre de las comunidades o de familias atacameñas.” **“Características Ambientales del Territorio** *El territorio atacameño de la cuenca del Salar de Atacama y del Loa medio y alto, abarca los espacios de puna o altiplano por sobre los 3.800 m.s.n.m., los pie de monte, entre los 3.800 y 2.600 m.s.n.m., los oasis de la cuenca del salar y los fondos de valle o quebradas junto a los ríos, que se ubican entre los 2.500-2.600 m.s.n.m. El clima predominante es el de Desierto Marginal de Altura, que se caracteriza por las precipitaciones que pueden llegar hasta 300 m.m. en las cumbres de altos volcanes, y a 14 m.m. promedio en las partes bajas. Estas precipitaciones generan una vegetación que cambia con la altura. Hasta los 2.700 m.s.n.m. no existe vegetación, solo la de los oasis, con algarrobos y chañares. Sobre esta cota, comienza a aparecer una vegetación raleada o escasa, y a los 3.000 m.s.n.m. se define una formación de*

cactáceas y arbustos, el Tolar, que llega hasta los 3.850 m.s.n.m. Luego se desarrolla hasta los 4.200 m.s.n.m. los pastos de altura o Pajonal. Sobre este límite crece una vegetación de cojín, hasta los 4.500 m.s.n.m. La hidrografía en el territorio atacameño está compuesta por aguadas, vegas y ríos, estos últimos nacen de vertientes a los pies de los volcanes o en las zonas bajas del pie de monte, cercanas al Salar. Los cursos hídricos más conocidos son el río Loa, que riega Caspana y Chiu Chiu, y los ríos Caspana y Toconce que riegan los pueblos homónimos. En la cuenca del Salar de Atacama, escurren varios ríos locales; San Pedro y Vilama que riegan los ayllus de San Pedro, y los ríos que riegan los pueblos de Toconao, Camar, Talabre, Socaire, Peine y Tilomonte.

**Ocupación Territorial** Las comunidades atacameñas están localizadas en torno a grandes o pequeños ríos, y su territorio incluye fondos de valle o quebradas regadas, cuyas tierras se destinan a la agricultura en potreros y terrazas. Allí, junto a los cultivos, generalmente se localiza la vivienda principal. En el resto del territorio de la comunidad se practica la ganadería que aprovecha los pastos, las vegas y las vertientes. El pastoreo de los animales se efectúa en algunas comunidades bajo el sistema de invernadas y veranadas, y en otras comunidades el ganado se mantiene en los potreros. En los territorios de cada comunidad existen sitios para la recolección de abonos y turbas para la agricultura, de leña, fibras vegetales y de hierbas medicinales y también para tinturas. También, se extraen materiales de construcción y minerales -sal, yeso, sapolio, ónix, liparita, loza, piedra pome, piedra roja, greda para cerámica y cosmética-. Se localizan allí los sitios arqueológicos -cementerios o abuelares, tambos, aldeas, pucarás, y el arte rupestre-, y los cerros tutelares -apus, mallku, o cerros machos y hembras-.

**Cosmovisión** Los atacameños comparten una cosmovisión rica y compleja vinculada al mundo andino. Sus principales representaciones están en torno al pago a los cerros, a la Pachamama, y en los ritos a las aguas. Una parte de las antiguas divinidades fueron objeto del proceso de extirpación de idolatrías del siglo XVII, desapareciendo Sotarcondi, el dios de los atacameños, e ídolos locales como Quma quma en Chiu Chiu, Sintalacna en Caspana y Socomba en Ayquina. Actualmente, cada comunidad posee cerros tutelares machos y hembras, a los que les hacen pagos para propiciar las lluvias y la reproducción del ganado y la fauna silvestre, solicitarles la fertilidad agrícola, la salud, la riqueza y los minerales. A ellos, se les hace el culto a las Achachillas, antepasados elevados a niveles míticos, que han adoptado la forma de cerros, volcanes, piedras u otros lugares prominentes. Los ritos y ceremonias continúan con el floreo de los animales y las fiestas en torno al agua; como la limpia de canales y los carnavales. Algunas de estas ceremonias están enlazadas con ritos cristianos como las fiestas patronales, especialmente la de San Santiago, pues a él se le pide la lluvia y se le presenta a los cerros, donde habita Illapa, el dios indígena del rayo y la lluvia.

**Patrimonio** Los atacameños poseen y conservan un patrimonio cultural constituido por su cosmovisión, por los ritos y ceremonias a la Pachamama y en torno a su relación con la naturaleza, y por las fiestas patronales y las celebraciones de los Carnavales. La recuperación de la lengua Kunza, presente en diccionarios y en la toponimia del paisaje, es un patrimonio en reconstrucción. El patrimonio material, está representado por cementerios o “gentilares”, sitios de arte rupestre -como Taira, Tulán, Quebrada de Jere, Yerbas Buenas o Matancillas-, los tambos Incas -de Catarpe, Peine Viejo y Turi-, las antiguas aldeas atacameñas -como Tolor-, y los pucarás atacameños de Quito y Turi. Se suman a estos, los poblados atacameños y las iglesias coloniales. El patrimonio natural está representado por la Reserva Nacional Los Flamencos, siendo destacable que casi la totalidad de los sitios turísticos o de imponentes paisajes como El Tatio, Valle de la Luna o las lagunas Miscanti y Meñiques, están administrados por comunidades atacameñas.” También se lee en <https://www.Dibam.cl>, en el apartado Monumentos Nacionales señala que “San Pedro de Atacama cumple cabalmente con los criterios ii, iii y v para la inclusión de bienes culturales en la Lista del Patrimonio Mundial, tal como éste es definido en la Guía Operativa para la Implementación de la Convención del Patrimonio Mundial. Es un área que combina sitios arqueológicos y un conjunto urbano; desde este último punto de vista, corresponde a la clasificación indicada en el ítem ii del párrafo 27. **Criterio ii.** El desarrollo de la etnia atacameña se caracteriza por un rico intercambio de valores culturales, donde los grandes aportes son el vernáculo, el de la cultura Tiwanaku, el de los Incas y el del mundo hispano. Este intercambio se aprecia en todos

los ámbitos de la vida, incluido por cierto la arquitectura, tecnología, arte, urbanismo e intervención en el medio natural. **Criterio iii** San Pedro de Atacama, incluyendo el poblado propiamente tal y los múltiples y ricos sitios arqueológicos de sus inmediaciones, es el centro de la etnia atacameña, y concentra los más excepcionales testimonios de su historia y realidad actual. **Criterio v** Esta área es la muestra excepcional de la forma de vida de los atacameños. Dadas las características de esta cultura, y el carácter invasivo de la cultura moderna, este ambiente es vulnerable, y requiere de grandes esfuerzos para su protección. **Garantías de autenticidad e integridad:** La mejor garantía de autenticidad e integridad de esta área y de los bienes culturales que en ella se encuentran es la propia vigencia de la cultura atacameña. El Estado ha hecho esfuerzos por proteger este patrimonio: de acuerdo a la Ley de Monumentos Nacionales, ostentan esta categoría, y son de propiedad estatal, todos los bienes arqueológicos que se encuentran en el área. El Consejo de Monumentos Nacionales vela por su protección y conservación. En cuanto a los inmuebles históricos, es monumento nacional en la categoría de monumento histórico la Iglesia de San Pedro; en la categoría de zona típica se ha protegido un sector del pueblo (Decreto Supremo N°2344, del 28 de marzo de 1980; el año 1994 se amplió la superficie del área protegida). **Comparación con otras propiedades similares:** Existen otros poblados atacameños que reúnen las características de San Pedro, en menor escala (Toconao, Camar, Socaire, Peine).”

**DÉCIMO QUINTO:** Que además de lo expuesto es útil tener presente que según el Instituto Nacional de Estadísticas el censo 2002 –último con datos fidedignos y publicado- arrojó que en San Pedro de Atacama habitaban 4.969 personas, teniendo la calidad de atacameños el 60,9%, esto es, 3.027 personas eran atacameñas, y en la proyección de dicha población del mismo INE al año 2015 –publicada en la Biblioteca del Congreso Nacional, crecimiento de la población comunal- se estimaba una población de 7.418 habitantes, de mantenerse el porcentaje de población de etnia atacameña sería de 4.518 personas, lo que implica que más de la mitad de los habitantes de San Pedro de Atacama viven de conformidad a las tradiciones, costumbres y prácticas ancestrales de su pueblo.

**DÉCIMO SEXTO:** Que asentado todo lo anterior cabe concluir que cualquier medida administrativa que pueda afectar directa y específicamente el ejercicio de las tradiciones indígenas, de las costumbres ancestrales indígenas; de las prácticas religiosas indígenas; de las prácticas culturales indígenas, de prácticas espirituales indígenas y la relación de los pueblos indígenas con sus tierras indígenas, que se prevea adoptar en relación a los habitantes de San Pedro de Atacama provocaría una afectación directa y específica a su población atacameña, dada la conformación de las tierras que se desprende de lo expuesto precedentemente y que ocupa el pueblo mismo y sus alrededores, en los cuales esta etnia vive según sus tradiciones, pastoreo y agricultura, desarrollando su cultura y su cosmovisión, con gran cantidad de lugares arqueológicos que dada su antigüedad son susceptibles de deterioro por acción de la naturaleza y, obviamente del ser humano, por lo que correspondería que el Estado realice los estudios antropológicos necesarios para determinar si esta consulta es necesaria, o no, cuestión previa a cualquier consulta, aunque, prima facie parecería como necesaria.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que es un hecho indiscutido que la recurrida DGAC concedió autorizaciones de vuelo a tres empresas de globos aerostáticos para transporte aéreo no regular de pasajeros en dichas aeronaves vuelos no regulares sobre la comunidad de San Pedro de Atacama y sus alrededores, sin efectuar la consulta previa que ordena el Convenio 169 OIT, alegando al respecto solo que se trataba de un acto administrativo reglado, por lo que de conformidad al artículo 7 del DS 66, no correspondía la consulta, ya que no había margen para la discrecionalidad. Al respecto, la doctrina señala que las potestades regladas son aquellas en las que la actividad de la administración se encuentra precisa y taxativamente establecida en la ley a diferencia de las potestades discrecionales que implican una facultad de opción entre una o más soluciones igualmente válidas, según la ley,

pero como la discrecionalidad no equivale nunca a arbitrariedad, se puntualiza que el ejercicio de la potestad discrecional sea razonada.

**DÉCIMO NOVENO:** Que la calidad de actos reglados o no reglados no es óbice para efectuar los estudios antropológicos que determinen la necesidad o no de efectuar la consulta previa a la población indígena afectada puesto que lo determinante es la afectación que dicho acto administrativo producirá en la población antes de la dictación del acto, de allí que el artículo 7 del DS 66 en concordancia con el Convenio 169 OIT se refieran a afectación directa y específica, lo que puede acontecer con un acto reglado o no. En la especie, debió, además, de verificarse el cumplimiento por parte de las empresas de globos aerostáticos de los requisitos de matrícula de las aeronaves, de las condiciones de aeronavegabilidad, la afectación que los vuelos a baja altura podían provocar en sitios arqueológicos ya declarados monumentos nacionales, en terrenos donde viven personas que desarrollan una particular cultura y forma de vida, ello en contraposición con el tipo de aeronave que se utilizaría para los sobrevuelos, no son aviones convencionales ni aeroplanos sino globos llevados por el viento que, obviamente podían provocar daños y dificultades en el territorio a sobrevolar, como queda claramente demostrado con las pruebas acompañadas por la recurrente en que aparece que efectivamente los globos –no es posible identificar a cuál de las compañías recurridas corresponde– vuelan a mucha menos altura de la que manifiestan estas en sus informe, además han tenido problemas con los habitantes por sacar fotografías de personas atacameñas y de sus sitios ancestrales sin previa autorización de los afectados, también que han aterrizado en lugares de culto. De la misma forma se revela la intención de las empresas recurridas de llegar a acuerdos con los atacameños, lo han logrado con algunos aylllos.

**VIGÉSIMO:** Que sin perjuicio de lo ya razonado resulta indispensable, además señalar que el artículo 7 del DS 66 solo se refiere a los actos formales dictados por la administración del Estado que contengan una declaración de voluntad cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción cuando dicho acto fuere susceptible de afectar directa y específicamente a los pueblos indígenas en las dimensiones que el mismo precepto señala. Precisamente la autorización de sobrevuelo permite a quien debe otorgarla un margen de discrecionalidad pues tiene dos opciones, concederla o negarla, para su concesión debe estarse a toda la normativa vigente no solo aquella propia de la aeronavegación sino a toda aquella que rige en el Estado de Chile, pues según establecen los artículos 7 y 8 del Código Civil, la ley se entiende conocida de todos los habitantes del país y es obligatoria desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial, no pudiendo nadie alegar ignorancia de la ley después que esta ha entrado en vigencia, de modo que la autoridad aeronáutica, debió conocer y aplicar las normas del Convenio 169 OIT vigente en Chile desde 2008 y el DS 66 vigente desde el año 2014, al momento de decidir sobre el otorgamiento de los certificados de vuelos de las empresas recurridas.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que por consiguiente solo cabe concluir que la recurrida DGAC ha incurrido en un acto arbitrario e ilegal puesto que concedió los certificados de aeronavegabilidad a las demás recurridas sin que se efectuara la consulta previa a la comunidad indígena atacameña de San Pedro de Atacama en la forma y condiciones que establece el Convenio 169 OIT y las normas de la Ley 19. 253 y el Decreto Supremo 66, lo que constituye una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que a fin de restablecer el derecho se hace necesario dejar sin efecto los certificados de aeronavegación concedidos de las empresas recurridas mientras que la recurrida DGAC no disponga los trámites

necesarios para cumplir con la consulta previa a la comunidad atacameña recurrente en la forma y condiciones que señalan los artículos 6 N° 1 letra a) del Convenio 169 OIT y 7 del Decreto Supremo 66 de 2014, del Ministerio de Planificación Social, con la finalidad de llegar a acuerdos con esta u obtener su consentimiento para que se efectúen los vuelos en globos aerostáticos. Del mismo modo, en razón de lo antes expuesto las recurridas **Balloons Over Atacama**, **Phaway Atacama Ballooning Experience** y **Atacama Balloons o Globos Chile Limitada** no podrán efectuar sobrevuelos por carecer de la autorización para ello.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que en atención a lo antes razonado, las demás vulneraciones a denunciadas no se configurarían desde el momento que las empresas de globos aerostáticos desarrollaron sus actividades y vuelos en virtud de la autorización de vuelo otorgada por la recurrida DGAC.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que corolario de todo lo anterior es que el recurso de protección debe acogerse solo respecto de la Dirección General de Aeronáutica Civil y rechazarse respecto de las demás recurridas. Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **SE ACOGE parcialmente, sin costas**, el recurso de protección deducido por la **Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños** contra la **Dirección General de Aeronáutica Civil**; y **SE RECHAZA** el mismo recurso intentado en contra de **Balloons Over Atacama**; **Phaway Atacama Ballooning Experience**; y **Atacama Balloons o Globos Chile Ltda.**

En consecuencia se deja sin efecto los certificados de operación aérea (AOC) concedidos por la Dirección General de Aeronáutica Civil a las recurridas **Balloons Over Atacama**; **Phaway Atacama Ballooning Experience**; y **Atacama Balloons o Globos Chile Ltda**, para operar en San Pedro de Atacama mediante vuelos en globos aerostáticos, debiendo la recurrida **DGAC** efectuar la consulta previa al pueblo atacameño residente en San Pedro de Atacama conforme a la legislación vigente.

Regístrese y comuníquese.

**ROL 1356-2017 (PROT).**

Redacción de la Ministra Titular Jasna Pavlich Núñez.

Pronunciada por la Segunda Sala integrada por las Ministras Sra. Myriam Urbina Perán, Sra. Jasna Pavlich Núñez y el Fiscal Judicial Sr. Rodrigo Padilla Buzada. Autoriza el Secretario Subrogante Sr. Cristian Pérez Ibacache.”

Poder Judicial

<http://www.pjud.cl/documents/2538943/0/1356-2017.pdf/0ada0bf8-39b8-44b3-a78f-c4b2017650b9>

(10 de julio de 2017)

[Volver al índice](#)

## Argentina

### A. Carta de Amnistía Internacional Argentina al presidente Macri manifestando sus posición frente al Proyecto de Libertad Religiosa que se discute actualmente en el Congreso<sup>16</sup>

Sr. Presidente de la Nación Mauricio Macri S / D

De mi mayor consideración,

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. en representación de Amnistía Internacional a los efectos de manifestar respetuosamente, nuestra alarma y preocupación por el Proyecto 0010/PE/2017 sobre Libertad Religiosa, que fuera remitido por parte del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación con fecha 12 de junio de 2017. El proyecto, elaborado por la Secretaría de Culto de la Nación conforme sus fundamentos, busca “consagrar una protección más completa de este derecho fundamental [el de la libertad religiosa], adecuando la legislación en la materia a los estándares internacionales”.

Preocupa a la organización que el proyecto en cuestión, procure hacer un uso del lenguaje, principios y estándares de derechos humanos que busca someter, al amparo de estos lineamientos, una iniciativa que socava a todas las luces las libertades y derechos de los individuos.

En primer lugar, como no escapa a su conocimiento, el art. 14 de la Constitución Nacional consagra la profesión libre de culto, protegiendo la libertad religiosa y de conciencia. El artículo 19 de la Carta Magna establece incluso que nadie será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. A su vez, Argentina cuenta con una Ley contra Actos Discriminatorios y un organismo especial como lo es el INADI, destinado exclusivamente a la protección de la igualdad y la no discriminación, entre ellas por factores religiosos.

Amnistía Internacional promueve y defiende el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. El texto, sin embargo, lejos de tender a fortalecer un Estado laico que otorgue libertades a sus individuos, busca favorecer un Estado pluriconfesional, con fuerte injerencia de las religiones en el ejercicio de los derechos de las personas y lo público. Los individuos tienen el derecho tanto de profesar alguna religión, **como el de no profesar ninguna**. Pero la norma pareciera olvidar y desproteger a todo este universo de personas que deciden no profesar un culto.

Nuestro país, en el marco de sus compromisos internacionales, ha suscrito el Consenso de Montevideo de 2013, en ocasión de la Primera reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe. En este documento, los Estados de la región “Reafirma[n] que la laicidad del Estado es también fundamental para garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos, la profundización de la democracia y la eliminación de la discriminación contra las personas”

#### Objeción de conciencia y vulneración de derechos

El Proyecto de Ley, que se impulsa, además, proclama de manera explícita el derecho a la **objeción de conciencia**, de las personas y de las instituciones, haciendo presunto honor también al Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos.

---

<sup>16</sup> Las notas del original han sido omitidas.

Así su artículo 7º protege el “derecho a la objeción de conciencia, institucional o de ideario”, y establece que “toda persona tiene derecho a invocar un deber religioso relevante o una convicción o moral sustancial como razón para negarse a cumplir una obligación jurídica” incluyendo a los funcionarios públicos. A su vez establece que “el objetor debería ofrecer la realización de una prestación sustitutiva que permita en lo posible equilibrar las cargas públicas”.

Este articulado constituye un retroceso sustantivo puesto que no solo permite que funcionarios públicos se nieguen a cumplir la tarea para la cual fueron contratados, sino que además revierte la excepcionalidad del instituto de la “objeción de conciencia”, pasando ésta a ser casi la regla. En efecto el texto solo establece como requisito que la creencia religiosa sea “sincera” presumiendo la “buena fe” del objetor por la existencia de dicha norma religiosa. Vale decir que no importa cómo la obligación incida o si verdaderamente impide la práctica real de un culto, sino la sola existencia de un presunto imperativo religioso o moral.

¿Cómo se traduce esto en la práctica y que impacto tiene en el ejercicio de los derechos humanos? Para llevarlo a ejemplos no necesariamente extremos, un docente podría negarse a impartir una clase sobre la “teoría de la evolución” por encontrarse en pugna con su creencia religiosa, cercenando el derechos de niños, niñas y adolescentes a la educación. También pone en vilo la ley de Educación Sexual Integral, porque cualquier docente podría limitar la enseñanza religiosa a la moral sexual cristiana o moral de cualquier otra religión. Mismo, un juez de paz o un registro civil podría negarse a casar a un matrimonio entre parejas del mismo sexo basándose en principios morales o religiosos, violando el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas. O, desde un plano institucional, una obra social podría negarse a proveer anticonceptivos aun existiendo una obligación legal para hacerlo y violando los derechos sexuales y reproductivos de jóvenes y adultos.

**En este sentido, esta norma, lejos de obtener el resultado que comunica –el de dar libertad para los religiosos– es una ley para permitir a quienes profesan una religión, imponerla por sobre el resto.**

Las concepciones morales, religiosas o de cualquier otro tenor no pueden justificar que se otorgue prevalencia legal a sus ideas porque ello implicaría imponer un tipo de creencia específica a otras personas que no las comparten.

Por lo demás, el uso indiscriminado de la objeción de conciencia ha llevado, entre otras cosas, a que nuestro país hoy deba responder por la muerte de muchas mujeres y niñas. La objeción de conciencia en materia de salud y especialmente de salud sexual y reproductiva utilizada de manera abusiva y arbitraria ha constituido una barrera ilegítima para el acceso a las prestaciones legales de aborto.

Durante los últimos 30 años, las complicaciones derivadas de abortos practicados en condiciones de riesgo han sido la primera causa de mortalidad materna (MM) y han representado un tercio del total de esas muertes. Las estadísticas del quinquenio 2007- 2011 muestran que el 23% de las muertes maternas derivaron de abortos inseguros. Tal como ha reconocido el Estado Argentino, “la mortalidad materna es frecuentemente subestimada debido a deficiencias en la certificación médica de la causa de muerte en el Informe Estadístico de Defunción”, por lo que incluso sus cifras oficiales no representan el total de mujeres y niñas que han perdido la vida.

Si bien la Corte Suprema reconoció al personal sanitario un derecho a la objeción de conciencia, destacó que su ejercicio no puede convertirse en un obstáculo y que los establecimientos de salud deben contar con personal para garantizar, de forma permanente, el acceso a las prestaciones (considerando N° 29). De allí que el propio Ministerio de Salud de la Nación ha entendido que la objeción de conciencia debe ser siempre individual y nunca institucional.

La Comisión Interamericana, por su parte, ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia, pero ha sido enfática en afirmar que el establecimiento claro de los límites y deberes derivados de la objeción de conciencia debe ser una prioridad. En efecto, el ejercicio de este derecho no puede atentar contra los derechos de los y las pacientes.

Es por ello que normas como esta tienden a presumir la existencia de un falso binomio que procura reducir la discusión sobre libertad de conciencia a un conflicto unidimensional descrito únicamente como la contradicción entre un (1) deber moral y un (1) deber legal, ya que en el campo de la salud, las/os profesionales tienen deberes éticos centrales al ejercicio de la medicina que se incumplen necesariamente con el ejercicio de la objeción de conciencia. Es el caso de los deberes profesionales de respeto por la autonomía de las/os usuarias de los servicios de salud, el ejercicio de la profesión sin discriminación y el lograr mejorar la justicia social, así como los deberes de beneficencia y no maleficencia que implican la prestación adecuada de los servicios solicitados por quienes son usuarias.

En virtud de lo expuesto, solicitamos tenga a bien instruir a sus Ministerios a revisar la norma en cuestión puesto que echa por tierra todos estos derechos constitucionalmente protegidos, comprometiendo, asimismo, la responsabilidad internacional del Estado Argentino. Solicitamos se genere un debate abierto, transparente y participativo invitando a todas las voces respetando el compromiso dialoguista que este gobierno loablemente ha venido invocando y ejercitando. La norma excede el marco de constitucionalidad y convencionalidad, lo que habilitará a que cualquier individuo pueda, en caso de sancionarse, exigir inmediatamente ante la justicia su inconstitucionalidad.

Sin otro particular, con la seguridad de mi más alta estima, lo saluda respetuosamente,

Mariela Belski  
Directora Ejecutiva de Amnistía Internacional Argentina

C/c al Ministro de Justicia y Derechos Humanos  
C/c al Jefe de Gabinete de Ministros  
C/c al Presidente de la Comisión de Asuntos Penales  
C/c al Presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores y Culto”

**Amnistía Internacional Argentina**

*<https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/06/Carta-a-Macri-y-PEN-por-Proyecto-Libertad-religiosa-1.pdf>*  
(Julio 2017)

[Volver al índice](#)

**B. Comunicado de la Nunciatura apostólica en Argentina informando el nombramiento del nuevo Comisario Apostólico ad nutum Sancta Sedis para todas las comunidades y los Sodales de la Compañía de María para la educación de sordomudos**

“Comunicado de la Nunciatura Apostólica en Argentina”

“La Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica ha nombrado a S.E. Mons. Alberto G. Bochaty, OSA, Obispo Auxiliar de La Plata, Comisario Apostólico ad nutum Sancta Sedis para todas las comunidades y los Sodales de la Compañía de María para la Educación de Sordomudos.

Este oficio de Comisario implica la atribución a S.E. Mons. Bochaty de todas las competencias que el derecho propio del Instituto y el derecho universal de la Iglesia Católica atribuye al Gobierno del Instituto religioso en cuestión.

Buenos Aires, 24 de julio de 2017.”

Conferencia Episcopal de Argentina

<http://www.episcopado.org/portal/actualidad-cea/oficina-de-prensa/item/1499-comunicado-de-la-nunciatura-apostolica-en-argentina.html>

(24 de julio de 2017)

[Volver al índice](#)

**C.Texto del comunicado del “Foro Permanente para la Promoción y la defensa de las personas con discapacidad”<sup>17</sup> por la aplicación del Decreto 432/97 que regula el otorgamiento de pensiones a personas con discapacidad<sup>18</sup>**

“El comunicado del Foro Permanente para la Promoción y la Defensa de los derechos de las personas con discapacidad ante la situación de suspensión o baja de pensiones no contributivas a personas con discapacidad manifiesta y expresa que:

1. Es urgente la restitución inmediata de las pensiones no contributivas suspendidas o dadas de baja a quienes se les había reconocido el derecho a tenerlas.
2. Reconocer y poner en conocimiento que la pensión a través del Programa Incluir Salud ha sido el medio para que personas (en su gran mayoría con discapacidad) en situación socioeconómica vulnerable, encontraran respuesta sanitaria y asistencial (medicación, ayudas técnicas, prótesis, oxígeno, rehabilitación, atención especializada, educación, hogar, etc.).
3. No estamos de acuerdo con la afirmación generalizada que es injustificado el aumento de pensiones no contributivas otorgadas durante el gobierno anterior. Para entender lo sucedido hay que recordar lo vivido en nuestro país en el año 2001, constatar los datos de pobreza y las 5.000.000 personas con discapacidad según el Censo del INDEC. Esto nos daría, aplicando el porcentual de argentinos en situación de pobreza y vulnerabilidad social, al menos 1.500.000 de personas con discapacidad en concordancia con el criterio usado para el otorgamiento de las mismas.
4. La pensión no contributiva con su cobertura médico-asistencial no es ni un gasto ni una dádiva, sino un derecho, y una inversión en la vida de ciudadanos argentinos. Si el país pasa por una situación económica compleja primero está el derecho a poder tener una vida con sus necesidades esenciales cubiertas y luego gasto en cosas sin las que se puede vivir dignamente.
5. Desde la época del Dr. Carlos Menem organizaciones de y para personas con discapacidad, manifestaron la necesidad de ampliar los criterios para dar una pensión no contributiva, ya que no sólo la persona con una incapacidad laboral del 76% no iba a poder conseguir trabajo. Con la administración del gobierno anterior hubo un cambio en la mirada, se tomó como criterio la discapacidad, no sólo como problemática laboral, y también el contexto socioeconómico desfavorable en el que vivía.
6. Evaluar la pobreza en un hogar a partir de sus ingresos, sin evaluar las necesidades esenciales que tiene, es un error. Más aún cuando en dicho hogar puede haber miembros con discapacidad u otras situaciones que no pueden ser cubiertas por un sueldo que no ha tenido en cuenta dicha complejidad. La discapacidad en una familia representa un incremento considerable en las necesidades a cubrir que no pueden ser evaluados con los parámetros de la familia tipo.

---

<sup>17</sup> Entidad conformada por diversas instituciones, entre ellas la Asociación Civil Pequeña Obra de la Divina Providencia (Obra “Don Orione”) y la Comisión para las Personas con Discapacidad de la Arquidiócesis de Buenos Aires, ambas de la Iglesia Católica. Para mayor información sobre la iniciativa, ver: <http://www.foropro.org.ar/acta.html>

<sup>18</sup> El texto del decreto puede consultarse en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/43325/texact.htm>

7. Dejar a una persona sin el beneficio de la pensión es hacer un abandono de personas, porque este medio le ha permitido encontrar algunas respuestas a necesidades esenciales. Es ignorar que es un derecho adquirido.

8. Llamar la atención que, incluso teniendo este ingreso y la posibilidad de atención integral, las personas con discapacidad no siempre encuentran respuesta a sus requerimientos. Es necesario que el Estado a través de políticas públicas desarrolle una red que contemple los servicios que necesitan y se produzcan los cambios estructurales que respondan a lo establecido en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

9. Creemos que no es justo ampararse en normativas que respondían a otras situaciones históricas, que además no resultaron eficaces, para plantear hoy incompatibilidades e irregularidades. Lo incompatible e irregular es aplicar un decreto que establece criterios restrictivos luego de una década de aplicación de otros más flexibles y en desmedro de la población. La gente pidió o se le ofreció algo desde una perspectiva y ahora se la quiere juzgar desde otro punto de vista. Esto no es responsabilidad de la gente.

10. La pobreza no es solo un indicador estadístico, es un problema de personas y familias. En este sentido el Estado Nacional no puede dar la espalda a su obligación de estar con las personas que presentan graves situaciones de vulnerabilidad.

11. Toda nueva propuesta que el Estado Nacional realice debe estar de acuerdo con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y debe ser consultada con las mismas personas con discapacidad, sus familias y las organizaciones de la sociedad civil. Esto está expresamente establecido en la Convención a la que el país adhirió mediante la Ley 26.378.

12. Entendemos que si la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales considera que hubo situaciones irregulares en el otorgamiento de pensiones, debería revisarse caso por caso, convocar a los titulares para que se notifiquen fehacientemente, darles la posibilidad de presentar su descargo y luego de ello, de no corresponder el otorgamiento, dar de baja la pensión.

13. Solicitamos la derogación del Decreto 432/97 teniendo en cuenta que el mismo no contempla los postulados establecidos por la Convención, y la aprobación de un nuevo Decreto donde se tenga en cuenta los derechos de las personas con discapacidad allí establecidos.+”

*<http://www.aica.org/28922-reclaman-la-restitucion-de-las-pensiones-suspendidas-dadas-baja-personas.html>  
(15 de julio de 2017)*

[Volver al índice](#)

## Colombia

A. Texto conciliado definitivo del Proyecto de Ley que modifica el servicio militar en relación al reclutamiento, control de reservas y la movilización y reglamenta la Objeción de Conciencia<sup>19</sup>

“TEXTO CONCILIADO AL PROYECTO DE LEY NUMERO 189 DE 2016 SENADO / 101 DE 2015 CÁMARA ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY NUMERO 154 DE 2015 CÁMARA “POR LA CUAL SE REGLAMENTA EL SERVICIO DE RECLUTAMIENTO, CONTROL DE RESERVAS Y LA MOVILIZACIÓN”

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

**ARTÍCULO 1º. Fuerza Pública.** La Fuerza Pública está integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

**ARTÍCULO 2º. Funciones de las Fuerzas Militares.** La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la Defensa de la Soberanía, la Independencia, la Integridad del Territorio Nacional y el Orden Constitucional.

**ARTÍCULO 3º. Función de la Policía Nacional.** La policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuya finalidad primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

**ARTÍCULO 4º. Servicio Militar Obligatorio.** El servicio militar obligatorio es un deber constitucional dirigido a todos los colombianos de servir a la patria, que nace al momento de cumplir su mayoría edad para contribuir y alcanzar los fines del Estado encomendados a la Fuerza Pública. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la Independencia nacional, y las instituciones públicas con los beneficios y exclusiones que establece la presente Ley, salvo para quienes ejerzan el derecho fundamental a la objeción de conciencia.

**PARÁGRAFO 1º.** La mujer podrán prestar el servicio militar de manera voluntaria y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta Ley.

**PARÁGRAFO 2º.** Por ningún motivo se permitirá a la fuerza pública realizar detenciones ni operativos sorpresa para aprehender a los colombianos que a ese momento no se hubieran presentado o prestado el servicio militar obligatorio.

---

<sup>19</sup> El proyecto fue aprobado el 14 de junio por la plenaria del Senado, tras su paso por la Cámara de Diputados en noviembre de 2016. \*N. del E. El proyecto fue firmado por el Presidente Juan Manuel Santos el día 4 de agosto de 2017.

## TÍTULO I DEL SERVICIO DE RECLUTAMIENTO Y MOVILIZACIÓN

**ARTÍCULO 5º. Finalidad.** Corresponde al Servicio de Reclutamiento y Movilización planear, organizar, dirigir y controlar la definición de la situación militar de los colombianos e integrar a la sociedad en su conjunto en la defensa de la soberanía nacional, así como ejecutar los planes de movilización del potencial humano, que emita el Gobierno Nacional para coadyuvar en el deber de protección a las personas residentes en Colombia, el servicio de seguridad y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

**ARTÍCULO 6º. Organización.** El servicio de Reclutamiento y Movilización estará integrado por: a. La Dirección de Reclutamiento y Movilización del Comando General de las Fuerzas Militares. b. El Comando de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional. c. La Dirección de Reclutamiento del Ejército Nacional, contará con Zonas de Reclutamiento, Distritos Militares y Circunscripciones Militares. d. La Dirección de Control Reservas del Ejército Nacional. e. Las Direcciones de Reclutamiento y Control Reservas de la Armada y la Fuerza Aérea contarán con Zonas de Reclutamiento y Distritos Militares. f. La Oficina de Coordinación de Incorporaciones y Control Reservas de la Policía Nacional.

**ARTÍCULO 7º. Tablas de organización y equipo.** Corresponde al Comandante General de las Fuerzas Militares elaborar las Tablas de Organización y Equipo (TOE) del Servicio de Reclutamiento y Movilización, las cuales deberán ser aprobadas por el Ministerio de Defensa Nacional.

**PARÁGRAFO.** Las Tablas de Organización de Personal de la Oficina de Incorporación y Control Reservas de la Policía Nacional, las elaborará el Director General de la Policía Nacional, las cuales deberán ser aprobadas por el Ministerio de Defensa Nacional.

**ARTÍCULO 8º. División territorial Militar y Policial.** El Comando General de las Fuerzas Militares y la Dirección General de la Policía Nacional fijarán la División Territorial Militar y Policial del País.

**ARTÍCULO 9º. Autoridades del servicio de reclutamiento y movilización.** Son autoridades del Servicio de Reclutamiento y Movilización: a. El Ministro de Defensa Nacional. b. El Comandante General de las Fuerzas Militares. c. El Comandante de cada Fuerza Militar. d. El Director de Reclutamiento y Movilización del Comando General de las Fuerzas Militares. e. El Comandante del Comando de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército Nacional. f. El Director de Reclutamiento del Ejército Nacional. g. El Director de Control Reservas del Ejército Nacional. h. Los Directores de Reclutamiento y Control de Reservas de la Armada Nacional y Fuerza Aérea. i. Los Comandantes de Zonas de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército. j. Los Comandantes de Distritos Militares de Reclutamiento.

**ARTÍCULO 10º. Funciones del servicio de Reclutamiento y Movilización.** Son funciones del Servicio de Reclutamiento y Movilización: a. Definir la situación militar de los colombianos. b. Dirigir y organizar el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares. c. Efectuar la movilización del personal con fines de defensa y seguridad nacional. d. Inspeccionar el territorio nacional, a fin de determinar las necesidades que en materia de reclutamiento y movilización tenga el país. e. Las demás que le fije el Gobierno Nacional.

**TÍTULO II**  
**DE LA SITUACIÓN MILITAR**  
**CAPÍTULO I**  
**SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO**

**ARTÍCULO 11º.** Obligación de definir la situación militar. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar como reservista de primera o segunda clase, a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad y hasta el día en que cumpla 50 años de edad.

**ARTICULO 12º.** Causales de exoneración del servicio militar obligatorio. Están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad en los siguientes casos: a. El hijo único, hombre o mujer. b. El huérfano de padre o madre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento. c. El hijo de padres incapacitados para trabajar o mayores de 60 años, cuando éstos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia, siempre que dicho hijo vele por ellos. d. El hermano o hijo de quien haya muerto o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate, en actos del servicio o como consecuencia del mismo, durante la prestación del servicio militar obligatorio, a menos, que siendo apto, voluntariamente quiera prestarlo. e. Los hijos de oficiales, suboficiales, soldados e infantes de Marina profesionales, agentes, nivel ejecutivo y de la Fuerza Pública que hayan fallecido, o que los organismos y autoridades médico – laborales militar o de policía hayan declarado su invalidez, en combate o en actos del servicio y por causas inherentes al mismo, a menos que, siendo aptos, voluntariamente quieran prestarlo. f. Los clérigos y religiosos de acuerdo a los convenios concordatarios vigentes. Asimismo los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias dedicados permanentemente a su culto. g. Los casados que hagan vida conyugal. h. Quienes acrediten la existencia de unión marital de hecho legalmente declarada. i. Las personas en situación de discapacidad física, psíquica, o sensorial permanente. j. Los indígenas que acrediten su integridad cultural, social y económica a través de certificación expedida por el Ministerio del Interior. k. Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil. l. Las víctimas del conflicto armado que se encuentren inscritas en el Registro Único de Víctimas (RUV). m. Los ciudadanos incluidos en el programa de protección a víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación. n. Los ciudadanos objetores de conciencia. o. Los ciudadanos desmovilizados, previa acreditación de la Agencia Colombiana para la Reintegración. p. El padre de familia.

**PARÁGRAFO 1º** Los ciudadanos adelantarán el trámite de reconocimiento de su objeción de conciencia, a través de la comisión interdisciplinaria creada para tal fin.

**PARÁGRAFO 2º** Las personas que se encuentren en una causal de exoneración podrán prestar el servicio militar cuando así lo decidan voluntaria y autónomamente.

**ARTÍCULO 13. Duración servicio militar obligatorio.** El servicio militar obligatorio tendrá una duración de dieciocho (18) meses y comprenderá las siguientes etapas: a. Formación militar básica b. Formación laboral productiva c. Aplicación práctica y experiencia de la formación militar básica. d. Descansos Parágrafo 1. El servicio militar obligatorio para bachilleres mantendrá el período de doce (12) meses. Los conscriptos bajo esta modalidad de servicio no podrán acceder a la formación laboral productiva.

Parágrafo 2. El conscripto accederá a la formación laboral productiva que será proporcionada por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, previo cumplimiento de requisitos exigidos por esta institución educativa.

Parágrafo 3. La organización de Reclutamiento y Movilización promoverá a través de convenios que el conscripto que no haya terminado su educación básica secundaria o educación media, pueda obtener su título de bachiller al terminar la prestación del servicio militar obligatorio. Parágrafo 4º. El Conscripto obligado a prestar servicio militar por doce (12) meses podrá solicitar el cambio a los contingentes incorporados por un término de servicio militar de dieciocho (18) meses, obteniendo los beneficios de estos. Los ciudadanos incorporados para la prestación del servicio militar a dieciocho (18) meses no podrán solicitar el cambio a los contingentes incorporados para un término de servicio militar de doce (12) meses.”

**ARTÍCULO 14º. Reemplazos de personal.** Los reemplazos del personal de la Fuerza Pública, se efectuarán por el sistema de conscripción mediante la incorporación y licenciamiento de contingentes. En estados de excepción y demás circunstancias que atenten contra la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, los reemplazos se harán en la forma que establezca el Gobierno Nacional mediante los Decretos de Movilización de acuerdo con su evolución. Parágrafo 1º. El tiempo de servicio militar podrá ser prorrogado hasta por tres meses (3), para atender comicios electorales.

**ARTICULO 15º. Prestación del servicio militar obligatorio.** El servicio militar obligatorio se prestará como: a. Soldado en el Ejército. b. Infante de Marina en la Armada Nacional. c. Soldado de Aviación en la Fuerza Aérea. d. Auxiliar de Policía en la Policía Nacional. e. Auxiliar del Cuerpo de Custodia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

**PARÁGRAFO 1º.** Las personas que presten el servicio militar obligatorio como Auxiliar del Cuerpo de Custodia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, previo convenio entre los Ministerios de Defensa Nacional, de Justicia y del Derecho y el INPEC, se regirán por las disposiciones de esta Ley y las demás aplicables al servicio militar en Colombia.

**PARÁGRAFO 2º.** El personal de que trata el presente artículo, prestará su servicio militar obligatorio en las áreas geográficas que determine cada Fuerza y la Policía Nacional.

**ARTÍCULO 16º. Protección al Medio Ambiente.** Mínimo el 10% del personal incorporado por cada contingente prestará servicio ambiental, preferiblemente entre quienes certifiquen capacitación y/o conocimientos en las áreas de qué trata la ley 99 de 1993 o la normatividad vigente en la materia. El servicio se prestará siendo orgánico de una unidad militar o policial.

**PARÁGRAFO 1º.** El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Defensa Nacional y el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, reglamentarán lo dispuesto en el presente artículo en un término no superior a seis (6) meses. **PARÁGRAFO 2º.** El Comandante de la Unidad Militar que incumpla lo preceptuado en el presente artículo, será objeto de sanción disciplinaria.

## CAPÍTULO II DEFINICIÓN SITUACIÓN MILITAR

**Artículo 17. Inscripción.** La Organización de Reclutamiento y Movilización es la responsable de inscribir anualmente a los colombianos que en dicho periodo estén llamados a definir su situación militar, una vez hayan cumplido la mayoría de edad. Realizada la inscripción, el ciudadano podrá obtener certificado en línea que acredite el inicio del proceso de definición de la situación militar.

PARÁGRAFO 1º. Los planteles educativos informarán a los estudiantes de grado 11º o su equivalente al último año de educación media vocacional, el deber de definir su situación militar. Los planteles educativos con la ayuda de los Ministerios de Defensa y de Educación Nacional, buscarán que se informe a los estudiantes de último grado sobre las causales de exención al servicio militar, así como su derecho a la objeción de conciencia al servicio militar.

PARÁGRAFO 2º. Hasta el treinta (30) de noviembre de cada año, la Registraduría Nacional del Estado Civil proporcionará a la Organización de reclutamiento y Movilización la información de registro necesaria para la realización de la inscripción de los colombianos que cumplan la edad militar en el año siguiente.

PARÁGRAFO 3º. Lo contenido en este artículo en relación con la transferencia de información siempre se ajustará a la normativa vigente sobre protección de datos.

PARÁGRAFO 4º. Hasta antes de la incorporación, el ciudadano deberá manifestar por escrito o de manera verbal, si tiene conocimiento de estar inmerso en alguna causal de exoneración del servicio militar o de cualquier otra circunstancia que lo imposibilite para prestar el servicio militar. En el evento que el ciudadano realice la manifestación verbal, la autoridad de Reclutamiento dejará constancia de la manifestación y facilitará los medios para recepcionarla de manera escrita. La renuencia a hacer la anterior manifestación exonerará de responsabilidad a las autoridades de reclutamiento por los hechos o circunstancias que hubieren sido ocultados por el ciudadano, a menos que por fuerza mayor o caso fortuito no hubiere sido posible manifestarlas. De esta se dejará constancia por la autoridad de reclutamiento con acompañamiento del Ministerio Público y/o la Defensoría del Pueblo.

PARÁGRAFO 5º. Las Fuerzas Militares y la Policía Nacional Solicitarán las cuotas de personal para su incorporación a la Dirección de Reclutamiento del Ejército, único organismo con la facultad para cumplir con tal actividad. ARTÍCULO 18º. Evaluación de aptitud psicofísica. El personal inscrito se someterá a tres evaluaciones de aptitud psicofísica practicadas por oficiales de sanidad o profesionales de la salud al servicio de la Fuerza Pública.”

ARTICULO 19º. Primera Evaluación. La primera evaluación de aptitud psicofísica será practicada en el lugar y hora fijada por la autoridad de reclutamiento. Esta evaluación determinará la aptitud para el servicio, de acuerdo con la normatividad vigente.

ARTICULO 20º. Segunda Evaluación. La segunda evaluación verifica la aptitud psicofísica por determinación de las autoridades de reclutamiento o por solicitud del inscrito. Esta evaluación modifica o ratifica la aptitud psicofísica definida en la primera evaluación.

ARTICULO 21º. Evaluación Aptitud Psicofísica Final. Durante los 90 días siguientes a la incorporación, se practicará una evaluación de aptitud psicofísica final para verificar que el incorporado no presente causales de no aptitud psicofísica para la prestación del servicio.

ARTICULO 22º. Sorteo. La elección para ingresar al servicio militar se hará por el procedimiento de sorteo entre los conscriptos aptos, el cual podrá cumplirse en cualquier etapa del proceso de acuerdo con el potencial humano disponible y las necesidades de reemplazos en las Fuerzas Militares. Los sorteos serán públicos. No

habrá lugar a sorteo cuando no sea suficiente el número de conscriptos. El personal voluntario tendrá prelación para el servicio, sobre los que resulten seleccionados en el sorteo.

**ARTICULO 23º.** Concentración e incorporación. Cumplidos los requisitos de ley, los conscriptos aptos elegidos se citan en el lugar, fecha y hora determinados por las autoridades de Reclutamiento, con fines de selección e ingreso, lo que constituye su incorporación a filas para la prestación del servicio militar. **PARÁGRAFO.** Los colombianos declarados aptos podrán ser incorporados a partir de la mayoría de edad, hasta faltando un día para cumplir los veinticuatro (24) años de edad.

**ARTICULO 24º.** Reclamos por conscriptos. Los reclamos que se presenten después del sorteo y hasta 15 días antes de la incorporación por parte de los conscriptos, deberán aportarse por escrito o través del portal web indicado por las autoridades de reclutamiento o ante el Distrito correspondiente dentro del mes siguiente a la inscripción, los cuales serán considerados y resueltos por las autoridades de reclutamiento hasta quince (15) días antes de la concentración.

**ARTÍCULO 25º.** Clasificación. Es el acto por medio del cual la autoridad de reclutamiento determina que un ciudadano no puede ser incorporado por: 1. Encontrarse inmerso en una causal de exoneración establecidas en el artículo 12 de la presente ley. 2. No tener la aptitud psicofísica para la prestación del servicio. 3. No haber cupo para su incorporación a las filas. 4. Haber aprobado las tres fases de instrucción, así como el año escolar en establecimientos educativos autorizados como colegios militares y policiales dentro del territorio nacional. **Parágrafo 1º.** Quienes sean clasificados de conformidad con el presente artículo, deberán acercarse ante la respectiva autoridad de reclutamiento dentro de los sesenta (60) días siguientes al acto de clasificación, para continuar con el proceso de liquidación de la cuota de compensación militar, si a ello hubiere lugar. **Parágrafo 2º.** Para los estudiantes que hayan aprobado las tres fases de instrucción, así como el año escolar en establecimientos educativos autorizados como colegios militares y policiales dentro del territorio nacional, la Dirección de Reclutamiento del Ejército expedirá la Tarjeta de Reservista.

**ARTÍCULO 26º.** Cuota de compensación militar. El inscrito que no ingrese a filas y sea clasificado, deberá pagar una contribución ciudadana, especial y pecuniaria al Tesoro Nacional.

**PARÁGRAFO.** Están exonerados de pagar cuota de compensación militar, los siguientes: a. Las personas en situación de discapacidad física, psíquica y neurosensoriales con afecciones permanentes graves e incapacitantes no susceptibles de recuperación. b. Los indígenas que acrediten su integridad cultural, social y económica a través de certificación expedida por el Ministerio del Interior. c. El personal clasificado en nivel 1, 2 o 3 del SISBEN, o puntajes equivalentes a dichos niveles, conforme a lo indicado por el Departamento Nacional de Planeación. d. Los soldados desacuartelados con ocasión al resultado de la evaluación de aptitud psicofísica final. e. Quienes al cumplir los 18 años estuvieren en condición de adoptabilidad, encontrándose bajo el cuidado y protección del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar -ICBF. f. Las víctimas inscritas en el Registro Único de Víctimas. g. Los ciudadanos desmovilizados, previa acreditación de la Agencia Colombiana para la Reintegración. h. Los ciudadanos en condición de extrema pobreza previa acreditación del programa dirigido por la Agencia Nacional para la Superación de la Pobreza Extrema ANSPE-RED UNIDOS, o de la entidad que el Gobierno Nacional determine para el manejo de esta población. i. Los ciudadanos que se encuentren en condición de habitabilidad de calle, previo censo y certificación por parte del respectivo ente territorial.

**Artículo 27.** Modifíquese el artículo 1° de Ley 1184 de 2008, el cual quedará así: “Artículo 1°. La Cuota de Compensación Militar, es una contribución ciudadana, especial, pecuniaria e individual que debe pagar al Tesoro Nacional, el inscrito que no ingrese a filas y sea clasificado, según lo previsto en la presente ley o normas que la modifiquen o adicionen. La base gravable de esta contribución ciudadana, especial, pecuniaria e individual, está constituida por la sumatoria de los siguientes valores: Del promedio del Ingreso Base de Cotización (IBC) reportado en la Plantilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) en los últimos dos años o fracción, y la sumatoria del patrimonio líquido del padre y la madre del interesado, o de quienes se dependa, de acuerdo a lo reportado en la declaración de renta del año inmediatamente anterior. En el evento que no dependa económicamente de su grupo familiar o de un tercero, la base gravable de esta contribución estará constituida por el IBC reportado en la PILA en los últimos dos años o fracción y, el patrimonio líquido del interesado reportado en la declaración de renta del año inmediatamente anterior. La liquidación de la cuota de compensación militar se efectuará de la siguiente manera: La liquidación corresponderá a la suma del componente de patrimonio líquido y el componente de ingresos, de acuerdo a los siguientes parámetros: Componente Patrimonio: • Inferior o igual a 200 SMLMV no cancela por concepto de patrimonio. • Superior a 200 SMLMV e inferior o igual a 700 SMLMV cancelará el 0.4% de su patrimonio líquido • Superior a 700 SMLMV e inferior o igual a 1400 SMLMV cancelará el 0.5% de su patrimonio líquido • Superior a 1.400 SMLMV cancelará el 0.6% de su patrimonio líquido. En todo caso, la tarifa por componente de patrimonio no podrá exceder los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Componente Ingresos: • Inferior o igual a 2 SMLMV cancelará el 20% de su ingreso • Superior a 2 SMLMV e inferior o igual a 3.5 SMLMV cancelará el 30% de su ingreso • Superior a 3.5 SMLMV e inferior o igual a 5 SMLMV cancelará el 50% de su ingreso • Superior a 5 SMLMV cancelará el 60% de su ingreso En todo caso, la tarifa por componente de ingresos no podrá exceder los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El valor de la cuota de compensación militar, resultado de la liquidación anterior, no podrá exceder los cuarenta (40) salarios mínimos legales vigentes. Parágrafo 1°. Para aquellas personas no declarantes de renta, se deberá presentar declaración juramentada que así lo indique, la cual estará sujeta a verificación ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Parágrafo 2°. Los recursos de la cuota de compensación militar serán recaudados directamente por el Ministerio de Defensa Nacional - Fondo de Defensa Nacional, se presupuestarán sin situación de fondos y se destinarán al desarrollo de los objetivos y funciones de la Fuerza Pública en cumplimiento de su misión constitucional.

**ARTICULO 28º.** Modifíquese el Artículo 7 de la Ley 1184 de 2008, el cual quedará así: Artículo 7. Para el pago de la cuota de compensación militar y de las sanciones e infracciones causadas en el proceso de definición de la situación militar, podrán establecerse facilidades para realizar el pago. Para lo anterior, podrá establecerse cualquiera de las modalidades de pago y de cobro coactivo previstas en la ley. El Gobierno Nacional reglamentará la materia en un término no mayor a seis (6) meses a partir de la vigencia de esta ley. La cuota de compensación militar liquidada se pagará dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de ejecutoria del correspondiente recibo de liquidación, prorrogables por el mismo término a solicitud del interesado.” PARAGRAFO TRANSITORIO. Hasta tanto no se reglamente la materia, la cuota de compensación militar liquidada se pagará dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de ejecutoria del correspondiente recibo de liquidación; vencido este término sin que se efectúe el pago, deberá cancelar una suma adicional a título de sanción, equivalente al quince por ciento (15%) del valor inicialmente liquidado. Tanto la Cuota de Compensación Militar como la sanción, deben ser canceladas dentro de los sesenta (60) días subsiguientes.”

### CAPÍTULO III SITUACIONES ESPECIALES

**ARTÍCULO 29°.** Colombianos residentes en el exterior. A los varones colombianos residentes en el exterior, se les aplicará lo dispuesto en el artículo 17 de la presente Ley sobre inscripción. Igualmente resolverán su situación militar de manera definitiva, demostrando una residencia mínima de tres (3) años en el exterior, por intermedio de las autoridades consulares correspondientes.

**ARTÍCULO 30°.** Colombianos por adopción. Los varones colombianos por adopción residentes en el país definirán su situación militar de conformidad con la presente Ley, siempre y cuando no lo hayan hecho en el país de origen.

**ARTÍCULO 31°.** Colombianos con doble nacionalidad. Los varones colombianos, por nacimiento con doble nacionalidad definirán su situación militar de conformidad con la presente Ley. PARAGRAFO. Se exceptúan de este artículo los jóvenes colombianos, por nacimiento, que presenten comprobantes de haber definido su situación militar en cualquiera de los Estados a los que pertenezca una de sus otras nacionalidades. **ARTÍCULO 32°.** Extranjeros domiciliados en Colombia. Los extranjeros domiciliados en Colombia no están obligados a definir la situación militar en nuestro país.

**ARTÍCULO 33°.** Colombianos que retornan al país. Los varones Colombianos que retornen al país definirán su situación militar conforme a lo dispuesto en la ley 1565 de 2012 o las normas que la modifiquen o adicionen.

### TÍTULO III APLAZAMIENTOS

**ARTÍCULO 34°.** Aplazamientos. Son causales de aplazamiento para la prestación del servicio militar por el tiempo que subsistan, los siguientes: a. Ser hermano de quien esté prestando servicio militar obligatorio, salvo su manifestación voluntaria de prestar el servicio militar. b. Encontrarse cumpliendo medida de aseguramiento. c. Los condenados a penas que impliquen la pérdida de los derechos políticos. d. Haber sido aceptado o estar cursando estudios en establecimientos reconocidos como centros de preparación de la carrera sacerdotal o de la vida religiosa. e. Haber alcanzado la mayoría de edad, estar aceptado y cursando estudios de primaria, secundaria o media. El deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio nacerá al momento de obtener el título de bachiller. f. Haber sido aceptado y estar cursando como estudiante en las Escuelas de Formación de Oficiales, Suboficiales y Nivel Ejecutivo de la Fuerza Pública. g. Estar matriculado o cursando estudios de educación superior.

PARÁGRAFO 1°. Para los estudiantes de las escuelas de formación de Oficiales, Suboficiales y Nivel Ejecutivo de la Fuerza Pública que hayan recibido durante un año o más formación militar en las respectivas instituciones, se extinguirá la obligación jurídica de prestar el Servicio Militar Obligatorio.

PARÁGRAFO 2°. La interrupción de los estudios de secundaria o superiores hará exigible la obligación de incorporarse al servicio militar.

PARÁGRAFO 3°. La definición de la situación militar no será requisito para obtener ningún título educativo.

#### TÍTULO IV TARJETAS DE RESERVISTA Y PROVISIONAL MILITAR

**ARTÍCULO 35º.** Tarjeta de Reservista Militar o Policial. Es el documento con el cual se comprueba que el ciudadano definió su situación militar.

**ARTÍCULO 36º.** Tarjeta de Reservista Militar o Policial de Primera Clase. Es el documento con el cual se comprueba que el ciudadano definió su situación militar mediante la prestación del servicio militar obligatorio en las Fuerzas Militares o la Policía Nacional, o por haber aprobado las fases de instrucción en los Establecimientos Educativos con orientación militar o policial. La tarjeta de reservista de primera clase será expedida por la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas de cada Fuerza.

**ARTÍCULO 37º.** Tarjeta de Reservista Militar o Policial de Segunda Clase. Es el documento que se otorga al ciudadano que no presta servicio militar por estar incurso en una causal de exoneración o inhabilidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la presente Ley. La tarjeta de reservista de segunda clase será expedida por la Dirección de Reclutamiento del Ejército Nacional.

**PARÁGRAFO 1º.** A las Tarjetas de Reservista se les asignará el número correspondiente al documento de identidad vigente.

**ARTÍCULO 38º.** Tarjeta Provisional Militar. Es el documento que de manera temporal expide la Dirección de Reclutamiento del Ejército Nacional a un ciudadano aplazado mientras define su situación militar de forma definitiva, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 34 de la presente Ley. **ARTÍCULO 39º.** Reglamentación. El Comandante General de las Fuerzas Militares reglamentará el modelo y características de la Tarjeta Militar de Reservista, Tarjeta Policial de Reservista y la Provisional Militar. **ARTÍCULO 40º.** Documento público. Las tarjetas de reservista se clasificarán como material reservado adquiriendo el carácter de documento público, una vez hayan sido expedidas legalmente por la respectiva Dirección de Reclutamiento. **PARÁGRAFO 1º.** A partir de la vigencia de la presente ley, el ciudadano podrá expedir certificado digital que acredita la definición de la situación militar como reservista de segunda clase a través del portal web dispuesto para tal fin, el cual gozará del carácter de documento público. Las autoridades de Reclutamiento expedirán únicamente tarjeta militar a los reservistas de primera clase. El Gobierno Nacional reglamentará la expedición de este documento.

**PARÁGRAFO 2º.** En todo caso la expedición de este certificado digital será gratuito.

**PARÁGRAFO 3º.** El Gobierno Nacional deberá implementar lo dispuesto en el presente artículo en máximo ocho (8) meses, prorrogables por otros ocho (8) meses a partir de la promulgación de la presente Ley. Los derechos de expedición del documento que acredita la definición de la situación de la libreta militar como reservista de segunda clase, tendrá un costo que no podrá exceder el quince por ciento (15 %) del salario mínimo legal mensual vigente. Se exceptúan de este pago las personas en situación de discapacidad física, psíquica, o sensorial permanente con afecciones permanentes graves e incapacitantes no susceptibles de recuperación contemplados en el parágrafo del artículo 26 de ésta Ley, así como los ciudadanos que al cumplir los 18 años estén en condición de adoptabilidad y que se encuentren bajo el cuidado y protección del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar ICBF y ciudadanos en condición de extrema pobreza previa acreditación del programa dirigido por la Agencia Nacional para la Superación de la Pobreza Extrema ANSPE - RED UNIDOS, o de la entidad que el Gobierno Nacional determine para el manejo de esta población; los ciudadanos beneficiarios de

programas estatales de acceso a la educación superior así como las personas que a la fecha de inscripción se encuentren inscritas en el Registro Único de Víctimas como desplazados y los ciudadanos registrados en las bases de datos de la Agencia Colombiana para la Reintegración ACR o de la entidad que el Gobierno Nacional determine para el manejo de esta población. El Gobierno Nacional destinará los recursos para atender la medida contenida en este artículo y para las víctimas del conflicto armado que se encuentren inscritos en el Registro Único de Víctimas cuyo hecho victimizante declarado sea distinto al desplazamiento forzado.

**ARTÍCULO 41°. Cédula Militar.** Para los oficiales, suboficiales, soldados e infantes de marina profesionales en servicio activo, situación de retiro o de reserva la cedula militar reemplaza la tarjeta de reservista para todos los actos en que esta sea requerida. PARAGRAFO 1º. Para los Oficiales, Suboficiales, Nivel Ejecutivo, Agente y Patrullero de la Policía Nacional en servicio activo, situación de retiro o de reserva la cédula de identidad policial reemplaza la tarjeta de reservista. Para los alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, durante su permanencia en la institución, el respectivo documento de identidad militar o policial reemplaza la Tarjeta de Reservista.

**ARTICULO 42°. Acreditación de la situación militar para el trabajo.** La situación militar se deberá acreditar para ejercer cargos públicos, trabajar en el sector privado y celebrar contratos de prestación de servicios como persona natural con cualquier entidad de derecho público.

Sin perjuicio de la obligación anterior, las entidades públicas o privadas no podrán exigir al ciudadano, la presentación de la tarjeta militar para ingresar a un empleo. Las personas declaradas no aptas, exentas o que hayan superado la edad máxima de incorporación a filas podrán acceder a un empleo sin haber definido su situación militar. Sin embargo, a partir de la fecha de su vinculación laboral estas personas tendrán un lapso de dieciocho (18) meses para definir su situación militar. En todo caso, no se podrán contabilizar dentro de los dieciocho (18) meses, las demoras que no le sean imputables al trabajador. Los ciudadanos que accedan a los beneficios previstos en el presente artículo, deberán tramitar ante las autoridades de reclutamiento una certificación provisional en línea que acredite el trámite de la definición de la situación militar por una única vez, que será válida por el lapso de tiempo indicado anteriormente. PARAGRAFO 1º. Las personas declaradas no aptas, exentas o que hayan superado la edad máxima de incorporación a filas, que tengan una vinculación laboral vigente y no hayan definido su situación militar, tendrán un plazo para normalizar su situación de dieciocho (18) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley. PARÁGRAFO 2º. La vinculación laboral de población no apta, exenta o que haya superado la edad máxima de incorporación no dará lugar a la sanción prevista en el literal d) del artículo 46 de la presente ley o de las normas que la modifiquen, sustituyan o adicionen. PARÁGRAFO 3º. Para el pago de la cuota de compensación militar y las sanciones e infracciones de la presente ley de quienes se acojan a este beneficio, podrán realizarse descuento de nómina, libranzas o cualquier otra modalidad de pago, que reglamente el Gobierno Nacional, siempre y cuando medie autorización escrita del trabajador.

TÍTULO V DERECHOS, PRERROGATIVAS Y ESTÍMULOS ARTÍCULO 43°. Derechos del conscripto al momento de ser incorporado. El conscripto llamado al servicio tiene derecho a que el Estado le reconozca los pasajes y viáticos para su traslado al lugar de incorporación, su sostenimiento durante el viaje y el regreso a su domicilio una vez licenciado o desacuartelado. ARTÍCULO 44°. Derechos del conscripto durante la prestación del servicio militar. Todo colombiano que se encuentre prestando el servicio militar obligatorio en los términos que establece la ley, tiene derecho:

a. Desde el día de su incorporación, hasta la fecha de su licenciamiento o desacuartelamiento a ser atendido por cuenta del Estado en todas sus necesidades básicas atinentes a salud, alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar y disfrutará de una bonificación mensual hasta por el 30% del salario mínimo mensual vigente. El Ministerio de Defensa Nacional, con cargo a su presupuesto de gastos de personal, adoptará las medidas necesarias para implementar lo establecido en el presente literal, sin que en ningún caso implique incremento alguno a los gastos de personal, y manteniendo los cupos de gasto asignados a esta entidad. Sujeto a disponibilidad presupuestal, la bonificación mensual podrá llegar hasta el 50% del salario mínimo mensual vigente, con la respectiva adición presupuestal. B. Al momento de su licenciamiento, se proveerá al soldado, infante de marina, soldado de aviación y auxiliar de policía o auxiliar del Cuerpo de Custodia del INPEC, de una dotación de vestido civil equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente. La dotación a la que se refiere el presente literal estará a cargo del Ministerio de Defensa Nacional. Lo correspondiente a los auxiliares del cuerpo de custodia del INPEC estará a cargo del INPEC, o quien haga sus veces. C. Previa presentación de su tarjeta de identidad militar o policial vigente, disfrutará gratis de espectáculos públicos, eventos deportivos y asistencia a parques de recreación, museos y centros culturales y artísticos que pertenezcan a la Nación. Este beneficio también se aplicará a sus parientes en primer grado de consanguinidad y primero civil. El Ministerio de Defensa Nacional realizará los convenios que permitan regular la materia, en un plazo no superior a seis (6) meses. D. Al otorgamiento de un permiso anual con una subvención de transporte equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente y devolución proporcional de la partida de alimentación. E. En caso de calamidad doméstica comprobada o catástrofe que haya podido afectar gravemente a su familia, se otorgará al soldado, infante de marina, soldado de aviación y auxiliar de policía o del Cuerpo de Custodia, un permiso igual, con derecho a la subvención de transporte equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente. F. Recibir capacitación encaminada hacia la readaptación a la vida civil durante el último mes de su servicio militar, que incluirá orientación por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. G. La última bonificación será el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente. H. En los sistemas de servicio público de transporte masivo urbano o transporte intermunicipal, los soldados del Ejército o sus equivalentes en la Fuerza Pública y los Auxiliares del Cuerpo de Custodia del INPEC, podrán recibir un descuento en la tarifa ordinaria. El Ministerio de Defensa Nacional realizará los convenios que permitan regular la materia, en un plazo no superior a seis (6) meses. I. Las empresas nacionales de transporte aéreo que operan en el país concederán a los soldados del Ejército o su equivalente en la Fuerza Pública y los Auxiliares del Cuerpo de Custodia del INPEC, descuentos en el servicio aéreo de pasajeros en tarifa económica de destinos o rutas nacionales. El Ministerio de Defensa Nacional realizará los convenios que permitan regular la materia, en un plazo no superior a seis (6) meses. J. Los operadores de servicio público de telefonía local y móvil concederán un descuento en las tarifas de todos sus planes para los soldados del Ejército o sus equivalentes en las demás Fuerzas. El Ministerio de Defensa Nacional realizará los convenios que permitan regular la materia, en un plazo no superior a seis (6) meses.

**ARTÍCULO 45°.** Derechos al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos: a. En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez, pensión de invalidez, asignación de retiro y prima de antigüedad en los términos de la ley. Los fondos privados computarán el tiempo de servicio militar para efectos de pensión de jubilación de vejez y pensión de invalidez. b. Cuando el ciudadano haya sido admitido en instituciones públicas y privadas para adelantar estudios universitarios, tecnológicos y técnicos, en caso de prestar el servicio militar, las instituciones tendrán la obligación de reservar el cupo respectivo hasta el semestre académico siguiente al licenciamiento. c. Cuando el ciudadano haya prestado el servicio militar obligatorio y haya sido admitido en las Escuelas de Formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, podrá acceder a un descuento del 30% sobre la matrícula financiera.

d. Las Escuelas de Oficiales de la Fuerza Pública admitirán mínimo el 30% del personal a incorporar a quienes hayan prestado el servicio militar, siempre y cuando reúnan el perfil requerido para ingresar. e. El Ministerio de Defensa Nacional podrá celebrar convenios con las instituciones de Educación Superior, que permitan al reservista, adelantar estudios profesionales, tecnológicos y técnicos profesionales con un descuento sobre el valor de la matrícula durante toda la carrera, en programas académicos que definan las instituciones. f. A los soldados, infantes de marina, soldados de aviación y auxiliares de policía o del Cuerpo de Custodia, que al término del servicio de manera facultativa opten por adelantar una formación técnica laboral, podrán ser vinculados al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), en aprovechamiento a los convenios existentes con el Ministerio de Defensa Nacional. g. Autorízase al Gobierno Nacional para que a través del ICETEX cree una línea de crédito educativo para reservistas de primera clase. En los casos que aplique, este beneficio no será acumulativo con la ley 1699 de 2013". h. El Gobierno Nacional creará una línea especial de crédito de fomento a largo plazo, con el objeto de propiciar el regreso a la actividad agropecuaria de los soldados, infantes de marina, soldados de aviación, auxiliares de policía y auxiliares del Cuerpo de Custodia del INPEC proveniente de áreas rurales para el fomento de formas de economía solidaria, tales como microempresas entre quienes prestaron el servicio militar. i. La condición de reservista de primera clase será incluida como criterio de priorización y/o desempate en la selección de beneficios de programas o políticas de generación de empleo y promoción de enganche laboral. Así mismo, tendrán prelación para acceder a cursos de capacitación en el marco del Servicio Público de Empleo.

**TÍTULO VI**  
**DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES**  
**CAPÍTULO I**  
**INFRACCIONES Y SANCIONES**

**ARTÍCULO 46°.** De las infracciones y sanciones. Serán infracciones a la presente ley las conductas que a continuación se enumeran y tendrán la sanción que en cada caso se indica, así: a. El servidor público del Servicio de Reclutamiento que infrinja por acción u omisión las obligaciones dispuestas en la presente Ley será sancionado por las leyes penales o el régimen disciplinario establecido para los integrantes de las Fuerzas Militares, Policía Nacional y los servidores públicos. Así mismo el servidor público del Servicio de Reclutamiento estará obligado a compulsar copias a las autoridades judiciales y de control disciplinario para efectos de adelantar las investigaciones a que haya lugar, sin perjuicio de la investigación que se pueda iniciar por la omisión de denuncia contra el superior jerárquico. b. Los que en cualquier forma traten de impedir, obstruir, engañar, retardar, sobornar o constreñir a la autoridades del Servicio de Reclutamiento y Movilización, serán sancionados conforme a las leyes penales. Los miembros de la Fuerza Pública o los servidores públicos compulsarán copias a las autoridades judiciales para las investigaciones a que haya lugar. c. No presentarse a concentración en la fecha, hora, y lugar indicado por las autoridades de Reclutamiento, tendrá una multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por cada año de retardo o fracción en que no se presente, sin que sobrepase el valor correspondiente a los cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Los remisos podrán ser notificados e informados de su condición y el procedimiento que debe cumplir para continuar con el proceso de definición de la situación militar. El remiso que sea incorporado al servicio militar quedará exento de pagar dicha multa. d. Las entidades nacionales o extranjeras, oficiales y privadas, radicadas en Colombia que vinculen laboralmente a personas mayores de 18 años sin haber solucionado la situación militar de manera definitiva o provisional, tendrán una sanción de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada trabajador en esta condición. Salvo que se trate de lo dispuesto en el artículo 42 de la presente Ley. e. El Representante Legal de la entidad pública que no reintegren a los reservistas que previa solicitud acrediten la terminación del

Servicio Militar Obligatorio dentro del semestre siguiente a su licenciamiento, será investigado y sancionado disciplinariamente. f. Las entidades privadas que no reintegren a los reservistas que previa solicitud acrediten la terminación del Servicio Militar Obligatorio dentro del semestre siguiente a su licenciamiento, tendrán una sanción equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes o cierre provisional a través de la entidad competente para ello. g. El estudiante aplazado mayor de edad que no se presente ante la autoridad competente después de recibir u obtener su diploma de bachiller, será sancionado con multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por cada año de retardo o fracción en que dejare de presentarse. h. Las empresas nacionales o extranjeras establecidas en Colombia, que no concedan en caso de movilización o llamamiento especial a sus empleados y trabajadores el permiso para su incorporación por el tiempo requerido y que no los reintegren a sus puestos una vez termine su servicio en filas, tendrán una sanción de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada empleado al que no se le conceda el permiso en caso de movilización o llamamiento especial. i. Los representantes legales de las entidades públicas que no concedan en caso de movilización o llamamiento especial a sus empleados el permiso para su incorporación por el tiempo requerido o que se nieguen a reintegrarlos a sus puestos una vez terminen su servicio en filas, serán investigados y sancionados por falta grave disciplinaria.

ARTICULO 47°. Junta para remisos. El remiso definirá su situación militar mediante incorporación para prestar el servicio militar, salvo las exoneraciones establecidas en el artículo 12 de la presente ley, y las normas que lo adicionen modifiquen o aclaren. La Dirección de Reclutamiento del Ejército reglamentará la organización y funcionamiento de la Junta para Remisos y la pérdida de la condición de remiso. PARAGRAFO. El remiso que resulte no apto para la prestación del servicio, podrá ser exonerado de la sanción establecida en el Artículo 47 literal d), si la inasistencia a la concentración se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o error de la administración. Superadas estas circunstancias el ciudadano deberá realizar presentación dentro de los seis (6) meses siguientes ante la autoridad de Reclutamiento correspondiente, so pena de incurrir en la sanción establecida en la presente ley.

## **CAPÍTULO II COMPETENCIA PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES**

ARTÍCULO 48°. Competencia de los Comandantes de Distrito. El Comandante de Distrito Militar del Ejército conoce en primera instancia de las infracciones contempladas en el artículo 46 literales c y g, de la presente Ley, salvo las excepciones legales. ARTÍCULO 49°. Competencia de los Comandantes de Zona de Reclutamiento. El Comandante de Zona de reclutamiento del Ejército conoce en segunda instancia de las infracciones de que tratan los literales c y g, del artículo 46 de la presente ley.

## **CAPÍTULO III APLICACIÓN DE SANCIONES**

ARTÍCULO 50°. Imposición de sanciones. La imposición de las sanciones pecuniarias a que se refiere el artículo 46 de la presente ley, se hará mediante resolución motivada expedida por las respectivas autoridades de reclutamiento del Ejército, contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación conforme a las previsiones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

PARAGRAFO. Los recursos de las sanciones que se derivan de ésta, serán recaudados directamente por el Ministerio de Defensa Nacional – Fondo de Defensa Nacional, se presupuestarán sin situación de fondos y se

destinarán al desarrollo de los objetivos y funciones de la Fuerza Pública en cumplimiento de su misión constitucional.

ARTICULO 51°. Mérito Ejecutivo. La resolución a que se refiere el artículo anterior, una vez ejecutoriada presta mérito ejecutivo. Su notificación se hará de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Las multas por infracciones se pagarán dentro de los 60 días siguientes a su ejecutoría.

## TÍTULO VII MOVILIZACIÓN Y CONTROL RESERVAS CAPITULO I RESERVISTAS

ARTÍCULO 52°. Reservistas de las Fuerzas Militares. Son reservistas de las Fuerzas Militares los colombianos desde el momento en que definan su situación militar hasta los 50 años de edad. PARAGRÁFO. Los ciudadanos objetores de conciencia reconocidos por la autoridad competente creada para tal fin por la presente ley, no harán parte de la categoría de reservistas, como garantía de su derecho constitucional en todo tiempo. Artículo 53. Reservistas de Primera Clase. Son reservistas de primera clase: a) Los colombianos que presten el servicio militar obligatorio. b) Los alumnos de las escuelas de formación de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares así como las Escuelas de Formación de Oficiales, Suboficiales y Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional después de un (1) año lectivo. c) Los colombianos que acrediten haber prestado servicio militar en Estados con los cuales Colombia tenga convenios al respecto. d) Los alumnos de los establecimientos educativos autorizados como colegios militares o policiales dentro del territorio nacional que reciban y aprueben las tres fases de instrucción militar o policial, y aprueben el año escolar.

ARTÍCULO 54°. Reservistas de Segunda Clase. Son reservistas de segunda clase los colombianos que han definido su situación militar sin ingresar a filas. ARTÍCULO 55°. Reservistas de Honor. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, considérense reservistas de honor los soldados, infantes de marina, soldados de aviación de las Fuerzas Militares y Auxiliares de la Policía Nacional heridos en combate o como consecuencia de la acción del enemigo o de acciones del servicio y que hayan perdido el 25% o más de su capacidad psicofísica, o a quienes se les haya otorgado por acciones distinguidas de valor o heroísmo la Orden de Boyacá, la Orden Militar de San Mateo, la Medalla de Servicios en Guerra Internacional, la Medalla de Servicios Distinguidos en Orden Público y la Medalla al Valor o su equivalente en la Policía Nacional, por acciones distinguidas de valor, los cuales gozarán de los derechos y beneficios que señalen las disposiciones vigentes sobre la materia. ARTÍCULO 56°. Clasificación de reservistas según edad. Los reservistas según su edad serán de primera, segunda y tercera línea. a. En primera línea: Los reservistas de primera y segunda clase hasta el 31 de diciembre del año en que cumplan los 30 años de edad. b. En segunda línea: Los reservistas de primera y segunda clase desde el 1o. de enero del año en que cumplan los 31 años de edad, hasta el 31 de diciembre del año en que cumplan los 40 años de edad. c. En tercera línea: Los reservistas de primera y segunda clase desde el 1o. de enero del año en que cumplan los 41 años de edad, hasta el 31 de diciembre del año en que cumplan los 50 años de edad.

## CAPITULO II DE LAS RESERVAS

ARTICULO 57°. Definición de las Reservas. Son reservas de la Fuerza Pública, todos los hombres y mujeres reservistas de primera clase con orientación, instrucción y formación militar o policial; o de segunda clase que voluntariamente quieran ingresar, organizados dentro de una estructura estratégica, para satisfacer las necesidades misionales de la Fuerza Pública, con el propósito de atender las exigencias en la defensa y seguridad

nacional, dando cumplimiento a los planes de movilización. Hacen parte de ésta organización de reservas los oficiales y suboficiales de la reserva activa, soldados profesionales en retiro temporal con pase a la reserva y quienes son reservistas de primera clase, modalidades que se encuentran desarrolladas en la presente ley y en los decretos de carrera de oficiales, suboficiales, soldados profesionales del Ejército y sus equivalentes en las demás Fuerzas y la Policía Nacional y los ciudadanos colombianos que reúnan los requisitos para su ingreso.

PARÁGRAFO. El Ministerio de Defensa Nacional reglamentará en un término de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de la presente ley, las tablas de Organización y Equipo (TOE) y demás aspectos logísticos y administrativos necesarios para su activación y puesta en funcionamiento.

ARTÍCULO 58°. Activación de las reservas. El Ministerio de Defensa Nacional, el Comandante General de las Fuerzas Militares y los Comandantes de Fuerza, activarán las unidades de reservas para fines de selección, organización, capacitación, entrenamiento y empleo.

### CAPÍTULO III MOVILIZACIÓN

ARTÍCULO 59° Definición de movilización. Es la medida que determina el Gobierno Nacional para la movilización de recursos disponibles humanos, militares, industriales, agrícolas, naturales, tecnológicos, científicos, o de cualquier otro tipo para que el país consiga su máxima capacidad militar en los casos que, según las disposiciones constitucionales y legales, se pase de una situación de paz a un estado de excepción e igualmente para coadyuvar en el deber de protección a las personas residentes en Colombia, el servicio de seguridad y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

ARTÍCULO 60°. Obligatoriedad de la presentación. El personal de reservas de las Fuerzas Militares, Policía Nacional está obligado a concurrir a la convocatoria en el lugar, fecha y hora señalados en el Decreto de Movilización o llamamiento especial. Los reservistas residentes en el extranjero deberán presentarse en el término de la distancia ante las autoridades consulares colombianas más cercanas.

PARÁGRAFO. El incumplimiento de esta orden se sancionará en la forma prevista por el Código Penal Militar.

ARTÍCULO 61°. Asignación y prestaciones sociales. Las asignaciones y prestaciones sociales de los reservistas en caso de movilización o llamamiento especial, serán las que corresponden al grado conferido de acuerdo con las disposiciones vigentes y con cargo al Tesoro Nacional.

ARTÍCULO 62°. Derechos Reservista Movilizado. El reservista movilizado tiene derecho a que el Estado le reconozca pasajes y viáticos para su traslado al lugar de incorporación, su sostenimiento durante el desplazamiento y el regreso a su domicilio al término del servicio.

ARTÍCULO 63°. Empleo personal no movilizado. Los colombianos no movilizados militarmente podrán ser utilizados en tareas que contribuyan a la seguridad interna y el mantenimiento de la soberanía nacional.

## TÍTULO VIII DISPOSICIONES VARIAS

**ARTÍCULO 64º.** Componente Social del Servicio Militar Obligatorio. De acuerdo a las necesidades de la Fuerza Pública y las condiciones de orden público, el Gobierno Nacional de manera progresiva incorporará al Servicio Militar Obligatorio un componente social el cual estará orientado a la protección de los Derechos Humanos y la construcción de condiciones para erradicar la violencia, a través del desarrollo de actividades que promuevan la salud, educación, protección ambiental, atención de desastres naturales y antrópicos, así como las demás encaminadas a estos fines. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones y prerrogativas del componente social. Dicha reglamentación deberá ajustarse a las disposiciones constitucionales sobre la Fuerza Pública. **PARÁGRAFO.** El Gobierno Nacional tomará las medidas necesarias para lograr la incorporación del componente social al Servicio Militar Obligatorio.

**ARTÍCULO 65º.** Información para fines de reclutamiento. La Registraduría Nacional del Estado Civil suministrará a la Dirección de Reclutamiento del Ejército, un registro semestral de los ciudadanos que alcancen la mayoría de edad, para fines de la definición de la situación militar y el control de las reservas. La información suministrada deberá contener nombres, apellidos, fecha de nacimiento, dirección de su domicilio, teléfono, huella validada y relación mensual de registro de fallecidos entre los 18 y 50 años de edad. Esta información será de carácter reservada y su uso será exclusivamente para fines de definición de la situación militar.

**PARÁGRAFO.** En ningún caso esta información será usada como insumo para reclutamiento irregular o detenciones sorpresas de ciudadanos.

**ARTÍCULO 66º. Interoperabilidad sistemas de información para fines de definición de la situación militar.** El Ministerio del Interior, la Agencia Nacional para la Superación de la Pobreza Extrema ANSPE, la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas, la Agencia Colombiana para la Reintegración ACR, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, la Unidad Administrativa Nacional de Catastro, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) administrada por el Ministerio de Salud y Protección Social y demás entidades del Estado de quienes requiera sus bases de datos, intercambiarán información con las autoridades de Reclutamiento para efectos de definir la situación militar de los Colombianos. El Gobierno Nacional reglamentará la interoperabilidad entre entidades. Esta información será de carácter reservada y su uso será exclusivamente para fines de definición de la situación militar y no podrá ser usada como insumo para reclutamiento irregular o detenciones sorpresas de ciudadanos.

**ARTÍCULO 67º. Establecimientos educativos autorizados como colegios militares o policiales.** El Ministerio de Defensa Nacional, reglamentará y autorizará la orientación militar y policial en los establecimientos educativos que soliciten su funcionamiento como colegios militares o policiales dentro del territorio nacional.

**ARTÍCULO 68º. Destinación.** Es el acto a través del cual el Comandante de Fuerza, el Director General de la Policía Nacional, el Director del INPEC o la autoridad en la que estos deleguen, asigna a una unidad o repartición a un Soldado, Infante de Marina, Soldado de Aviación y Auxiliar de Policía o Auxiliar del Cuerpo de Custodia, cuando es incorporado para la prestación del Servicio Militar Obligatorio, en las áreas geográficas que determine cada Fuerza, la Policía Nacional o el INPEC.

**ARTÍCULO 69º. Traslado.** Es el acto de obligatorio cumplimiento por el cual el Comandante de la Fuerza respectiva, el Director General de la Policía Nacional, el Director del INPEC o la persona en la que éstos deleguen, asigna a un Soldado, Infante de Marina, Soldado de Aviación y Auxiliar de Policía o Auxiliar del Cuerpo de Custodia en forma individual a una nueva unidad o repartición, con el fin de prestar sus servicios en las áreas geográficas que determine cada fuerza, la Policía Nacional o el INPEC.

**ARTÍCULO 70º. Desacuartelamiento.** Es el acto mediante el cual el Comandante de la Fuerza respectiva, el Director General de la Policía Nacional, el Director del INPEC o la persona en la que éstos deleguen, dispone la cesación en la obligación de continuar prestando el servicio militar de un Soldado, Infante de Marina, Soldado de Aviación y Auxiliar de Policía o Auxiliar del Cuerpo de Custodia por causales diferentes al licenciamiento.

**ARTÍCULO 71º. Causales de desacuartelamiento del servicio militar.** Son causales de desacuartelamiento del servicio militar, las siguientes: a. Por decisión del Comandante de Fuerza, del Director General de la Policía Nacional o del Director del INPEC. b. Por haber sido declarado no apto por los organismos médicos laborales. c. Por haber sido calificado no apto en la evaluación psicofísica final. d. Por existir en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva o condena judicial. e. Por presentación de documentación falsa, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su incorporación, sin perjuicio de las acciones a que haya lugar. f. Por sobrevenir alguna de las causales de exención contempladas en la presente ley, siempre y cuando ésta sea ajena a la voluntad del individuo. g. Por ausentarse injustificadamente del servicio, en los términos previstos en el Código Penal Militar para el delito de desertión. h. Por el tiempo en que se encuentre cumpliendo la pena por haber incurrido en el delito de desertión, en los términos previstos en el Código Penal Militar. i. Por haber definido su situación militar con anterioridad. j. Los ciudadanos objetores de conciencia reconocidos por la autoridad competente creada para tal fin por la presente ley, que hayan culminado su proceso de declaratoria de objeción de conciencia. k. Cuando recaiga sobre su cónyuge, compañero o compañera permanente o a cualquier miembro de su familia en primer grado de consanguinidad o primero civil, alguna enfermedad catastrófica o accidente que cause daño permanente en su salud mental o física comprobada, el conscripto podrá solicitar el desacuartelamiento. Si el desacuartelado prestó el Servicio Militar Obligatorio por más de la mitad del tiempo establecido, se considera como Reservista de Primera Clase. Si el desacuartelado prestó el Servicio Militar Obligatorio por menos de la mitad del tiempo establecido, se considera como reservista de segunda clase y pagará la mínima cuota de compensación militar.

**ARTÍCULO 72º. Casos especiales expedición Tarjeta de Reservista.** El ciudadano desacuartelado de acuerdo con el artículo 70 de la presente ley, que haya prestado el Servicio Militar Obligatorio por más de la mitad del tiempo establecido legalmente, se considera como Reservista de Primera Clase. Se exceptúan los desacuartelados por los literales a), d), e), g) y h) del artículo 71, quienes serán Reservistas de Segunda Clase y pagarán la mínima cuota de compensación militar establecida en el artículo 27 de la presente Ley o la Ley que se encuentre vigente al momento de su terminación anticipada del Servicio militar obligatorio.

**ARTÍCULO 73º. Jornadas Especiales.** El Ministro de Defensa Nacional podrá realizar jornadas especiales en todo el territorio nacional, con el fin de agilizar la definición de la situación militar de los varones colombianos y solucionar la situación jurídica y económica de los infractores de la presente ley. En estas jornadas especiales, el Gobierno Nacional podrá establecer exenciones hasta de un sesenta por ciento (60%) a la cuota de compensación militar de las personas que se presenten a estas jornadas y podrá disminuir hasta en un noventa por ciento (90%) las multas que hasta la fecha de la jornada deban los infractores que se presenten a estas. **PARÁGRAFO 1º.** En un plazo no mayor a un año contado a partir de la vigencia de la presente ley, el Ministerio

de Defensa Nacional reglamentará la materia. PARÁGRAFO 2º. Cuando las autoridades de reclutamiento lo requieran, los centros de educación superior podrán apoyar el desarrollo de jornadas especiales para sus estudiantes

**ARTICULO 74º. Disposiciones varias.** Continuarán vigentes los artículos de las leyes 1448 y 1450 de 2011 relacionados con la definición de la situación militar de los colombianos, en los términos y condiciones establecidas en las citadas normas o las que se encuentren vigentes para su aplicación.

**ARTICULO 75º. Reconocimiento de indemnización contencioso administrativa.** Las personas que ingresen a las filas de la Fuerza Pública, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, policial o de custodia y sufra una disminución en su capacidad laboral para el servicio, valorada por los organismos médico laborales de la Fuerza Pública, tendrán derecho, además de las prestaciones sociales consagradas en las disposiciones legales vigentes, a la reparación que por vía judicial se declare, en aquellos eventos en que la lesión haya sido generada como consecuencia del servicio militar, calificada como ocurrida en el servicio por causa y razón del mismo, o en combate. En los demás casos, la administración solo será responsable por los daños originados en una falla en el servicio imputable a las autoridades militares o policiales. Artículo 76º. Régimen de transición. Los colombianos que a la entrada en vigencia de la presente ley y durante los 12 meses siguientes, estuvieran en condición de remisos y cumplieran con cualquiera de las causales del artículo 12 de la presente ley o por tener 24 años cumplidos, serán beneficiados con la condonación total de las multas, quedarán exentos del pago de la cuota de compensación militar y solo cancelarán el quince (15%) por ciento de un SMLMV por concepto de trámite administrativo de la tarjeta de reservista Militar o Policial. La organización de reclutamiento y movilización, efectuará la promoción y convocatorias necesarias a través de medios de comunicación a nivel nacional durante la vigencia de este artículo. Cualquier remiso o quien actúe en su debida representación mediante autorización simple, podrá acercarse a cualquier distrito militar o de policía y solicitar se le aplique este beneficio.

#### **Trámite de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio**

**Artículo 77. Competencia.** El Ministerio de defensa conocerá de las declaraciones de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio a través de la Comisión Interdisciplinaria de objeción de Conciencia. La Comisión Interdisciplinaria de Objeción de Conciencia estará constituida: 1. A nivel territorial, por las comisiones interdisciplinarias de objeción de conciencia, que resolverán en primera instancia las declaraciones de objeción de conciencia. Estarán integradas por el comandante del distrito militar correspondiente, un comité de aptitud sicofísica conformado por un médico y un sicólogo, el asesor jurídico del distrito militar y un delegado del Ministerio Público. 2. A nivel nacional, por la Comisión Nacional de Objeción de Conciencia, que resolverá en segunda instancia las declaraciones de objeción de conciencia. Estará integrada por el director de reclutamiento del ejército nacional, un delegado del ministerio público, un comité de aptitud sicofísica conformado por un médico y un sicólogo y un asesor jurídico de la dirección de reclutamiento. Parágrafo. La comisión interdisciplinaria de objeción de conciencia basará su decisión en el comité técnico y jurídico emitido por los profesionales que lo conforman.

**Artículo 78. Atribuciones.** La Comisión de Objeción de Conciencia tendrá las siguientes competencias: 1. Conocer y dar respuesta a las solicitudes y recursos presentados de declaración de objeción de conciencia que hayan sido formulados por los objetores de conciencia al servicio militar obligatorio. 2. Dar respuesta a la solicitud presentada por el objetor de conciencia.

**Artículo 79. Del procedimiento.** Para ser reconocido como objetor de conciencia al servicio militar obligatorio se deberá presentar solicitud ante la comisión interdisciplinaria de objeción de conciencia, en la cual se deberá manifestar por escrito o en forma verbal su decisión de objetar conciencia. Esta solicitud se entenderá presentada bajo la gravedad de juramento. La formulación de la objeción de conciencia contendrá: 1. Datos personales del objetor. Nombres y apellidos completos del objetor o de su apoderado si es el caso, documento de identificación, domicilio, teléfonos, lugar de notificación y correo electrónico si lo tuviere. 2. Las razones éticas, religiosas o filosóficas que resultan incompatibles con el deber jurídico cuya exoneración se solicita. 3. Los documentos y elementos de prueba que acrediten la sinceridad de sus convicciones, es decir, que sean claras, profundas, fijas y sinceras en que fundamenta su solicitud. El objetor que manifieste su objeción de conciencia de forma verbal deberá aportar los documentos y elementos de prueba dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la formulación. El objetor podrá presentar su solicitud ante cualquier distrito militar del país y será resuelta por la comisión interdisciplinaria de objeción de conciencia del distrito militar competente. La presentación de la declaración suspenderá el proceso de incorporación hasta que se de respuesta por la autoridad competente.

**Parágrafo.** La petición formulada por el objetor de conciencia al servicio militar obligatorio puede ser coadyuvada por organizaciones defensoras de derechos humanos o instituciones de carácter religioso, filosófico u otras de similar naturaleza.

**Artículo 80.** De los términos para resolver. La Comisión Interdisciplinaria de Objeción de Conciencia dispondrá de un término máximo de quince (15) días hábiles a partir de la radicación del escrito o de la recepción de la manifestación verbal realizada ante el funcionario competente, para resolver la solicitud de declaratoria de objeción de conciencia que formulen los objetores al servicio militar obligatorio. Contra la decisión de primera instancia de la Comisión Interdisciplinaria de Objeción de Conciencia procederán los recursos de reposición y en subsidio de apelación.

ARTICULO 81°. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su promulgación, y modifica los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 1184 de 2008, y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial, la Ley 2ª de 1977, Decreto 750 de 1977, Capítulo IX Ley 4ª de 1991, Decreto 2853 de 1991, artículo 102 de la Ley 99 de 1993, Ley 48 de 1993 y Decreto 2048 de 1993, artículo 41 de la Ley 181 de 1995, artículo 111 del Decreto Ley 2150 de 1995, artículo 13 de la Ley 418 de 1997 prorrogado y modificado por el artículo 2º de la Ley 548 de 1999, así como el artículo 2º de la ley 1738 de 2014.”

Congreso de la República de Colombia  
(14 de junio de 2017)

[Volver al índice](#)

**B. Sentencia de la Corte Constitucional que acoge demanda y ampara derecho a la salud y a la identidad cultural en salud a comunidades indígenas asentadas en el departamento de Vaupés (selección)<sup>20</sup>**

“Sentencia T-357/17<sup>21</sup>”

**ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DE DERECHOS COLECTIVOS CUANDO EXISTE VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Requisitos de procedencia excepcional**

1- Debe demostrarse que la acción popular no es idónea, en concreto, para amparar específicamente el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo. Esto puede darse cuando la acción popular es idónea para amparar los derechos colectivos involucrados pero no puede brindar una protección eficaz al derecho fundamental afectado. En caso contrario, la acción de tutela solo procedería como mecanismo transitorio cuando su trámite sea indispensable para la protección de los derechos fundamentales. 2- Que exista conexidad entre la afectación a los derechos colectivos y a los derechos fundamentales invocados. A este respecto, se ha dicho que la afectación del derecho fundamental debe ser consecuencia directa e inmediata de la conculcación del bien jurídico colectivo. 3- La persona cuyos derechos fundamentales se encuentran afectados debe ser el demandante. 4- La violación o amenaza de los derechos fundamentales debe estar demostrada, por lo cual no procede la tutela frente a meras hipótesis de conculcación. 5- La orden de amparo debe tutelar los derechos fundamentales invocados y no el derecho colectivo que se encuentre involucrado o relacionado con ellos, aunque este puede verse protegido como consecuencia de la orden de tutela.

**LEGITIMACION POR ACTIVA DEL MINISTERIO PUBLICO EN MATERIA DE ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia**

**LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Defensor del Pueblo Regional en representación de los habitantes indígenas y no indígenas del departamento de Vaupés**

**COMUNIDADES INDIGENAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL Y TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Reiteración de jurisprudencia**

**COMUNIDADES INDIGENAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL Y TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Procedencia de la acción de tutela para la protección de sus derechos**

**LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA-Comunidades en el departamento de Vaupés son determinables y los problemas en el sistema de salud se extienden de forma cierta a todo el Departamento**

**COMUNIDADES INDIGENAS DE VAUPES-Características especiales**

**LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Entidades que prestan servicios públicos relacionados con la prestación del servicio de salud en el departamento de Vaupés**

---

<sup>20</sup> La sentencia completa está disponible en la web del Centro, pinchando [aquí](#).

<sup>21</sup> Las citas del documento original han sido omitidas.

**DERECHO A LA SALUD**-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

La jurisprudencia constitucional ha dicho que la salud tiene una doble connotación: derecho y servicio público. Respecto a la primera faceta, ha sostenido que debe ser prestada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto de la segunda, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 del Texto Superior.

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD**-Carácter autónomo e irrenunciable

En relación a la salud como derecho, es necesario mencionar que, en un primer momento, fue catalogado como un derecho prestacional, que dependía de su conexidad con otro derecho considerado como fundamental, para ser protegido a través de la acción de tutela. Sin embargo, a partir de la sentencia T-760 de 2008 la Corte afirmó que la salud es un derecho fundamental autónomo que protege múltiples ámbitos de la vida humana. Dicha posición fue recogida en el artículo 2° la Ley 1751 de 2015, cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la sentencia C-313 de 2014. Así pues, tanto la normativa como la jurisprudencia actual, disponen que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

**DERECHO A LA SALUD**-Facetas positivas y negativas

**DERECHO A LA SALUD**-Elementos esenciales/**ESTABLECIMIENTOS, BIENES Y SERVICIOS DE SALUD**-Factores que hacen parte de los elementos esenciales del derecho a la salud

**DERECHO A LA SALUD**-Mecanismos esenciales e interrelacionados de disponibilidad, calidad, aceptabilidad y accesibilidad según Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

**PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD**-Alcance

El principio de integralidad, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio de salud, implica que se brinden servicios de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud posible, o al menos, padezca el menor sufrimiento. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su salud en todas sus facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones.

**DERECHO A LA SALUD**-Accesibilidad del servicio/**DERECHO A LA SALUD**-Acceso a la información/**DERECHO A LA SALUD**-Calidad del servicio/**DERECHO A LA SALUD**-Aceptabilidad del servicio

**DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN SALUD**

**DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL**-Contenido y alcance

**DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL**-Instrumentos internacionales que reconocen su importancia

**DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL-Reiteración de jurisprudencia**  
**IDENTIDAD CULTURAL-Perspectivas de protección para las comunidades étnicas**

La Corte ha analizado las obligaciones estatales derivadas del derecho a la identidad cultural desde dos perspectivas: una negativa, cuando se ha considerado que se evita la desaparición de dicha cultura; y una positiva que se manifiesta en proteger la identidad cultural.

**DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Protección internacional**

**DERECHO A LA AUTODETERMINACION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Autonomía política y autogobierno**

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Aceptabilidad, interculturalidad y protección a los pueblos indígenas**

**DERECHO A LA SALUD DE MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS-Garantía de accesibilidad, aceptabilidad, calidad y disponibilidad**

**DERECHO A LA SALUD DE MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS-Enfoque diferenciado**

**DERECHO A LA SALUD DE MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS-Desarrollo normativo interno del enfoque diferenciado**

**DERECHO A LA SALUD Y EL RESPETO A LA IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL DE COMUNIDADES INDIGENAS-Fundamento normativo**

**CARACTERISTICAS DEMOGRAFICAS DEL DEPARTAMENTO DE VAUPES Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE SALUD**

**DERECHO A LA SALUD Y EL RESPETO A LA IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL DE COMUNIDADES INDIGENAS-Normas específicas que rigen la prestación del servicio de salud**

**DERECHO A LA SALUD Y EL RESPETO A LA IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL DE COMUNIDADES INDIGENAS-Normas sobre población dispersa geográficamente respecto al sistema de salud**

**ESTADO ACTUAL DEL SISTEMA INDIGENA DE SALUD PROPIO E INTERCULTURAL SISPI**

**FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE SALUD EN EL DEPARTAMENTO DE VAUPES**

**DERECHO A LA SALUD DE LA POBLACION DEL DEPARTAMENTO DEL VAUPES-Necesidad de dictar órdenes estructurales con miras a solucionar dificultades del sistema de salud en el departamento de Vaupés**

Referencia: Expediente T-5.674.866

Acción de tutela instaurada por Carlos Javier Bojacá Galvis, en su calidad de Defensor del Pueblo de Vaupés contra el Ministerio de Salud, la Gobernación de Vaupés, la Secretaría de Salud de Vaupés, las Alcaldías de Mitú, Carurú y Taraira, las Secretarías de Salud de los municipios de Mitú, Carurú y Taraira, Hospital San Antonio de Mitú E.S.E., Mallamas E.P.S. y Caprecom E.P.S.

Entidades vinculadas: Superintendencia Nacional de Salud, la Delegada para la Salud y la Seguridad Social de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría Delegada para temas de salud, Fiduciaria Previsora (Fiduprevisora en calidad de liquidador de Caprecom E.P.S.), Nueva E.P.S. y Cafesalud E.P.S.

Procedencia: Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Asunto: Derecho a la salud.

Magistrada Ponente:  
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

### SENTENCIA

En la revisión de la providencia de segunda instancia, dictada el 29 de junio de 2016 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que confirmó la decisión de primera instancia, del 29 de abril de 2016, proferida por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, dentro de la acción de tutela promovida por Carlos Javier Bojacá Galvis, en su calidad de Defensor del Pueblo de Vaupés contra el Ministerio de Salud, la Gobernación de Vaupés, la Secretaría de Salud de Vaupés, las Alcaldías de Mitú, Carurú y Taraira, las Secretarías de Salud de los municipios de Mitú, Carurú y Taraira, ESE Hospital San Antonio de Mitú, Mallamas E.P.S., Caprecom E.P.S., Nueva E.P.S. y Cafesalud E.P.S.

El asunto llegó a la Corte Constitucional, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto de 11 de agosto de 2016, la Sala de Selección de Tutelas Número Ocho de esta Corporación lo escogió para su revisión y lo asignó a la Magistrada ponente para su sustanciación.

[...]

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Competencia

1. Corresponde a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional analizar los fallos proferidos dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

### Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2. El Defensor del Pueblo de Vaupés interpuso acción de tutela como agente oficioso de “toda la población indígena y no indígena” del departamento contra el Ministerio de Salud, la Gobernación de Vaupés, la Secretaría de Salud de Vaupés, las Alcaldías de Mitú, Carurú y Taraira y sus respectivas secretarías de salud, la E.S.E. Hospital San Antonio de Mitú, la E.P.S. Mallamas y la E.P.S. Caprecom, al considerar que la ausencia de centros de salud (o unidades básicas de atención) y la deficiente prestación del servicio de salud en la accesibilidad y aceptabilidad del servicio, afectan los derechos fundamentales de la población de Vaupés a la dignidad humana, a la igualdad, a la integridad personal, a la salud y a la seguridad social. Durante el trámite de la acción de tutela se vinculó a la Fiduciaria la Previsora como liquidadora de Caprecom, a la Nueva E.P.S. y a Cafesalud E.P.S.

Específicamente, el agente oficioso solicita que se tutelen los derechos de la población indígena y no indígena del departamento de Vaupés y que: (i) se le ordene a las entidades accionadas que tomen todas las medidas administrativas, financieras y presupuestales necesarias para garantizar el acceso a la prestación continua, efectiva, oportuna y universal del derecho a la salud; (ii) se adopten las medidas a cargo de las autoridades nacionales, departamentales y locales para que se amplíe la red prestadora de servicios de salud en todo el departamento de Vaupés con mínimo 5 centros de salud adicionales a los existentes, y se prioricen las zonas más alejadas de difícil acceso y comunicación; (iii) se disponga de personal médico de manera permanente y se suministren medicamentos e insumos médicos a los centros de salud existentes; (iv) se garantice mínimo 3 comisiones extramurales al año, con profesionales de salud e insumos médicos suficientes; (v) las Unidades Básicas de Salud cuenten con un equipo de radiofonía en buen estado, y se le haga mantenimiento al mismo de manera periódica; (vi) se reactive el funcionamiento de los 10 puestos de salud que existen en el departamento, lo cual implica, mejorar la infraestructura, contratar personal médico permanente y suministrar medicamentos e insumos suficientes; (vii) se garantice que la vinculación del personal médico se hará durante todo el año y no por meses; y (viii) se prevenga a las entidades accionadas a abstenerse de reincidir en las acciones que dieron paso a la interposición de la presente acción de tutela.

El Ministerio de Salud considera que la acción es improcedente y sostiene que la responsabilidad de la prestación del servicio le corresponde al departamento y a la E.S.E. Hospital San Antonio. La Gobernación de Vaupés afirma que existe un convenio entre el E.S.E. Hospital San Antonio y la Secretaría de Salud Departamental para prestar el servicio de salud y que tiene la red suficiente para atender a toda la población. La Alcaldía de Carurú coincide con el tutelante ya que la situación del departamento es crítica. Sin embargo, asevera que ha hecho todas las gestiones posibles para garantizar el servicio de salud y que no tiene medios económicos suficientes para contribuir al mejoramiento del servicio. La Secretaría de Salud y Desarrollo de Taraira da cuenta de todas las gestiones realizadas para garantizar el servicio de salud aun cuando afirma que no ha sido posible construir un centro de salud en el Bajo Apaporis.

La E.S.E. Hospital San Antonio de Mitú solicita su desvinculación de la acción, por considerar que como I.P.S. lo único que hace es garantizar la prestación básica del servicio de salud y no cuenta con el presupuesto necesario para atender a toda la población del departamento y añade que todas las entidades deben cumplir con sus funciones y competencias. Para la Alcaldía de Mitú, la acción es improcedente por subsidiariedad. Además, considera que el problema radica en la negligencia y descuido de las E.P.S. que operan en el departamento.

La Fiduciaria la Previsora como liquidador de Caprecom indica que la entidad ha desaparecido y no presta el servicio de salud. La E.P.S. Mallamas también considera que la acción es improcedente, al no existir un hecho concreto sobre el cual pronunciarse, sino una situación general. En cuanto al fondo del asunto, señala que ha cumplido con todas sus obligaciones legales y que no es cierto que no se han enviado grupos extramurales en más de siete años al departamento. La Nueva E.P.S. y Cafesalud guardaron silencio durante el trámite.

La Superintendencia Nacional de Salud refiere que durante los años 2015 y 2016 sancionó cuatro veces a la entidad territorial por los incumplimientos en el envío de información y la falta de acciones de salud pública.

Durante el despliegue probatorio la Sala encontró diferentes casos de personas que alegaron la vulneración y amenaza del derecho a la salud. No obstante, únicamente se resaltarán los casos relatados durante la toma de declaraciones en Mitú que argumentaron vulneraciones o amenazas particulares al derecho a la salud vigentes, respecto de las cuales no se ha interpuesto una acción de tutela previa: (i) Edgar Uribe Sierra, indígena afiliado al régimen subsidiado de la Nueva E.P.S. requiere de atención en salud mental para superar el suicidio de su hijo; (ii) Miguel Ángel García, indígena Cubeo afiliado al régimen subsidiado en la Nueva E.P.S., requiere que se haga efectiva la orden de remisión a Bogotá para el cambio de una prótesis por amputación de una extremidad por accidente ofídico; (iii) Nelson Hernando Gómez Beltrán, en representación de su esposa Mery Jenny Peña Cruz afiliada a la Nueva E.P.S, quien perdió su bebe de 8 meses de embarazo (24 de diciembre 2016) y tuvo que ser trasladada a Bogotá con preeclampsia (situación en la cual tuvo riesgo de muerte), requiere atención de planificación familiar y psicología; (iv) Ana Xilena Viáfara, mujer afrodescendiente afiliada a Cafesalud mediante el régimen contributivo y quien afirmó que en sus seis meses de embarazo no había logrado la atención prenatal que requería, pues la E.P.S. no tiene un convenio vigente en la ciudad de Mitú para la atención médica respectiva. Manifestó que le habían autorizado una consulta en Villavicencio, pero a pesar de preguntar no le han resuelto dónde la van a atender; y (v) Luis Octavio Chagres, en representación de su padre, Emilio Chagres, afiliado al régimen subsidiado en la Nueva E.P.S., requiere una orden de remisión para Bogotá para revisar el estado de sus rodillas, como seguimiento a una cirugía que se le realizó en el año 2015.

Adicionalmente, se identificaron doce personas indígenas de la comunidad de San Miguel, entre las cuales se encuentran mujeres embarazadas y personas actuando en nombre de sus hijos menores de edad, que especificaron diferentes situaciones que consideran como una amenaza o violación a su derecho a la salud, a saber, falta de: (i) atención psicológica como consecuencia de un accidente ofídico; (ii) atención prenatal, (iii) seguimiento de cirugías en la cabeza; (iv) vacunación a niños; (v) controles de planificación familiar a mujeres con dispositivos con más de un año de implantación; así como (vi) secuelas de leishmaniosis en un niño menor de edad; (vii) gripa de un niño menor de tres meses; (viii) hongos en la piel; y (ix) brote, diarrea y vómito en un niño menor de un año de edad.

3. La situación fáctica exige resolver, en primer lugar, si la acción de tutela es el mecanismo procedente para obtener la protección del derecho a la salud de toda la población indígena y no indígena del departamento de Vaupés, en relación con el acceso y disponibilidad a la atención en salud oportuna y de calidad además de los casos puntuales de las 17 personas que, durante el despliegue probatorio, manifestaron que su derecho a la salud se encuentra amenazado por falta de acceso a: (i) atención en salud mental; (ii) remisión oportuna para un cambio de prótesis; (iii) atención por complicaciones obstétricas durante el embarazo o parto de planificación familiar; (iv) atención por dolores varios; (v) atención prenatal; (vi) traslado para el acceso a atención en casos de urgencia para niños menores de un año de edad; (vii) seguimiento en casos de cirugías; (viii) secuelas de leishmaniosis en niños menores de edad; (ix) atención para casos de gripa en un niño menor de un año de edad, diarrea y vómito para dos niños menores de un año de edad; y (x) hongos en la piel.

De encontrar que la acción de tutela es procedente, la Sala deberá resolver si se vulneran los derechos fundamentales a la salud y a la identidad cultural de toda la población indígena y no indígena del departamento de Vaupés en el acceso y disponibilidad a la atención en salud oportuna y de calidad, así como de las personas individualizadas en el acceso a un diagnóstico oportuno y a la atención en salud, de acuerdo con las particularidades de cada caso.

[...]

### El derecho a la identidad cultural en salud

49. El respeto a las creencias y costumbres en el acceso y la prestación del servicio de salud se deriva del derecho a la identidad cultural que a su vez se desprende del principio de respeto a la diversidad étnica y cultural reconocido en los artículos 7 y 8 de la Constitución [150]. El derecho a la identidad cultural supone un conjunto de garantías y ámbitos concretos de protección que tienen como objetivo, principalmente: (i) reconocer y proteger las identidades culturales diversas; (ii) garantizar a las comunidades el ejercicio de sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo; y (iii) garantizar a los individuos miembros de las comunidades el poder expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios[151].

Este derecho también se ha reconocido en diferentes instrumentos internacionales. Al respecto, son relevantes el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[152]; el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos[153], los artículos 4.1, 5 y 8.2 del Convenio 169 de la OIT[154]; y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas[155].

50. La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido la titularidad del derecho fundamental a la identidad cultural en el colectivo social, es decir la comunidad o pueblo indígena, y en cada una de las personas que pertenecen a él[156]. En otras palabras, el derecho a la identidad tiene tanto una dimensión colectiva “*que busca orientar la protección constitucional hacia las comunidades tradicionales que no siguen la forma de vida de la sociedad mayoritaria, permitiendo que éstas puedan desarrollarse de acuerdo con su propia cultura*”, como una dimensión individual “*en el sentido de considerar que la aludida protección es también en favor de cada uno de los miembros de las comunidades nativas, garantizando que éstos puedan autodeterminarse dentro y fuera de su territorio según su propia cosmovisión*”[157].

51. Acerca del derecho fundamental a la identidad cultural en la esfera individual, la Corte ha agregado que “*no sólo se encuentra directamente relacionado con el ejercicio de derechos y garantías tales como la libertad de pensamiento, de expresión y de religión, que a los miembros de las comunidades étnicas les asiste en su calidad de individuos. De hecho, el mismo resulta necesario para garantizar el principio de pluralismo en el Estado Social de Derecho y la preservación de ritos, tradiciones y costumbres que hacen parte de nuestra riqueza como sociedad*”[158]

52. Así pues, la Corte ha analizado las obligaciones estatales derivadas del derecho a la identidad cultural desde dos perspectivas: una negativa, cuando se ha considerado que se evita la desaparición de dicha cultura[159]; y una positiva que se manifiesta en proteger la identidad cultural[160]. En este sentido, las comunidades, como titulares del derecho fundamental a la identidad cultural, ostentan un derecho a “*(i) ser reconocidas por el Estado y la sociedad como tales, en virtud de una conciencia de identidad cultural diversa, y; (ii) a que no se pueda negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros*”[161].

Se trata, además, de la garantía de que las comunidades puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo [162] y que los individuos “*que pertenecen a una comunidad indígena puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios*”[163].

53. Así pues, el mandato de protección y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural reconocido en la Constitución se traduce en la adscripción de derechos fundamentales específicos a favor de las comunidades indígenas, afrodescendientes y Rom, en tanto integrantes de la sociedad pluriétnica y multicultural que reconoce la Carta Política. De este modo, en la **sentencia C-882 de 2011**[164] se identificó un catálogo de derechos que se deriva del mandato de reconocimiento previsto en el artículo 7 de la Constitución que materializa el principio de autodeterminación de los pueblos [165]. Dentro de éstos vale la pena destacar el derecho de las comunidades a “(x) **emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales;**” (...). La **sentencia T-485 de 2015** agrega que “*estos derechos están unívocamente enfocados a proteger la identidad diferenciada de dichos pueblos étnicos, así como a hacer eficaces sus derechos fundamentales en condiciones equitativas a las personas que pertenecen a la sociedad mayoritaria*”[166].

Es relevante enfatizar que una expresión del derecho constitucional de las comunidades étnicas a mantener su diversidad étnica y cultural es el ejercicio libre de las prácticas tradicionales. Como consecuencia de esa expresión, la Corte ha considerado que “*en aquellos casos en que desde el Estado o desde organizaciones privadas se adoptan decisiones que inciden en la forma en cómo se ejercen dichas prácticas, es imprescindible la participación de las comunidades afectadas, con el fin de evitar que medidas jurídicas o proyectos de explotación económica terminen por afectar dichas prácticas o incluso poner en riesgo la identidad cultural diversa de estas comunidades*” [167].

En desarrollo de lo anterior, esta Corporación ha señalado que, como manifestación del principio de diversidad étnica y cultural, las comunidades y grupos tienen la facultad de autodeterminarse, es decir, el derecho a establecer “[...] *sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines*”[168].

54. En conclusión, el derecho a la identidad cultural como desarrollo del principio de la diversidad étnica y cultural y la autodeterminación de los pueblos es el fundamento del derecho a que se respeten las creencias y costumbres de los pueblos indígenas en el acceso y la prestación del servicio de salud. Este derecho cobra plena relevancia en el desarrollo del elemento de la aceptabilidad en el acceso y la provisión del derecho a la salud como se desarrollará a continuación.

### **La aceptabilidad, la interculturalidad y la protección a los pueblos indígenas en el derecho a la salud**

55. En consonancia con las anteriores prerrogativas la Ley 1751 de 2015 además de consagrar el elemento de aceptabilidad, estableció tres principios que deben regir el derecho a la salud: (i) **la interculturalidad**, como “*el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global*”; (ii) **la protección a los pueblos indígenas**, que consiste en el reconocimiento y garantía para los pueblos indígenas del “*derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI)*”; y (iii) **la protección de los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras** que se definió como la

garantía del “derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres”.

56. En este sentido, tanto el derecho a la identidad cultural, que aquí se concreta en el elemento de aceptabilidad del derecho a la salud, como el desarrollo de los mencionados principios, está conformado por dos aspectos: de una parte, supone **el derecho de los pueblos indígenas a la protección de su cosmovisión y autodeterminación para el desarrollo de un Sistema de Salud Propio e Intercultural (SISPI)**, y de otra, independientemente de ese sistema, **el acceso y la prestación del servicio de salud en atención a las creencias y costumbres, que para el caso de los pueblos indígenas implica la adopción de un enfoque diferencial**. En los dos aspectos, que no son excluyentes, el principio de interculturalidad es transversal. Tanto en documentos internacionales como la jurisprudencia de esta Corporación han dado alcance a estos dos aspectos. Veámos.

57. En primer lugar, el artículo 25 del Convenio no. 169 de la Organización Internacional del Trabajo[169] establece que:

*“1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.*

*2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.*

*3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.*

*4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país”[170].*

Estas disposiciones han sido consideradas por la Corte fundamento directo para garantizar el acceso al servicio de salud de las comunidades indígenas, de una manera que sea respetuosa y acorde con sus tradiciones o costumbres[171].

58. De otra parte, la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos y Culturales ampliamente citada brinda atención particular a los pueblos indígenas al explicar que *“los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas”[172].*

59. En el mismo sentido, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [173] incluye provisiones directamente relacionadas con el derecho a la salud de los pueblos indígenas. En particular, señala que los pueblos indígenas tienen derecho a “participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, (...) y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones”[174]; “a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud”[175] y; “las personas indígenas tienen igual derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente que este derecho se haga plenamente efectivo”[176]

60. Así mismo, los informes tanto del Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos como del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas han incluido recomendaciones a los Estados respecto del derecho a la salud de este grupo poblacional. En primer lugar, han recomendado que en los planes gubernamentales dirigidos a brindar cobertura en salud a toda la población indígena se acoja y proteja la medicina tradicional y sus practicantes dentro de las comunidades indígenas [177]. Al respecto, la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha dicho que *“los mecanismos de integración no son siempre claros para el personal de salud, las comunidades, los curanderos tradicionales, los formuladores de políticas y los funcionarios públicos”* [178].

61. En segundo lugar, han recomendado que las entidades estatales que trabajan con población indígena deberían producir y hacer uso de estadísticas desagregadas por grupo étnico, y de este modo se puede enfocar el trabajo en forma más efectiva[179]. De igual manera, han sugerido que en la construcción de esos datos, deben tenerse en cuenta las concepciones de los pueblos indígenas sobre su propio bienestar y visión de futuro[180]. La misma Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha detallado los problemas generados por la deficiente información y ausencia de datos de la población indígena respecto de la garantía de su derecho a la salud:

*“Pese a las preocupaciones cada vez mayores que genera la salud física y mental, los sistemas de salud no indígenas a menudo no tienen en cuenta el concepto indígena de salud y, en consecuencia, crean barreras para el acceso de los pueblos indígenas. Los datos epidemiológicos no suelen captar información sobre las comunidades indígenas y los determinantes socioeconómicos de la salud, de modo tal que pasan a ser “invisibles”. Cuando se incluyen datos, estos no suelen estar desglosados, por lo que las necesidades específicas de las mujeres indígenas no se comprenden en el contexto de la política y planificación nacional de salud”*[181].

62. En tercera medida, han manifestado que los pueblos indígenas tienen derecho a actuar colectivamente para que se respete su derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas entre las que se encuentran sus medicinas[182].

63. Adicionalmente, en el año 2010 el Consejo de Derechos Humanos llamó la atención de los altos niveles de mortalidad y morbilidad de los grupos indígenas en Colombia, por lo cual recomendó *“impulsar una intervención adecuada y consultada con las autoridades y organizaciones de los pueblos indígenas”*[183] y abogó por el establecimiento de *“puestos de atención en salud con personal médico, en los territorios indígenas, para que haya una atención oportuna acorde con las condiciones geográficas de muchas comunidades”*[184].

64. De este mismo modo, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas en 2016 dijo que, para proteger a los pueblos indígenas, los Estados deben contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios de salud pública y de atención sanitaria, en función de su nivel de desarrollo; y para que los establecimientos, bienes y servicios estén disponibles, también es preciso que estén en funcionamiento[185]. Adicionalmente, se pronunció sobre la accesibilidad y los pueblos indígenas, así:

*“Las cuatro dimensiones principales de la accesibilidad son la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica y el acceso a la información. En el caso de los pueblos indígenas, esas cuatro dimensiones se entrecruzan a menudo. La probabilidad de que sufran discriminación en el acceso a los establecimientos, bienes y servicios de atención de la salud es muy elevada. Pueden darse casos de médicos, enfermeros y otros profesionales de la salud que se nieguen a tratar a indígenas, o de indígenas en tratamiento que se enfrenten a creencias, prácticas y experiencias discriminatorias, lo que exacerba el miedo y la desconfianza, que, a su vez, desalientan el uso de establecimientos de atención de la salud. La situación es aún peor en el caso de las personas indígenas con discapacidad. El racismo puede incluso dar lugar a diagnósticos y tratamientos erróneos respecto de enfermedades graves. La accesibilidad física es un motivo de preocupación para los pueblos indígenas, muchos de los cuales viven en zonas geográficamente aisladas, a menudo debido a los desplazamientos o a la invasión de sus tierras por personas no indígenas”*[186].

[...]

#### RESUELVE

**Primero. REVOCAR** la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 29 de junio de 2016, que confirmó la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio Sala Civil, Familia, Laboral el 29 de abril de 2016, a través de la cual se declaró improcedente la acción de tutela promovida por el señor Carlos Javier Bojacá.

**Segundo. TUTELAR** los derechos a la salud y a la identidad cultural de Edgar Araujo, del señor Marín, del hijo de María Esperanza Socha, de Aracely Bolívar, Cristina Saavedra, de Luz Rojas (hija de Ximena Giraldo), Patricia Méndez, María Judith León, Rosa Giraldo, Hamilton Hernández (hijo de Hortensia Araujo) y Rosmira Ramírez.

**Tercero. ORDENAR** a la Gobernación de Vaupés que, en el término de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, en coordinación con el Hospital San Antonio de Mitú E.S.E., gestione la visita de una comisión extramural a la comunidad de San Miguel, Pacoa, que cuente con profesionales médicos que incluyan, al menos, un ginecólogo, un profesional de salud mental y un pediatra para que realicen las valoraciones médicas especializadas de las personas identificadas en el numeral segundo de la parte resolutive de esta providencia así como de toda la población de San Miguel, especialmente de las mujeres embarazadas y los niños. Así mismo, para que lleven a cabo una jornada de vacunación y planeen y ejecuten las necesarias para que todos los niños de la comunidad completen su esquema básico de vacunación.

**Cuarto.** Para el caso específico de Edgar Araujo **ORDENAR** a la Gobernación de Vaupés que en el término de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta providencia y a través de la entidad pertinente se realicen las diligencias tendientes a obtener la valoración de la atención en rehabilitación y salud mental y que de encontrar que requiere uno o varios tratamientos, éstos deberán ser provistos de manera oportuna, con un enfoque diferencial y con los ajustes razonables que sean necesarios para enfrentar su

situación de discapacidad física. Igualmente, si para estas valoraciones debe trasladarse a Mitú o a cualquier otra ciudad se deberá asegurar que cuente con un acompañante a quien se le deberán cubrir los costos de traslado, alojamiento y alimentación. Durante toda la atención se deberá garantizar un enfoque diferencial que tenga en cuenta que el joven no habla español, pero además debe ser culturalmente apropiada en atención a su condición étnica. En todo caso, su atención no podrá exceder los treinta (30) días hábiles.

**Quinto. TUTELAR** el derecho a la salud de Edgar Uribe Sierra y **ORDENAR** a la Nueva E.P.S. que, en el término de siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, realice una valoración médica al señor Sierra para que determine el tratamiento de salud mental que requiere y de no existir un profesional que pueda atenderlo en Mitú, que adelante los trámites pertinentes para que lo remitan a un profesional que pueda atenderlo. La atención no podrá demorar más de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta sentencia.

**Sexto. TUTELAR** el derecho a la salud de Miguel Ángel García y **ORDENAR** a Nueva E.P.S. que, en el término de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, realice los trámites pertinentes para que el señor García sea remitido a la ciudad donde puede llevarse a cabo el cambio de la prótesis que requiere. La remisión a la ciudad debe hacerse en un término máximo de treinta (30) días hábiles y la E.P.S. debe asumir los costos de transporte y alimentación para un acompañante.

**Séptimo. TUTELAR** el derecho a la salud de Emilio Chagres y **ORDENAR** a la Nueva E.P.S. que, en el término de siete (7) días contados a partir de la notificación de esta providencia, realice una valoración de su condición en las rodillas y, de requerirse, sea remitido a un especialista para que reciba atención médica.

**Octavo. TUTELAR** el derecho a la salud de Ana Xilena Viáfara y **ORDENAR** a Cafesalud E.P.S. que, en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de esta sentencia: (i) le informe a la señora Viáfara cuál es el lugar donde le van a prestar los servicios de salud para su embarazo, si no lo ha hecho aún; (ii) garantice la atención inmediata o asuma los costos de la atención que ella requiera en el lugar donde vive si no tiene un convenio vigente de forma tal que además se garantice su atención ante una urgencia; y (iii) realice un convenio con la entidad de su preferencia para atender a la agenciada, si no lo ha hecho aún.

**Noveno. ORDENAR** a la Gobernación de Vaupés, a la Nueva E.P.S., a Cafesalud E.P.S. y a Mallamas E.P.S. que dentro de los siguientes quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia creen e implementen un procedimiento específico en el cual: (i) identifiquen a todas las comunidades en donde tienen población asegurada y vinculada que se transporte mediante vías fluviales; (ii) garanticen la provisión o acceso a gasolina de forma permanente para que ante un evento de urgencias sea posible transportarse a Mitú de forma oportuna; (iii) establezcan un mecanismo expedito para autorizar y garantizar el traslado de personas en urgencias mediante avioneta cuando eso sea posible.

**Décimo.- ORDENAR** a la Gobernación de Vaupés, a la Nueva E.P.S., a Cafesalud E.P.S. y a Mallamas E.P.S. que, en el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de esta providencia, se aseguren que todos los puestos de salud en el departamento estén aprovisionados de los medicamentos básicos.

**Onceavo.- ORDENAR** al Ministerio de Salud y Protección Social que en conjunto con la Gobernación de Vaupés y los municipios de Mitú, Carurú, y Taraira en el término de dos (2) meses contados a partir de la notificación de esta providencia elaboren una política específica para abordar los problemas de salud mental tanto en

prevención como en la provisión de atención oportuna en el departamento que tenga una enfoque diferencial y sea aceptable culturalmente. Esta política deberá comenzar a ser implementada en el término de seis (6) meses a partir de la notificación de esta providencia.

**Duodécimo. ORDENAR** a la Gobernación de Vaupés, a la Nueva E.P.S., a Cafesalud E.P.S. y a Mallamas E.P.S. que en el término de tres (3) meses contados a partir de la notificación de esta providencia, en conjunto con representantes de las comunidades indígenas del departamento de Vaupés, elaboren un protocolo para el trato digno e intercultural para que sea implementado en los albergues con los que tengan contratos para acomodar a las personas que se trasladan para recibir atención.

**Treceavo. ORDENAR** a la Gobernación de Vaupés que, en el término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de esta providencia, adelante las acciones necesarias para establecer la situación actual del funcionamiento de los radios de comunicaciones en cada punto de atención en salud en el departamento de Vaupés, que comprende la red viabilizada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Una vez constate el funcionamiento de las radios de comunicación en cada uno de dichos puntos en el departamento, deberá dotar con un equipo de radio comunicaciones a cada uno de los puntos de atención para las interconsultas con la E.S.E Hospital San Antonio o con la entidad pertinente.

**Catorceavo. TUTELAR** los derechos a la salud y a la identidad cultural de las 255 comunidades asentadas en el Departamento de Vaupés y de conformidad ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social, en coordinación con la Gobernación de Vaupés y las alcaldías municipales de Mitú, Carurú y Taraira que, en el término de (1) un año contado a partir de la notificación de esta providencia, adelanten e implementen un proceso de concertación con las comunidades para el diseño de un modelo de cuidado de la salud con carácter intercultural en el departamento de Vaupés, que incluya la prestación de los servicios de promoción de la salud y bienestar, prevención y atención de la enfermedad y que se dirija a fortalecer el modelo de aseguramiento de dicho departamento, debido a su condición de territorio con población dispersa.

En el diseño del modelo de cuidado de la salud en el departamento de Vaupés, deberá considerarse la adopción de una UPC diferencial por territorios o zonas del departamento.

Quinceavo. ORDENAR a la Gobernación de Vaupés que dentro de las políticas de prevención de la salud realice campañas de salud pública acerca del manejo de alimentos y cuidado de la salud de adultos y niños en las comunidades indígenas de todo el departamento. Esa estrategia deberá realizarse dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de esta providencia. En ese mismo tiempo deberá hacer un diagnóstico del manejo de desechos humanos en las comunidades en el territorio para que en el término de un (1) año contado a partir de la notificación de esta providencia se haya concluido la construcción de pozos sépticos en las comunidades que no tengan un manejo adecuado de los mismos.

**Dieciseisavo. ORDENAR** la Gobernación de Vaupés, a la Nueva E.P.S., a Cafesalud E.P.S. y a Mallamas E.P.S. que en los casos en que se requiere traslado del paciente dependiente por su condición garanticen el transporte, estadía y la alimentación de un acompañante en los términos del fundamento jurídico 127 de esta providencia.

**Diecisieteavo. ORDENAR** a la Superintendencia Nacional de Salud que en el marco de sus competencias investigue si la Nueva E.P.S., Cafesalud E.P.S. y Mallamas E.P.S: (i) han garantizado el cubrimiento de costos de traslado, estadía y alimentación de acompañantes de personas que han requerido atención por fuera del

departamento de Mitú en los últimos dos (2) años; y (ii) si han cumplido con las obligaciones de garantía de acceso a medicamentos básicos en los puestos de salud de las comunidades indígenas en el Departamento de Vaupés en los últimos dos (2) años. Igualmente, que en el ejercicio de sus competencias se desplace al territorio con el objetivo de realizar las acciones de inspección necesarias para asegurar la prestación del servicio de salud en el departamento de Vaupés y rinda informes de sus actuaciones cada tres meses (3) ante el juez de primera instancia en el trámite de la acción de tutela.

**Dieciochoavo. ORDENAR** a la Procuraduría General de la Nación que, en el ejercicio de sus funciones, verifique el cumplimiento de las órdenes impartidas y cada tres (3) meses envíe informes de dicho cumplimiento al juez de primera instancia en el trámite de la acción de tutela.

**Diecinueveavo. INSTAR** a la Superintendencia Nacional de Salud y a los órganos de control del sistema – Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República y Fiscalía General de la Nación para que inicien las actuaciones correspondientes en relación con las posibles faltas administrativas, disciplinarias fiscales y/o penales que han desencadenado las fallas estructurales en la prestación del servicio de salud en el departamento de Vaupés.

**Veinteavo. EXHORTAR** al Ministerio de Salud para que presente un proyecto de ley ante el Congreso que presente alternativas de modificación a la Ley 100 de 1993 que diseñen y ejecuten distintos modelos de prestación del servicio de salud en territorios con las características de Vaupés, es decir, con población indígena dispersa, que sean sostenibles financiera y étnicamente.

**Veintiunavo.** Por Secretaría **LÍBRESE** la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO  
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER  
Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO  
Magistrado (E)''

**Corte Constitucional de COlombia**  
[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-357-17.htm#\\_ftn162](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-357-17.htm#_ftn162)  
(26 de mayo de 2017)

[Volver al índice](#)

**C. Sentencia de la Corte Constitucional que amparan los derechos de una mujer indígena vendedora informal ante las acciones de desalojo de funcionarios de la Municipalidad de Bogotá, atendiendo al enfoque diferenciado que la Constitución asegura a los miembros de comunidades indígenas (selección)<sup>22</sup>**

“Sentencia T-067/17<sup>23</sup>”

#### **BIENES DE USO PÚBLICO Y BIENES FISCALES-Distinción**

**PROCESO DE RECUPERACION DE BIENES FISCALES O DE USO PUBLICO**-No puede desconocer el principio de confianza legítima

*La jurisprudencia constitucional, en los casos en que ha analizado la constitucionalidad de los procedimientos policivos de desalojo de bienes pertenecientes al Estado, ha determinado como regla, que “cuando una autoridad local se proponga recuperar el espacio público ocupado por vendedores ambulantes titulares de licencias o autorizaciones concedidas por el propio Estado, deberá diseñar y ejecutar un adecuado y razonable plan de reubicación de dichos vendedores ambulantes de manera que se concilien en la práctica los intereses en pugna.”*

**PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA**-Concepto

**PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA EN MATERIA DE ESPACIO PUBLICO**-Reiteración de jurisprudencia

**PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA ANTE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL**-Obligación de buscar medidas alternativas que permitan garantizar derechos fundamentales

La confianza legítima que desarrollan los particulares frente a las actuaciones del Estado deviene de la potestad que tienen las personas de presumir que, si se les ha tolerado una conducta abierta, permanente, pacífica y continua, se lo va a seguir haciendo hacia el futuro. Ese principio no implica que el Estado no pueda nunca regularizar una situación irregular, pero sí tiene como consecuencia que al hacerlo no actúe de improviso y sin haber dado aviso previo suficiente.

**ESPACIO PUBLICO RECUPERADO**-Concepto

**DERECHO AL TRABAJO Y AL MINIMO VITAL DE LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL**-Protección

**MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS**-Enfoque diferenciado

**POLITICAS DE REUBICACION DE VENDEDORES INFORMALES**-Contexto social

**PROCESO DE RECUPERACION DE BIENES FISCALES O DE USO PUBLICO**-Particularidades del proceso

---

<sup>22</sup> La sentencia completa se encuentra disponible en la web del Centro, pinchando [aquí](#)

<sup>23</sup> Las citas del documento original han sido omitidas.

**DERECHO AL MINIMO VITAL Y AL TRABAJO DE VENDEDOR INFORMAL**-Vulneración por Alcaldía al haber seguido adelante con plan de recuperación de bien inmueble, sin haber asegurado la inclusión de la actora, como miembro de comunidad indígena, en un plan que le permitiera seguir con su actividad de vendedora informal

**DERECHO AL MINIMO VITAL Y AL TRABAJO DE VENDEDOR INFORMAL**-Orden a Alcaldía Mayor de Bogotá ofrecerle a la accionante una alternativa económica, laboral o de reubicación de su oficio de vendedora informal

Referencia: expediente T-5.766.116

Acción de tutela instaurada por Blanca Cristina Amaguaña Maldonado contra Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y el Instituto para la Economía Social IPES.

Magistrado Ponente:  
AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Aquiles Arrieta Gómez, Luis Ernesto Vargas Silva y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha proferido la siguiente

### SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá de fecha 13 de julio de 2016 y en segunda instancia por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 12 de agosto de 2016, dentro de la acción de tutela instaurada por Blanca Cristina Amaguaña Maldonado contra la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y el Instituto para la Economía Social IPES. El expediente de la referencia fue escogido para revisión mediante Auto del 27 de septiembre de 2016, proferido por la Sala de Selección Número Nueve de la Corte Constitucional.[1]

#### I. ANTECEDENTES

La señora Blanca Cristina Amaguaña Maldonado presentó acción de tutela contra la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y el Instituto para la Economía Social –IPES- solicitando la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la vida digna. Sostiene la accionante que es una mujer cabeza de hogar, perteneciente a la comunidad indígena Kichwa de Bogotá,<sup>[2]</sup> dedicada a la venta informal de productos artesanales.<sup>[3]</sup> Afirmó que ella y otras personas suscribieron, a través de apoderado, un documento denominado “CONCILIACIÓN”, con una de las entidades demandadas (el IPES), fechado el 26 de septiembre de 2011, mediante el cual esa entidad se comprometía a “*incluirlos en la base de datos de vendedores de la Localidad de Chapinero, para que sean objeto de atención en los programas que brinda el IPES en desarrollo de su función misional (...)*”; esa entidad ha procedido, mediante procedimiento policivo, a desalojarla del sitio donde desarrollaba su actividad comercial sin ofrecerle “*ningún otro tipo de oportunidad para poder trabajar, ni ninguna prebenda, ni alguna alternativa productiva, acceso a créditos o programas de emprendimiento, para ella y su familia, situación que la dejaría desprotegida, ya que es la única fuente de ingresos que posee junto a su familia*”.<sup>[4]</sup>

[...]

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

6. La confianza legítima y los sujetos de especial protección constitucional. Aspectos relevantes al caso

6.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en afirmar que si bien existe un deber estatal de protección y conservación del espacio público, ese deber no incorpora un derecho absoluto para el Estado de utilizar el poder coercitivo para efectos de eliminar cualquier invasión que exista. Al respecto, se ha afirmado por la Corte que *“(e)n casos de ocupación indebida del espacio público por parte de comerciantes informales, cualquier política tendiente a recuperar dichos espacios, que suponga una afectación al goce efectivo de sus derechos, debe adelantarse con plena observancia de la totalidad de los imperativos fundamentales consagrados en la Carta, especialmente aquellos dirigidos a proteger a las personas en situación de vulnerabilidad con ocasión de su contexto socio-económico, y los postulados que garantizan las expectativas legítimas y el mínimo existencial.”* [60]

6.2. En esa misma providencia, tras recoger la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, se decantaron las reglas pacífica y reiteradamente aceptadas y que imponen que *“(i) las autoridades no pueden interrumpir arbitrariamente la actividad económica de un comerciante informal que ocupa el espacio público, en perjuicio de su confianza legítima y los derechos al trabajo y al mínimo vital, (ii) lo que supone crear una política de recuperación del espacio público proporcional y razonable, que además integre alternativas de reubicación adecuadas.”* [61] En el caso que nos ocupa, la Sala acoge íntegramente esas reglas.

6.3. Sin embargo, también considera la Sala precedente establecer que el nivel de rigidez con el que se evalúen los conceptos de “interrupción arbitraria de la actividad comercial”, “confianza legítima” y “proporcionalidad y razonabilidad de la política de recuperación del espacio público” varía en cada caso particular teniendo en cuenta las condiciones especiales del sujeto que pide la protección de sus derechos.

6.4. La confianza legítima que desarrollan los particulares frente a las actuaciones del Estado deviene de la potestad que tienen las personas de presumir que, si se les ha tolerado una conducta abierta, permanente, pacífica y continua, se lo va a seguir haciendo hacia el futuro. Ese principio no implica que el Estado no pueda nunca regularizar una situación irregular, pero sí tiene como consecuencia que al hacerlo no actúe de imprevisto y sin haber dado aviso previo suficiente.

6.5. En el pasado, la Corte Constitucional al referirse a la confianza legítima de la que son titulares los vendedores informales frente a los procedimientos de recuperación del espacio público, afirmó que cuando la administración genera para los vendedores informales *“la percepción legítima de que sus actividades eran jurídicamente aceptadas”*, entonces procede la protección por vía de tutela cuando esa percepción se defrauda por ejemplo, el tiempo transcurrido desde la invasión pacífica del espacio y el momento en que se inician los procedimientos policivos de desalojo. [62]

6.6. En múltiples sentencias, diferentes salas de revisión han tutelado los derechos de los reclamantes, si demuestran que sus conductas comerciales las han desarrollado en el espacio público con anterioridad a la intervención de la administración, y que las actuaciones u omisiones de esta última les ha generado *“la percepción legítima de que sus actividades eran jurídicamente aceptadas”*. [63] Como es lógico, la confianza legítima no es absoluta, y por lo tanto la Corte también ha explicado que su aplicación depende de la evaluación

que en cada caso particular se haga de las acciones u omisiones del Estado y de cómo a partir de ellas un vendedor informal puede haber concluido de manera razonable que su labor estaba siendo tolerada.<sup>[64]</sup>

6.7. Otro aspecto que ha desarrollado la jurisprudencia tiene que ver con las actuaciones administrativas que están llamadas a generar confianza legítima en los ciudadanos dedicados a las ventas informales.<sup>[65]</sup> Al respecto, vale la pena anotar que la relación contractual que nace de la suscripción de un convenio de reubicación entre un municipio y un grupo de vendedores no es en ningún caso, una relación simétrica o igualitaria. Por el contrario, es un caso en el cual la entidad estatal, como titular del poder de policía y dueña de una importante capacidad coercitiva, se enfrenta a uno o varios vendedores, muchas veces, en condiciones de debilidad manifiesta, y les notifica de una afectación relevante y generalmente pronta de su condición económica. En esas condiciones, encuentra la Sala, deben aplicarse las reglas jurídicas propias de las relaciones contractuales asimétricas. Esas consecuencias incluyen que la interpretación de cualquier cláusula oscura o poco clara, debe hacerse siempre a favor del vendedor informal y en contra de la administración. Adicionalmente, la Sala entiende que no puede darse la misma entidad al incumplimiento de las obligaciones contenidas en este tipo de convenios cuando ese incumplimiento es de la administración y cuando ese incumplimiento viene del vendedor informal en procura de mantener su sustento mínimo. En esas condiciones, a la autoridad solo le es dado reclamar el incumplimiento cuándo (i) la entidad haya cumplido estrictamente con las condiciones del acuerdo, o, habiéndolo incumplido, haya subsanado el incumplimiento e indemnizado íntegramente al vendedor por los perjuicios causados por dicho incumplimiento y (ii) habiéndose incumplido el acuerdo por el vendedor informal, dicho incumplimiento se mantiene después del ofrecimiento por parte de la entidad de un programa de reubicación que implique que el vendedor puede continuar con su actividad comercial de manera pacífica, legal, sin riesgo de desalojo, teniendo acceso a una clientela mínima que le procure un ingreso mensual equivalente por lo menos al salario mínimo legal vigente.

6.8. La Sala llama la atención sobre la obligación imperiosa de las administraciones municipales de cumplir los acuerdos a los que llegan con sujetos de especial protección constitucional. Si bien todo incumplimiento contractual es indeseable y por eso mismo el derecho impone sanciones y obligaciones de indemnización al deudor incumplido de una obligación, cuando ese incumplimiento proviene del Estado y tiene por efecto afectar a los ciudadanos que están en las más profundas condiciones de vulnerabilidad, no solo defrauda la confianza en las instituciones públicas. Termina además, minando las bases mismas del Estado Social y Democrático de Derecho. Así pues, un acuerdo en el que el Estado se comprometa con un ciudadano o grupo de ciudadanos en condiciones de especial protección constitucional a reubicarlos y ofrecerles alternativas económicas y productivas, está llamado a cumplirse a rajatabla, so pena de ofender gravemente la confianza legítima que esos ciudadanos depositan en las actuaciones de las autoridades públicas. La Sala pone de presente que con esas condiciones no se pretende amparar el incumplimiento de los acuerdos de recuperación de bienes de propiedad del Estado que suscriben las entidades públicas. Lo que se pretende es imponer las cargas a quien está en mejor capacidad de soportarlas.

6.9. Como se ha dicho más atrás en esta sentencia, la protección constitucional de los vendedores ambulantes se ha estructurado sobre la base de la confianza legítima que estas personas tienen en razón de la tolerancia desplegada por el Estado. Ese fundamento tiene una base constitucional concreta. Sin embargo, como se pone de presente en la sección 6.10 siguiente, incluso sin que se hayan superado las razones estructurales de pobreza y falta de acceso a oportunidades económicas que aquejan a los vendedores informales, se han creado herramientas jurídicas que si bien desdican de la figura de la confianza legítima, no producen, en realidad, ninguna solución de fondo.

La normatividad no puede operar simplemente como un fundamento de excepción de la aplicación de una tesis jurisprudencial. Cuando esa es su única función, y la tesis jurisprudencial tiene como objetivo la protección de unos derechos constitucionales cuya vulneración no ha cesado y donde, por lo tanto, no se garantizó el goce efectivo del derecho a un mínimo vital en dignidad de los destinatarios de la protección, entonces la norma no está cumpliendo, en ese caso concreto, un fin constitucionalmente legítimo. En esas condiciones lo que compete al juez constitucional no consiste en obrar artificiosamente para tratar de encontrar otra herramienta jurídica que lo lleve a la misma solución, pero sí consiste en ver si hay otros elementos que puedan estar siendo desconocidos y de los cuales se pueda desprender también la necesidad de proteger los derechos fundamentales de una población.

6.10. Al revisar la respuesta del IPES sobre el ofrecimiento de programas de reubicación para los vendedores informales desalojados a lo largo del año 2016, se encuentra que la entidad afirma que la gran mayoría de los espacios públicos en los que se han realizado operativos de desalojo en el año 2016 corresponden a “*espacio público recuperado*”, en los términos de la definición del artículo 12 del Decreto 098 de 2004.[\[66\]](#)

6.11. Como se ve, el Decreto creó, para la ciudad de Bogotá, una categoría especial de espacio público que denominó “recuperado” o “preservado” y que, en apariencia, sustrajo perpetuamente de la esfera de la confianza legítima de los vendedores informales. Así, la administración impuso una carga indefinida y absoluta, en cabeza de todos los ciudadanos que consiste en conocer (sin límite en el tiempo) cuáles son los sitios en donde se han desarrollado “actuaciones administrativas y judiciales” pues en ellos, aparentemente, no pueden crearse derechos constitucionales.

Esa carga es excesiva. Y lo es por cuanto una recuperación en cualquier tiempo está lejos de amparar indefinidamente una medida que restringe la vocación de generar derechos de un sitio particular. La protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos es una obligación constante del Estado, que se ejerce con la misma intensidad en todo tiempo. Por lo tanto, no encuentra la Sala cómo puede el Estado amparar el uso de la fuerza policiva sin advertencia y sin la puesta en marcha de propuestas productivas en los términos en que así lo ha requerido la jurisprudencia, amparándose en que mucho tiempo antes se haya hecho un operativo policial para “recuperar” una porción del espacio público.

6.12. No es la primera vez que la Corte Constitucional revisa casos de vendedores informales que operan en espacios públicos supuestamente recuperados. Al respecto, varias salas de revisión de la Corte Constitucional se han pronunciado sobre solicitudes de protección de los derechos fundamentales de personas ubicadas en sitios que han sido catalogados por administraciones municipales como “espacio público recuperado”. Recientemente, por ejemplo, la Corte se refirió al caso de un grupo de trabajadoras sexuales que fueron retenidas en un operativo policial con base en el concepto de espacio público recuperado. Además de reprochar el a todas luces inaceptable uso del concepto de vendedor informal aplicado a una trabajadora sexual, la Corte afirmó que “*el despliegue de la actividad de policía, con base en criterios discriminatorios como una forma de perfilamiento, para limitar la circulación en una zona de la ciudad de personas que hacen parte de un grupo vulnerable, comprende una violación de los derechos fundamentales y está prohibido por la Constitución.*”[\[67\]](#)

6.13. También en las sentencias T-940 de 2011[\[68\]](#) y T-607 de 2015[\[69\]](#) la Corte se había manifestado de manera particular sobre la violación de derechos de vendedores informales que ocupaban espacio público que la administración municipal consideraba “recuperado”. Al respecto, dijo una de esas providencias:

“De tal manera, es claro que si bien la administración debe preservar el respeto al espacio público, ello no significa que de manera desproporcionada se puedan adoptar medidas en contra de las personas que, a falta de otra posibilidad de pervivencia para ellas y sus familias, se han visto en la necesidad de ubicarse en espacios que pertenecen a la comunidad.

En consecuencia, las autoridades encargadas de dar aplicación a las políticas de preservación del interés general, deben velar por minimizar el daño que eventualmente se cause a los habitantes afectados con las órdenes de desalojo, para lo cual se desarrollarán programas especiales de atención a la población que, sufriendo desplazamiento masivo, pobreza, indigencia, etc., y a falta de opción distinta, se ve obligada a utilizar el espacio colectivo, único a su alcance.”[\[70\]](#)

6.14. Teniendo en cuenta esos antecedentes, la Sala encuentra conveniente anotar que el concepto de “espacio público recuperado” tiene la vocación, en casos muy particulares, de deshacer los presupuestos de confianza legítima que permiten en ocasiones la protección de derechos fundamentales de los vendedores informales. Sin embargo, no puede entenderse, como parece interpretarlo el IPES en la respuesta que remitió al Despacho del Magistrado Sustanciador durante el proceso, que sea constitucionalmente aceptable suponer que el haber desarrollado un operativo de desalojo en cualquier momento en el tiempo, simplemente excluye ese espacio de la posibilidad de ser escenario de ejercicio de una actividad de un vendedor informal. En primer lugar, desde el punto de vista de la confianza legítima, se recalca que la recuperación del espacio público es una operación administrativa compleja, que no termina solamente con el desalojo. Dentro de esa lógica, cuando la administración ha recuperado una porción del espacio público, y permite el reasentamiento pacífico y con vocación de permanencia del grupo desalojado, o de otro grupo de vendedores informales, no está haciendo cosa diferente que reconfigurando su confianza legítima y con ello asume las mismas cargas de reubicación que tuvo que haber cumplido en la primera reubicación. No es posible para esta Corte dar en abstracto un criterio único, por lo que corresponderá al juez de tutela analizar cada caso concreto y valorar esa circunstancia. Dicho eso, en todo caso, la Sala anota que la confianza legítima es solamente una de las aristas del concepto más amplio y comprensivo del derecho al debido proceso. En ese orden de ideas, la no configuración de un escenario en el que se pueda demostrar la existencia de confianza legítima no es, por sí mismo, un hecho que libere a las autoridades de responsabilidades frente a la especial protección de los vendedores informales. Por esa razón, incluso en los casos en que no esté presente el elemento de confianza legítima, el Estado tiene el deber de proteger el debido proceso de los vendedores informales y ellos tienen la opción de solicitar la protección de ese derecho fundamental.

7. La protección de los derechos al trabajo y al mínimo vital de los sujetos de especial protección constitucional

7.1. En el pasado, la Corte Constitucional ha determinado que el deber estatal de recuperar el espacio público también está sujeto al límite que imponen los derechos al trabajo y al mínimo vital de los sujetos de especial protección constitucional que se ven afectados por tales intervenciones. En esos casos, cuando al vendedor informal *“lo privan de su única fuente lícita de ingresos sin ofrecerle alternativas laborales o de reubicación, le están imponiendo una barrera irrazonable para procurarse autónomamente su mínimo existencial. En contextos de pobreza, desigualdad en el acceso a los recursos económicos y desempleo, a las personas las hacen ver obligadas a ocupar el espacio público para ejercer la venta informal de productos como único medio de subsistencia en condiciones dignas, por lo que arrebatárselos sin consideración alguna hacia sus circunstancias particulares es contrario a la Constitución.”*[\[71\]](#)

7.2. Al respecto, la Sala reitera en este caso la regla largamente contenida en la jurisprudencia, según la cual el Estado, al momento de hacer desalojos de personas dedicadas al comercio informal *“tiene la obligación de crear una política de recuperación de las áreas comunes proporcional y razonable, que además contenga alternativas económicas adecuadas que se compadezcan con las circunstancias particulares de los afectados. De no adoptarse dicha política, el juez constitucional está en la obligación de amparar los derechos fundamentales, y ordenar que se inscriba al afectado o los afectados a un programa de reubicación o de oferta de empleo.”* [72]

8. El enfoque diferenciado de las decisiones que cobijan a miembros de comunidades indígenas

8.1. Otro aspecto en el que la jurisprudencia constitucional ha sido consistente, es en la forma en que ha ordenado a las entidades del Estado proveer la protección constitucional para efectos de proceder con los procesos de recuperación de bienes del Estado que han sido ocupados por vendedores informales. En primer lugar, la jurisprudencia ha sido reiterada en afirmar que la protección constitucional no puede consistir en ordenar restituir las cosas a su estado anterior, pues con ello se estaría desconociendo absolutamente el derecho que le asiste a la comunidad de que los bienes que pertenecen al Estado no sean invadidos. [73] Por lo tanto, la regla de derecho que se ha construido con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, establece que al momento de hacer la reubicación policiva de un vendedor informal, el Estado asume la carga de localizarlo en un sitio cuyo esquema y régimen de propiedad permita el desarrollo de la actividad comercial informal sin que el vendedor tenga el temor de ser desalojado de nuevo.

8.2. Sin embargo, la Sala encuentra que hay casos en donde acoger la orden que se deriva de una lectura simple de la jurisprudencia constitucional, implicaría dar al destinatario del amparo una protección incompleta que no recoja todas las características subjetivas que se han puesto en conocimiento del juez constitucional. Así, por ejemplo, cuando el peticionario acredita que además de la calidad de vendedor informal tiene otra u otras características que eventualmente lo harían sujeto de especial protección constitucional, entonces la orden que en su momento dé el juez constitucional debe recoger esas características.

8.3. En el caso de miembros de las comunidades indígenas, como la accionante, la Corte ha dictado una amplia jurisprudencia con respecto al enfoque diferencial que debe asumir el juez constitucional a la hora de evaluar las situaciones de hecho que afecten a dichos miembros.

8.4. Con respecto al enfoque diferencial de trato de los miembros de las comunidades indígenas, la Corte ha afirmado que:

*“El enfoque diferencial como desarrollo del principio de igualdad, en tanto trata diferencialmente a sujetos desiguales, busca proteger a las personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta, de manera que se logre una verdadera igualdad real y efectiva, con los principios de equidad, participación social e inclusión. Dentro del enfoque diferencial, se encuentra el enfoque étnico, el cual tiene que ver con la diversidad étnica y cultural, de tal manera que teniendo en cuenta las particularidades especiales que caracterizan a determinados grupos étnicos y el multiculturalismo, se brinde una protección diferenciada basada en dichas situaciones específicas de vulnerabilidad, que en el caso de las comunidades étnicas, como lo son las comunidades indígenas, afro, negras, palanqueras, raizales y Rom, se remontan a asimetrías históricas. Dicho principio, permite visibilizar las vulnerabilidades y vulneraciones específicas de grupos e individuos, por lo que partiendo del reconocimiento focalizado de la diferencia se pretenden garantizar los principios de igualdad, diversidad y equidad.”* [74]

8.5. Con respecto a las características que debe tener una medida de protección emanada bajo el enfoque diferencial, la Corte ha afirmado que:

*“Un enfoque diferencial bajo tales circunstancias, ha de tener en cuenta no sólo el respeto por la identidad cultural y con ello la protección de tradiciones, usos y costumbres ancestrales de los pueblos indígenas. Debe*

reparar también en la situación peculiar de desventaja histórica en la que estas minorías se han encontrado y aún se hallan. Lo anterior tanto más cuanto el fenómeno de desplazamiento forzado ha impuesto a los pueblos indígenas una carga especialmente onerosa. Sus territorios suelen ser invadidos por los actores del conflicto sin respetar la neutralidad que estos pueblos han adoptado. De otra parte, cada vez que los grupos indígenas intentan llamar la atención de manera pacífica respecto de su especial situación de indefensión recae sobre ellos la sospecha y el estigma de encubrir intereses subversivos. Sus marchas, entonces, se descalifican y sus pedidos se mantienen en el olvido.”<sup>[75]</sup>

8.6. En esas circunstancias, encuentra la Sala, una medida de protección a un vendedor informal que además tenga la condición de indígena, tiene que responder al criterio diferencial de multiculturalidad para poder ser constitucionalmente aceptable. Bajo ese criterio, la administración debe proveer no solamente un plan de reasentamiento en un lugar donde no se corra el riesgo de desalojo policivo posterior. Ese reasentamiento debe también permitir al vendedor el ejercicio de la misma labor comercial que venía desarrollando, en condiciones que sean respetuosas de las tradiciones y saberes ancestrales de su comunidad. Para el efecto, las entidades encargadas de proyectar, evaluar, socializar e implementar dichas medidas de protección, deben conformar los equipos multidisciplinarios necesarios que permitan la evaluación precisa de esas tradiciones y saberes y redunden, por lo tanto, en que el reasentamiento cumpla verdaderamente con los deberes constitucionales de respeto a la multiculturalidad.

[...]

### III. DECISIÓN

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, se encuentra que un municipio (el Distrito Capital de Bogotá) y un establecimiento público de ese municipio, cuya función es definir, diseñar y ejecutar programas dirigidos a otorgar alternativas para los sectores de la economía informal a través de la formación de capital humano, el acceso al crédito, la inserción en los mercados de bienes y servicios y la reubicación de las actividades comerciales o de servicios del sector de la economía informal,<sup>[97]</sup> y que está dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal (el IPES), sí vulneran los derechos al trabajo, al mínimo vital, a la vida digna y al debido proceso de una trabajadora informal que a su vez es madre cabeza de familia y miembro de una comunidad indígena, cuando proceden con la ejecución de una diligencia policiva de desalojo y limitan su actuación a mantener su inscripción en un registro de vendedores informales, argumentando el cumplimiento de un deber constitucional y legal, a pesar de que (i) dicha actividad es su única fuente de ingresos, (ii) ha estado inscrita como vendedora informal por más de doce años, y (iii) no le han ofrecido ningún programa de reubicación, habiéndole informado verbalmente que acceder a un programa de esa naturaleza puede tomarse entre tres y cinco años, a pesar de haberse comprometido una de esas entidades a vincularla a uno de esos programas mediante un acta de conciliación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

**Primero.- REVOCAR** los fallos proferidos, por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá (de fecha 13 de julio de 2016) y por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, (de fecha 12 de agosto de 2016) que negaron la acción de tutela presentada, dentro del proceso de la referencia, por Blanca Cristina Amaguaña Maldonado contra el Instituto para la Economía Social –IPES- y la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. En su lugar, **CONCEDER** la tutela de los derechos al trabajo y al mínimo vital en dignidad de la accionante.

**Segundo.- ORDENAR** a la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y al Instituto para la Economía Social –IPES- que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, procedan a verificar la situación personal, familiar, social y económica de Blanca Cristina Amaguaña Maldonado y le ofrezcan, en el término de diez (10) días hábiles, una alternativa económica, laboral o de reubicación de su oficio de vendedora informal en la que se tenga presente (i) su condición de madre cabeza de familia (ii) su condición de miembro de la comunidad indígena Kiwcha en el marco del principio de respeto por la diversidad cultural de la accionante y su grupo familiar a cargo.

**Tercero.- SOLICITAR** a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla que incorpore las subreglas de derecho sobre obligaciones de protección de vendedores informales decantadas por la Corte Constitucional, en el plan de estudios de los programas académicos que componen el Plan de Formación de la Rama Judicial, si aún no lo ha hecho.

**Cuarto.- COMUNICAR** la presente decisión a la Defensoría del Pueblo Regional Bogotá, para que realice el seguimiento al cumplimiento de las decisiones contenidas en el presente fallo, y si lo considera pertinente, informe a las autoridades y al Juez de instancia sobre las dificultades que su ejecución conlleve.

**Quinto.- EXHORTAR** a la Secretaría de Integración Social del Distrito Capital de Bogotá para que cumpla estrictamente con las fechas periódicas de entrega de los alimentos correspondientes al programa “Canasta Indígena”.

**Sexto.- LIBRAR** las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes –a través del Juez de tutela de instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

AQUILES ARRIETA GÓMEZ  
Magistrado (e)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA  
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS  
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ  
Secretaria General”

Corte Constitucional de Colombia  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-067-17.htm>  
(3 de febrero de 2017)

[Volver al índice](#)

D. Decreto N°36 de 9 de junio de 2017 "Por el cual se hace entrega simbólica del Municipio de Yopal al Señor Jesucristo"

DECRETO



100.24 -

DECRETO No. 036 DE 09 JUN 2017

**POR EL CUAL SE HACE ENTREGA SIMBÓLICA DEL MUNICIPIO DE YOPAL AL SEÑOR JESUCRISTO.**

**LA ALCALDESA DEL MUNICIPIO DE YOPAL,**

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales.

**CONSIDERANDO**

Que Dios es nuestro padre y creador, que ha conferido toda autoridad a su hijo JESUCRISTO, y que su Iglesia ejerce esa autoridad y gobierno por su palabra y la dirección del Espíritu Santo. (Juan 14:17-26; hechos 17: 24 – 26; Efesios 1:20-23; Daniel 7; 14; Mateo 18:20. Que el Señor JESUCRISTO a través de las escrituras estableció autoridades superiores (Romanos 13.1).

Que todo Gobernante instituido por la voluntad de DIOS tiene el deber de velar en primer lugar por el bienestar espiritual de sus gobernados y propender por la salvación de su pueblo en búsqueda del reino de DIOS y su justicia (Mateo 6-33).

Que la comunidad de Yopal a través de su gobernante anhela la salvación de su alma y que el Señor JESUCRISTO more en el corazón de cada habitante de nuestro Municipio.

Por las anteriores consideraciones

**DECRETA**

ARTICULO PRIMERO: Hacer entrega simbólica de las llaves del Municipio de Yopal a JESUCRISTO "Para que su reino de paz y bendición sea establecido"

ARTICULO SEGUNDO: Humildemente rogar a DIOS que entre a este Municipio y lo haga su morada, dando la bienvenida al Señor JESUCRISTO, al hogar que nos dio como casa, para que habite en ella por siempre y hasta el fin de los siglos amen.

ARTÍCULO TERCERO: Hacer entrega simbólica de las llaves de este Municipio a los niños como si se les entregaran al Señor JESUCRISTO DIOS del cielo y la tierra.

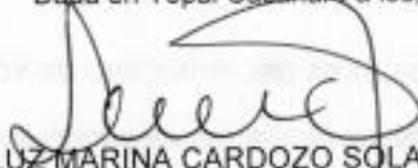


**DECRETO**

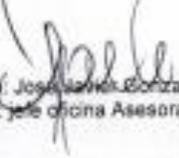
ARTICULO CUARTO: Colocar este decreto en lugar visible y de honor donde funciona la Alcaldía Municipal de Yopal.

**PUBLIQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Yopal Casanare a los, 09 JUN 2017

  
LUZ MARINA CARDOZO SOLANO  
Alcaldesa Municipal.

  
Revisó: Juan Carlos Suárez  
Cargo: jefe oficina asesora de Planeación

  
Revisó: José María González Gil  
Cargo: jefe oficina Asesora Jurídica

  
Elaboró: José María González Gil  
Cargo: jefe oficina Asesora Jurídica

Alcaldía de Yopal-Casanare

<http://yopal-casanare.gov.co/apc-aa-files/38336239393262616235333063343464/036-decreto-por-el-cual-se-hace-entrega-simblica-del-municipio-de-yopal-al-seor-jesucristo..pdf>

(9 de junio de 2017)

[Volver al índice](#)

E. Comunicado de la Conferencia Episcopal de Colombia manifestando su rechazo a los mensajes difundidos por el canal de señal abierta “Teleamiga” respecto de la legitimidad del Papa, la Eucaristía y otros aspectos de la Iglesia Católica



N° 002

*Conferencia Episcopal de Colombia*

### COMUNICADO

Los obispos católicos de Colombia, cumpliendo la misión de guiar a los hermanos que el Señor nos ha confiado, queremos ofrecer a nuestros fieles y a las personas de buena voluntad una palabra en torno a los mensajes que se vienen difundiendo en el canal Teleamiga y particularmente en su programa “Un Café con Galat”, que se emite semanalmente.

1. Es fundamento de la fe católica el amor y la adhesión al legítimo Sucesor del Apóstol Pedro, hoy el Papa Francisco. Los obispos renovamos de corazón nuestra unión con el Santo Padre y acogemos con filial disposición su Magisterio y su pastoreo. Por eso, nos duele que el mencionado programa, con argumentos superficiales y nocivos, pretenda sembrar en el pueblo creyente actitudes de distanciamiento y de duda frente a la validez del Pontificado del Papa Francisco.
2. Obispos, sacerdotes y laicos, en repetidas ocasiones, a lo largo de varios años, hemos acudido a la vía del diálogo, manifestando nuestra disposición para un discernimiento con el director del mencionado programa sobre los temas que trata y las consecuencias que producen. Hemos mantenido la esperanza de que el canal se orientara a ser un medio para la formación cristiana de tantas personas. Sin embargo, no ha sido posible un acercamiento sereno y fecundo, ni se ha dado un cambio de actitud.
3. La Conferencia Episcopal reitera que el canal Teleamiga no representa ni refleja la enseñanza de la Iglesia católica; por tanto, no puede autodenominarse “canal católico”. Fundamentados en el Derecho Canónico, señalamos que, al rechazar la sujeción al Papa y al herir gravemente la comunión de la Iglesia, se incurre en un cisma y se induce a otras personas a caer en él (cfr. can. 751).
4. Pedimos a quienes participan en otros espacios del canal, aun con la intención de servir a la evangelización, a dejar esta colaboración por la confusión que suscita en el pueblo creyente, dada la línea de pensamiento falsa y dañina que

ha asumido Teleamiga. De modo particular, exhortamos a sacerdotes y religiosos a cesar todo tipo de apoyo al canal, pues hacerlo reviste una gravedad mayor dada su vocación y constituye una evidente desobediencia a la Iglesia (cfr. cans. 754; 1373).

5. En consecuencia, es un absoluto contrasentido que el canal Teleamiga siga transmitiendo la celebración de la Eucaristía y que en sus instalaciones se tenga el Santísimo Sacramento. A este respecto, el Derecho Canónico también estipula las medidas pertinentes.
6. A los fieles que sintonizan el canal Teleamiga con el recto deseo de encontrar alimento para su fe, los invitamos a discernir bajo la luz del Espíritu Santo los contenidos que reciben, a oponerse a aquello que los aparta de la unidad con el Papa y con la Iglesia, en fin, a abstenerse de ver estos programas y a acudir a otros medios que aseguran el cuidado de la sana doctrina católica y la sintonía con el Magisterio de la Iglesia.
7. Rechazamos los pronunciamientos que, inescrupulosamente, personas o instituciones han hecho en las redes sociales haciéndose pasar por representantes de la Conferencia Episcopal. No es cierto, como han afirmado otros, que la Conferencia Episcopal de Colombia haya instaurado acción alguna ante la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) con la intención de que retire el canal Teleamiga del aire.
8. Sea éste un llamado para que el pueblo católico colombiano, como una sola familia, se empeñe seriamente en formarse en su fe y se prepare para recibir con alegría y provecho al Papa Francisco en su próxima visita a nuestra nación, lo acoja como Padre y lo escuche con docilidad de corazón.

+   
+ Oscar Urbina Ortega

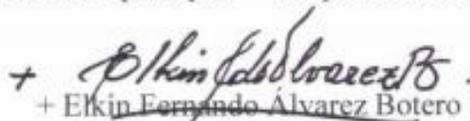
Arzobispo de Villavicencio

Presidente de la Conferencia Episcopal

+   
+ Ricardo Tobón Restrepo

Arzobispo de Medellín

Vicepresidente de la Conferencia Episcopal

+   
+ Elkin Fernando Álvarez Botero

Obispo auxiliar de Medellín

Secretario General de la Conferencia Episcopal de Colombia

Conferencia Episcopal Colombiana

<https://www.cec.org.co/sites/default/files/2017%20ComTeleamiga.pdf>

(25 de julio de 2017)

## F. Respuesta del canal de señal abierta “Telemiga” al comunicado de la Conferencia Episcopal reafirmando el contenido de los mensajes sobre la Iglesia Católica difundidos por la señal

### “RESPUESTA DE TELEAMIGA A LA CONFERENCIA EPISCOPAL”

“Cordialmente nos permitimos compartir a la opinión pública la respuesta al comunicado de la Conferencia Episcopal con fecha del 25 de julio de 2017:

1. Si bien es cierto que un católico debe tener amor y adhesión al LEGÍTIMO sucesor del apóstol Pedro, nos preguntamos si deben darse a un Papa no elegido por Dios, sino por los hombres y peor aún por una “mafia de cardenales”, expresión cínica que empleó el líder de la misma Card. Godfried Dannels, quien con desparpajo declaró públicamente que esta mafia determinó la renuncia de Benedito XVI y puso en el papado a Francisco. Esto muestra claramente que quien figura como pontífice actual, mal pudo haber sido elegido por el Espíritu Santo, y que su elección fue obra de una mafia politiquera y corrupta de cardenales. No lo dice José Galat, lo dice el propio Cardenal Dannels quien descaradamente lo afirmó como se puede corroborar en diferentes fuentes:

- <https://www.youtube.com/watch?v=N3rvrNRcyeI> (UN CAFÉ CON GALAT – ¿PORQUE CRITICAMOS AL PAPA FRANCISCO?) <https://www.youtube.com/watch?v=iTjkKS38y-I> (UN CAFE CON GALAT – ¿NO SON CATÓLICOS TELEAMIGA Y GALAT POR DEFENDER LA FE?) <http://www.ncregister.com/blog/edward-pentin/cardinal-danneels-part-of-mafia-club-opposed-to-benedict-xvi> (Cardinal Danneels Admits to Being Part of ‘Mafia’ Club Opposed to Benedict XVI)
- <https://www.youtube.com/watch?v=DxVVrdXaJoA> (mafia de Cardenales)
- <http://www.outono.net/elentir/2015/09/27/el-cardenal-danneels-admite-formar-parte-de-una-mafia-progresista-en-la-iglesia-catolica/>(El cardenal Danneels admite formar parte de una ‘mafia’ progresista en la Iglesia Católica)
- <https://gloria.tv/article/kC4W8mgduH4t4ZwvbvHdymDkz>(<https://gloria.tv/article/kC4W8mgduH4t4ZwvbvHdymDkz>)
- <https://www.eldiario24.com/nota/mafia/389715/cardenal-revelo-mafia-buscaba-reemplazar-benedicto-xvi-francisco.html>(Un cardenal reveló a la mafia que buscaba reemplazar a Benedicto XVI por Francisco)
- <http://www.hispanTV.com/noticias/europa/58849/iglesia-catolica-mafia-cardenal-danneels-papa-francisco-benedicto-xvi> (Cardenal belga admite su papel en una ‘mafia’ para dirigir la Iglesia católica)
- <http://infocatolica.com/?t=noticia&cod=24945> (El cardenal Danneels admite haber sido parte de un grupo de presión para elegir Papa)

2. La elección anticanónica de Francisco, señala su indudable ilegitimidad de origen, a la cual se añadió después una ilegitimidad de ejercicio por enseñar doctrinas contrarias a la fe católica. Algunos ejemplos significativos lo muestran:

- Según Francisco, todo el mundo se salva cumpla o no los mandamientos, lo cual contradice abiertamente lo afirmado por Jesús “Muchos son los llamados pocos los escogidos” (Mateo 22, 14).
- Que el proselitismo es una tontería y que el que lo hace comete una injusticia, cuando por el contrario Cristo dice a sus discípulos “Vayan y hagan DISCÍPULOS a todas las gentes bautizándolas en el nombre del Padre del Hijo y del Espíritu Santo” (Mateo 28; 19).
- Que pueden comulgar los adúlteros en ejercicio, cuando San Pablo advierte “Por eso, el que coma el pan o beba la copa del Señor indignamente tendrá que dar cuenta del Cuerpo y de la Sangre del Señor” (1 Corintios 11; 27).

Ejemplos hay muchísimos más, los cuales he estado señalando en mis programas de Telemiga.

3. Ahora bien, por estar defendiendo la fe de la de la Iglesia frente a las insensateces del que figura como pontífice, algunos quieren señalar como canal no católico, al que defiende la fe católica. Y con esto incurren las directivas de la Conferencia en un gran contrasentido, dando a entender que somos cismáticos los que defendemos la fe, cuando es exactamente lo contrario, porque atacar esas verdades pone al que lo hace fuera de la Iglesia, y es ese el que se constituye en cismático y apostata.

4. “Falso y dañino” es el silencio de los que llamados a defender la fe no lo hacen por complicidad o por cobardía y quieren ensañarse inútilmente contra Telemiga, que si lo hace.

Muy respetuosamente retamos al Episcopado Colombiano a que responda y contra-argumente con pruebas bíblicas y del magisterio tradicional de la Iglesia, cuáles son nuestros supuestos errores que han causado su “superficial y nociva” ira.

5. En conclusión nosotros y el país entero requerimos una respuesta ¿Por qué persiguen a quienes defienden la fe de La Iglesia?

#### **JOSÉ GALAT**

Presidente Canal Telemiga”

Canal TeleAmiga

<http://telemiga.tv/website/respuesta-de-telemiga-a-la-conferencia-episcopal/>

(25 de julio de 2017)

[Volver al índice](#)

## Nicaragua

A. Proyecto de Ley que reforma la Ley 641 del Código Penal que agrega artículo 140 Bis. sobre Asesinato Agravado, incluyendo la penalización por por motivos de fanatismo religioso (selección)<sup>24</sup>

“Ley de Reforma a la Ley No. 641, “Código Penal”, a la Ley n. 779, “Ley integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la Ley No. 641, Código Penal y a la Ley No. 406, “Código Procesal Penal”

“[...]

**Artículo Segundo.** Adición de un nuevo artículo a la Ley No. 641. Adiciónese un nuevo artículo después del Artículo 140 de la Ley No. 641, Código Penal, numerado 140 bis, el que se leerá así:

### “Art. 140 Bis. Asesinato Agravado

Se le impondrá una pena de veintitico a treinta años de prisión, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- 1) Cuando concurren dos o mas de las circunstancias señaladas en el articulo anterior;
- 2) Asfixia, incendio, explosión o veneno;
- 3) Flagelación, mutilación o descuartizamiento en el cadáver de la víctima
- 4) En presencia de niño, niña o adolescente;
- 5) Cuando la víctima sea niño, niña o adolescente;
- 6) Cuando la persona sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad o discapacidad física o psíquica para resistir, o se trata de una mujer embarazada o persona mayor de 65 años de edad;
- 7) El hecho sea cometido por miembros de grupo delictivo organizado o banda organizada nacional o internacional, salvo que concurra al delito de crimen organizado, o asociación para delinquier;
- 8) Que el hecho sea cometido como resultado de ritos grupales, creencias o fanatismo religioso.”

Asamblea Legislativa Gobierno de Reconciliacion y Unidad Nacional de Nicaragua

<http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Iniciativas.nsf/F83D1B6D44C339A406258133005BC558/%24File/Iniciativa%20d%20Ley%20d%20Reforma%20al%20C%C3%B3digo%20Penal....pdf?Open>

(29 de mayo de 2017)

[Volver al índice](#)

---

<sup>24</sup> Solo se incluyen las modificaciones al Código Penal en el artículo referido a Asesinato Agravado.

## Perú

### A. Comunicado de la Pontificia Universidad Católica del Perú en que da a conocer la decisión final de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso de amparo de la Universidad y el Arzobispado por los derechos sobre los bienes de la entidad

“Corte Superior de Justicia de Lima reafirma que el Arzobispado de Lima no tiene derecho alguno sobre los bienes”

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima dictó la sentencia final en el proceso de amparo seguido entre la PUCP y el Arzobispado, y se ha confirmado que este último no tiene ningún derecho sobre los bienes de la Universidad, por tanto, se estableció que tampoco puede inscribir limitación alguna a la propiedad de la PUCP ante los registros públicos.

El Arzobispado había inscrito tales limitaciones en los registros de todos los bienes de la Universidad hace aproximadamente un lustro. Arbitrariamente, había limitado la propiedad de los bienes adquiridos por herencia de don José de la Riva Agüero y, también, de todos los otros bienes adquiridos por la comunidad universitaria después de su muerte. Esta sentencia establece definitivamente que todo ello es ilegal. Todas nuestras propiedades pueden ser administradas autónomamente por los órganos de gobierno universitarios.

Según la **resolución N° 10-II (Expediente N° 06539-2011-0-1801-JR-CI-09)**, emitida por la **Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima**, se declara “IMPROCEDENTE el pedido de Nulidad propuesto por el litisconsorte facultativo Juan Luis Cipriani Thorne”.

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

<http://puntoedu.pucp.edu.pe/noticias/corte-superior-de-justicia-de-lima-reafirma-que-el-arzobispado-de-lima-no-tiene-derecho-alguno-sobre-los-bienes/>  
(8 de junio de 2017)

[Volver al índice](#)

**B. Resolución de la Corte Superior de Justicia de Lima que confirma resolución que declaró improcedente el pedido de nulidad propuesto por el Arzobispo de Lima Juan Luis Cipriani Thorne y confirma sentencia que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por la Pontificia Universidad Católica del Perú relativa a la inscripción de bienes legados a la Universidad y las facultades Arzobispado sobre los mismos<sup>25</sup>**

**“CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Tercera Sala Civil<sup>26</sup>**

**EXPEDIENTE N° 06539-2011-0-1801-JR-CI-09**

**RESOLUCIÓN N° 10-II**

**Lima, dos de mayo**

**del año dos mil diecisiete.-**

**VISTOS: Interviniendo como Ponente el señor Rivera Quispe de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.**

CONSIDERANDO:

1.- Es materia de grado de apelación:

a) El AUTO contenido en la Resolución N° 40, de fecha 14 de abril de 2015 (fojas 973), en el extremo que declaró IMPROCEDENTE el pedido de Nulidad propuesto por el litisconsorte facultativo Juan Luis Cipriani Thorne.

b) La SENTENCIA contenida en la Resolución N° 47, de fecha 01 de octubre de 2015 (fojas 1064), que declara FUNDADA la demanda de Amparo interpuesta por el apoderado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en consecuencia, estimando la pretensión principal, Nula la Resolución N° 07 dictada en Mayoría por las Juezas Superiores Céspedes Cábala y Gallardo Neyra integrantes de la Quinta Sala Civil de Lima con la que se Revocó la Resolución N° 28 de fecha 06 de agosto de 2010 que había declarado Improcedente el pedido de inscripción registral solicitado por el señor Walter Muñoz Cho y se declaraba fundado ese pedido, ordenándose la inscripción registral solicitada por la precitada persona con su escrito de fecha 05 de junio de 2010; y, en consecuencia al acreditarse la infracción a los derechos procesales con valor constitucional de los demandantes y estimarse la pretensión principal reclamada, también Declara Fundada la pretensión accesoria y reponiéndose las cosas al estado en el que se produjo el acto lesivo, se ordena que el Colegiado de la Quinta Sala Civil de Lima, expida una nueva providencia en atención a las consideraciones expuestas en la presente resolución judicial.

**RESPECTO A LA APELACIÓN DEL AUTO: RESOLUCIÓN N° 40**

2.- No conforme, el litisconsorte facultativo, Juan Luis Cipriani Thorne, Arzobispo de Lima y Primado del Perú, interpone recurso de apelación por escrito copiado a fojas 1039, precisando los siguientes agravios:

a. El Juzgado no ha tomado en cuenta que la resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial es inimpugnable.

b. El Juzgado ha vulnerado su derecho de defensa, pues ha resuelto el recurso de nulidad interpuesto por la Pontificia Universidad Católica del Perú, sin haberle corrido traslado del mismo.

---

<sup>25</sup> La sentencia se encuentra disponible en la página web del Centro, pinchando este [link](#)

<sup>26</sup> Las citas del documento original han sido omitidas.

c. El Juzgado no ha valorado que en el supuesto negado que el Juzgado ampare la demanda planteada en este proceso, resulta evidente que sus efectos recaerán contra su persona, en tanto que fue él quien designó al señor Walter Arturo Muñoz Cho como miembro de la Junta Administradora de los bienes legados por don José de la Riva Agüero y Osma, al amparo del testamento ológrafo de fecha 1 de setiembre de 1938.

**3.-** Absolviendo de manera conjunta los agravios esbozados en el anterior considerando, es menester citar algunos actos procesales acaecidos en el proceso:

- El presente caso versa sobre un proceso de Amparo, interpuesto por la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante PUCP), contra el Procurador Público del Poder Judicial y otros, a efecto que se declare la Nulidad de la Resolución N° 07 del 31 de enero de 2011, emitida por la Quinta Sala Superior de Lima, en mayoría, que Revocó la Resolución N° 28 del 06 de agosto de 2010 y Reformándolo declaró fundado el pedido del señor Walter Arturo Muñoz Cho respecto a la inscripción de la sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de marzo de 2010, en las partidas registrales de los inmuebles de propiedad de la PUCP.

- Mediante Resolución N° 36 de fecha 16 de setiembre de 2014 (fojas 938), se Resolvió Admitir al proceso el apersonamiento de Juan Luis Cipriani Thorne, Arzobispo de Lima y Primado del Perú, incorporándolo a los presentes autos como litisconsorte necesario.

- Por escrito de fecha 26 de setiembre de 2014 (fojas 942), la demandante PUCP dedujo la nulidad de la citada Resolución N° 36.

- Mediante Resolución N° 37 de fecha 20 de marzo de 2015 (fojas 948), se declaró Fundada en parte la nulidad promovida por la demandante y, en consecuencia, se declaró la Nulidad de la Resolución N° 36, sólo en el extremo en el que se incorpora al proceso a Juan Luis Cipriani Thorne, Arzobispo de Lima y Primado del Perú, como litisconsorte necesario; disponiéndose que la intervención litisconsorcial de la precitada autoridad eclesiástica es como litisconsorte facultativo y en el estado en el que se encuentra el proceso.

- Por escrito de fecha 09 de abril de 2015 (fojas 966), Juan Luis Cipriani Thorne, Arzobispo de Lima y Primado del Perú, formuló la Nulidad de la Resolución N° 37, alegando que se vulneró el artículo 54 del Código Procesal Constitucional (alegando que la resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial es inimpugnable), que el Juzgado no le permitió ejercer su derecho de defensa (al no haberle corrido el traslado del recurso de nulidad planteado por la PUCP) y al adolecer de debida motivación.

- Mediante Resolución N° 40, de fecha 14 de abril de 2015 (fojas 973), se declaró Improcedente el pedido de Nulidad promovido por Juan Luis Cipriani Thorne, Arzobispo de Lima y Primado del Perú (resolución apelada).

**4.-** De lo expuesto y advertido, este Colegiado debe determinar si la Resolución N° 40, que desestimó la nulidad formulada por Juan Luis Cipriani Thorne, Arzobispo de Lima y Primado del Perú, se encuentra (o no) conforme a derecho.

**5.-** En ese sentido debemos señalar que para la declaración de la Nulidad de un (os) acto (s) procesal (es), es requisito indispensable la acreditación de la existencia de un perjuicio cierto é irreparable al interesado con el acto procesal viciado y, la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado, tal como lo reza el artículo 174 del Código Procesal Civil, que precisa lo siguiente: “Quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido”.

**6.-** Ahora bien, debe acotarse que nos encontramos ante una demanda de Amparo contra Resolución Judicial emitida en un proceso, en el que las partes, únicamente, fueron la PUCP y el señor Walter Arturo Muñoz Cho y

en el que las Magistradas que dictaron la Resolución Judicial cuestionada, son las señoras Juezas Superiores integrantes de la Quinta Sala Civil de Lima, doctoras Doris Mirtha Céspedes Cabala y María del Carmen Gallardo Neyra. En ese sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente a este caso, la decisión a recaer en el presente proceso afecta de manera uniforme a las precitadas personas y solo será válidamente emitida si todos éstas comparecen o son emplazadas, no siendo el caso de Juan Luis Cipriani Thorne, Arzobispo de Lima y Primado del Perú, quien no fue parte procesal de dicho proceso, por lo que debe intervenir en calidad de listisconte facultativo.

**7.-** Por otra parte, si bien es cierto, mediante la Resolución apelada se declaró Fundada en parte la Nulidad deducida por la PUCP, contra la Resolución N° 36 (que incorporó primigeniamente a Juan Luis Cipriani Thorne, Arzobispo de Lima y Primado del Perú, en calidad de litisconsorte necesario), sin haber corrido traslado de la misma al recurrente, también lo es que, el Juez dentro del marco de la garantía constitucional referida a la observancia del debido proceso, tenía el deber de cautelar la pureza del procedimiento, al margen que sea peticionado o no por alguna de las partes, puesto que en aplicación del Principio de Plenitud, está facultado a revisar el trámite del proceso en su integridad a fin de conocer y subsanar los vicios o errores incurridos en este, teniendo en consideración que las disposiciones contenidas en la ley procesal son de carácter imperativo, conforme a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, por lo que dicha circunstancia (no haber corrido traslado al recurrente, la nulidad presentada por la PUCP), no puede generarle agravio alguno, pues, no le correspondía intervenir en el proceso, en calidad de litisconsorte necesario, sino como litisconsorte facultativo, al no haber intervenido en el proceso materia de cuestionamiento.

**8.-** En consecuencia, se colige que la Nulidad deducida por la parte demandada no resulta atendible, de conformidad con lo establecido en el artículo 174° del Código Procesal Civil, por cuanto no puede considerarse que el Nulidicente se encuentre perjudicado con el acto procesal viciado. Razón por la que los agravios de apelación deben ser desestimados, debiendo por tanto la apelada alcanzar su Confirmatoria.

#### **RESPECTO A LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA: RESOLUCIÓN N° 47**

**9.-** No conforme con lo decidido, la parte demandada interpone recurso de apelación, precisando los siguientes agravios:

4.1) El Procurador Público del Poder Judicial.- Mediante escrito de fojas 1129 señala que:

a) No se advirtió que el Tribunal Constitucional sí emitió pronunciamiento sobre el fondo y no como erradamente se concluye en la Sentencia materia de apelación, toda vez que desarrolla cual era la finalidad del causante y llega al razonamiento coherente y lógico que la Junta de Administración es perpetua y que como tal sus peticiones son correctas.

b) No se tuvo en consideración que la Junta de Administración tiene una posición proteccionista de la voluntad del causante, por lo tanto la inscripción de la sentencia en nada atenta contra los intereses de la PUCP.

4.2) Don Walter Arturo Moñoz Cho y Juan Luis Cipriani Thorne, Arzobispo de Lima y Primado del Perú.- Mediante escritos de fojas 1206 y 1231, respectivamente sostienen que:

a) La presente demanda debe ser declarada Improcedente, pues no agotó la vía previa respetiva, pues la Universidad sustenta este proceso en un argumento, que, tras de 13 días de haberlo presentado a través de su demanda, lo sometió también a evaluación, vía de apelación, ante el 20° Juzgado Civil de Lima.

b) La Sentencia no se pronunció respecto a lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 00322-2011-Q/TC de 21 de diciembre de 2011, vale decir, que sus sentencias y resoluciones son de obligatorio

cumplimiento no solamente en lo que refiere en su parte considerativa sino también en la fundamentación que la sustenta.

c) La Sentencia es nula, pues la argumentación que contiene supone un reexamen de los hechos resueltos por la Quinta Sala Civil de Lima, lo que se encuentra proscrito en un proceso de amparo contra resolución judicial.

d) La Sentencia incurre en error al considerar que la sentencia del Tribunal Constitucional no tiene la calidad de cosa juzgada por no contener un pronunciamiento sobre el fondo.

e) La Sentencia incurre en error al considerar que la sentencia del Tribunal Constitucional, no resulta inscribible por no encontrarse regulado tal acto en el Código Procesal Constitucional.

**10.-** Absolviendo de manera conjunta los agravios esbozados, debemos tener en cuenta que mediante escrito de fojas 161, la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), interpone una demanda de Amparo contra el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial y contra las señoras Juezas Superiores integrantes de la Quinta Sala Civil de Lima, doctoras Doris Mirtha Céspedes Cabala y María del Carmen Gallardo Neyra (posteriormente se integró a Walter Arturo Arturo Muñoz Cho, en calidad de litisconsorte necesario y a Juan Luis Cipriani Thorne, Arzobispo de Lima y Primado del Perú, en calidad de litisconsorte facultativo); peticionando lo siguiente:

**i) Pretensión Principal:**

Se declare Nula la Resolución N° 07 del 31 de enero de 2011, emitida por la Quinta Sala de la Corte Superior de Lima, en mayoría, mediante la que se Revocó la Resolución N° 28 del 06 de agosto de 2010, emitida por el Vigésimo Juzgado Civil de Lima en el proceso de Amparo seguido por la Pontificia Universidad Católica del Perú contra el señor Walter Arturo Muñoz Cho (Expediente No. 9137-2007) y Reformándolo declaró fundado el pedido del señor Walter Arturo Muñoz Cho respecto a la inscripción de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de marzo de 2010, que había declarado Infundado el Recurso de Agravio Constitucional, en las partidas registrales de los inmuebles de propiedad de la Pontificia Universidad Católica del Perú

**ii) pretensión accesoria:**

Se reponga el estado del proceso al momento anterior a la expedición de la Resolución N° 07, ordenando que la Sala Superior emita un nuevo pronunciamiento sobre el recurso de apelación interpuesto por el señor Walter Arturo Muñoz Cho contra la Resolución N° 28 del 6 de agosto de 2010.

Alega vulneración a sus derechos constitucionales: a) El derecho a no ser sometido a procedimientos distintos a los previamente establecidos por la ley; b) El derecho a obtener una resolución congruente; y, c) El derecho a la interdicción a la arbitrariedad.

**11.-** En cuanto a la alegada vulneración al derecho a no ser sometido a procedimientos distintos a los previamente establecidos por la ley.- Es menester señalar que la PUCP sostiene que en el proceso de Amparo que origina el presente proceso (seguido por la Pontificia Universidad Católica del Perú contra el señor Walter Arturo Muñoz Cho, tramitado con Expediente No. 9137-2007), la demandada Quinta Sala Civil de Lima, por Mayoría, Declaró Fundado el pedido de Walter Muñoz Cho, ordenando la inscripción registral de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de marzo de 2010, en las partidas electrónicas de los inmuebles de propiedad de la PUCP, sin advertir que dicha sentencia no reconocía derecho alguno a favor del señor Walter Arturo Muñoz Cho, ni contenía ningún mandato expreso e inequívoco que dispusiera la inscripción del mismo, ni estaba referida a actos o contratos registrales que ameriten su inscripción en los Registros Públicos.

**12.-** Al respecto, la Constitución Política del Estado reconoce el derecho a no ser sometido a procedimientos distintos a los previamente establecidos por la ley, en el numeral 3 del artículo 139º, cuando prescribe que: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

### 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser (...) , sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos (...)."

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la STC N° 0003-2005-AI/TC ha establecido en relación a dicho derecho, lo siguiente:

"141. Respecto al contenido constitucionalmente declarado de éste último derecho, el Tribunal ha destacado que (...) éste no garantiza que se respeten todas y cada una de las reglas del procedimiento que se hayan establecido en la ley, de modo que cada vez que éstas se hayan infringido sea posible, desde un punto de vista sustancial, su protección en sede constitucional. En la STC 2928-2002-HC/TC, en efecto, precisamos que éste "no protege al sometido a un procedimiento por cualquier transgresión de ese procedimiento, sino sólo vela porque las normas de procedimiento con las que se inició su investigación, no sean alteradas o modificadas con posterioridad" (fundamento 3). (...)

142. La cuestión de cuándo la aplicación de una modificación legislativa a las reglas del proceso judicial puede devenir en arbitraria, por irrazonable o desproporcionada, es una que este Tribunal se ha negado a establecer en abstracto y con carácter general; y ha reclamado, en cambio, la necesidad de realizar un análisis en función de cada caso concreto. Aún así, ha recordado también que al encontrarse garantizado el hecho de que una persona sea sometida a un proceso bajo reglas procesales previamente determinadas, dicho derecho: "(...) proscrib[e] (...) que una persona pueda ser juzgada bajo reglas procesales ad hoc o dictadas en atención a determinados sujetos procesales[28]."

Asimismo, el acotado Supremo Intérprete de la Constitución en la STC N° 02730-2006-PA/TC ha precisado que:

"En efecto, el artículo 139° 3 de la Constitución ha reconocido el derecho de toda persona a no ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos. Dicho precepto reconoce un derecho subjetivo a lo que podría denominarse una "razonable inmutabilidad de las reglas procedimentales", en salvaguarda de la expectativa formada por el justiciable al inicio del proceso".

**13.-** En ese sentido, la vulneración del derecho a no ser sometido a procedimientos distintos a los previamente establecidos por la ley se producirá cuando se haya modificado o alterado las reglas procedimentales al que se encontraba sujeto el justiciable, con posterioridad al inicio del proceso. Dicha modificación a las reglas procedimentales será analizada caso por caso.

**14.-** Ahora bien, de la lectura del expediente se advierte los siguientes hechos acaecidos en el proceso de cuestionado:

· La Pontificia Universidad Católica del Perú (también demandante en este proceso) interpuso demanda de Amparo contra el señor Walter Arturo Muñoz Cho (fojas 10), en calidad de miembro de la Junta Administradora de los bienes que don José de la Riva Agüero y Osma dejó a la PUCP, en herencia, a efecto que:

- Se ordene al demandado se abstenga de intervenir directamente o indirectamente en el ejercicio del pleno derecho de propiedad de la PUCP sobre los bienes que le transmitió, vía sucesoria, don José de la Riva Agüero y Osma.

- Se ordene al demandado se abstenga de pedir, directa e indirectamente, la revisión del Acuerdo de la Junta Administradora de fecha 13 de julio de 1994.

Alegó la vulneración a su derecho de propiedad, inmutabilidad de acuerdos y autonomía universitaria.

· Planteada así la demanda, el Vigésimo Juzgado Civil de Lima, mediante Sentencia de fecha 22 de octubre de 2007 (fojas 41), declaró Improcedente la demanda, al no haberse demostrado fehacientemente la existencia de amenaza cierta e inminente a los derechos constitucionales invocados.

- Apelada que fue la Sentencia, la Octava Sala Civil de Lima, mediante Sentencia de Vista, en Discordia de Votos, Confirmó la sentencia apelada, sosteniendo que el amparo no era la vía idónea para ventilar la controversia planteada, sino el proceso judicial ordinario.
- Por tal razón, la PUCP interpuso Recurso de Agravio Constitucional (RAC); sin embargo, el Tribunal Constitucional mediante Sentencia de fecha 17 de marzo de 2010 (fojas 63), emitida en el Expediente N° 03347-2009-PA/TC, Declaró Infundado el RAC.
- Por escrito del 05 de julio de 2010, el señor Muñoz Cho solicitó al Vigésimo Juzgado Civil de Lima que ordene la inscripción de la acotada Sentencia del Tribunal Constitucional en las partidas electrónicas de los inmuebles de propiedad de la PUCP, aduciendo que estos se encontraban sujetos a la Junta de Administración (derecho que emanaría de la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de marzo de 2010).
- Mediante Resolución N° 28 del 06 de agosto de 2010, el Vigésimo Juzgado Civil de Lima, declaró Improcedente dicho pedido, señalando que la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional no contenía ningún mandato expreso e inequívoco que dispusiera la inscripción del mismo, ni estaba referida a actos o contratos registrales que ameriten su inscripción en los Registros Públicos.
- Apelada que fue dicha resolución, por la parte demandada, la Quinta Sala Civil de Lima, en Mayoría de Votos (Jueces Superiores Céspedes Cábala y Gallardo Neyra), Revocaron la Resolución apelada y Reformándola Declararon Fundado el pedido de Walter Muñoz Cho ordenándose la inscripción registral solicitada por el demandado en su escrito de fecha 05 de junio de 2010. Esta Resolución viene siendo cuestionada mediante el presente proceso constitucional.

**15.-** Siendo ello así, en el presente caso se debe determinar si en el proceso judicial materia de análisis, se modificó o alteró las reglas procedimentales de la PUCP, al ordenarse la inscripción de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de marzo de 2010, en las partidas registrales de los inmuebles de propiedad de la PUCP.

**16.-** Precisándose, que para dicho fin se debe establecer, previamente, si dicha Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de marzo de 2010, contenía (o no) un pronunciamiento sobre el fondo del proceso, con la calidad de cosa juzgada, que conlleve a la ejecución de la misma, esto es, que reconozca derecho alguno a favor del señor Walter Arturo Muñoz Cho en calidad de miembro de la Junta Administradora de los bienes legados a la PUCP, por don José de la Riva Agüero y Osma y que dicho derecho reconocido refiera a actos o contratos que ameriten su inscripción en los Registros Públicos, pues, de conformidad con lo prescrito en los artículos 6° y 22° del Código Procesal Constitucional son materia de ejecución, las sentencias que se pronuncian sobre el fondo del asunto y que adquieren la calidad de cosa juzgada.

**17.-** Como se refirió anteriormente, el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia de fecha 17 de marzo de 2010 (fojas 63), Declarando Infundado el RAC. En ese sentido, debe precisarse que con anterioridad a la interposición de la demanda de dicho proceso cuestionado (ocurrido el 06 de marzo de 2007), el Tribunal Constitucional mediante STC N.° 2877-2005-PHC/TC, de fecha 27 de enero de 2006, ya había establecido cuál era la naturaleza jurídica y finalidad del RAC, como mecanismo procesal.

**18.-** El Tribunal Constitucional en la anotada STC N.° 2877-2005-PHC/TC señaló que el RAC es un medio impugnatorio extraordinario, de última y definitiva Instancia (en concordancia a lo establecido en el artículo 202.1 de la Constitución Política del Estado), que constituye un verdadero recurso de carácter tuitivo, establecido a favor de la parte demandante, en caso se haya desestimado su demanda en Segunda Instancia

Judicial (mas no de la parte demandada, pues no tiene como fin declarar derechos a favor de ésta) y que se encuentra directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales invocados por el actor, los mismos que constituyen un límite a dicho Tribunal y sin los que es imposible llegar a analizar el fondo de lo pedido. Así, precisó lo siguiente:

“2. En el proceso de tutela de los derechos reconocidos en la Constitución, el TC adquiere, por medio del RAC, la facultad jurisdiccional para conocer de la pretensión del proceso por violación de derechos, pero delimitando el derecho de acción al caso en que la pretensión del recurrente haya sido denegada por el juzgador de segunda instancia. De ahí la denominación de jurisdicción negativa, pues sólo procede ante denegatorias de la pretensión. Por ende, es conveniente ubicar al RAC en su verdadero sentido como recurso.”

“12. En el proceso de tutela de los derechos reconocidos en la Constitución, el TC adquiere, por medio del RAC, la facultad jurisdiccional para conocer de la pretensión del proceso por violación de derechos, pero delimitando el derecho de acción al caso en que la pretensión del recurrente haya sido denegada por el juzgador de segunda instancia. De ahí la denominación de jurisdicción negativa, pues sólo procede ante denegatorias de la pretensión.”

“29. (...) A colación de ello este Colegiado debe analizar, para determinar si interviene en un caso concreto, si lo que está siendo demandado por el recurrente es o no parte del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido del derecho, tal como no ocurrió en el caso de autos. Para ello, habrá de utilizar una concepción de contenido esencial como el desarrollado en la sentencia de los Expedientes N.º 0050-2004-PI/TC y otros. (...) Ésta debe ser la base para que el TC pueda aceptar un RAC. Sólo cuando se alegue que el derecho involucrado está siendo vulnerado en el contenido esencial de su ámbito constitucionalmente protegido, se podrá llegar a analizar el fondo de lo pedido.”

“30. Es provechoso enfatizar que ya el Tribunal ha estado en la búsqueda de autorrestringirse en el ejercicio de su función jurisdiccional, a efectos de brindar mayor predictibilidad en sus resoluciones y procurar a la población una justicia constitucional de una mejor calidad. Por ello consideramos pertinente recordar que, en algunas áreas, este Colegiado ha ido señalando cuál es el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, estableciendo con claridad algunos espacios que no merecen salvaguardia en sede constitucional, aunque en estos casos su utilización comenzara desde la sentencia.

“31. En conclusión, el RAC, en tanto recurso impugnativo dentro de un peculiar proceso, como es el constitucional, debe ser utilizado como un mecanismo procesal especializado que permita que el TC intervenga convenientemente. Aparte de los requisitos formales para su interposición, se requerirá que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC.”

**19.-** Siendo ello así, se puede sostener que el Tribunal Constitucional, al declarar Infundado el RAC, no resolvió el fondo del proceso, pues no se pronunció (declarando Fundada o Infundada la demanda) sobre la vulneración de los derechos constitucionales invocados por la PUCP en dicho proceso, vale decir, sobre el derecho de propiedad, inmutabilidad de acuerdos y autonomía universitaria, los mismos que constituían el límite de actuación del Tribunal Constitucional.

**20.-** Por tal razón, se colige que el acotado Tribunal no pudo emitir pronunciamiento otorgando derechos a la parte demandante, menos a la parte demandada (quien valga la redundancia no interpuso la demanda de Amparo solicitando la protección a un derecho fundamental violado o amenazado), consecuentemente, no contenía un mandato, expreso é inequívoco a favor a favor del emplazado Walter Muñoz Cho, pues, la naturaleza y finalidad del RAC no permitía ello (al estar limitado al pronunciamiento de los derechos constitucionales invocados por la demandante PUCP).

**21.-** Consecuentemente, tampoco era posible ejecutar la Sentencia a favor del señor Walter Muñoz Cho, pues, como se refirió anteriormente no existía derecho reconocido a su favor, que diera mérito a la posterior inscripción de la Sentencia. En ese sentido, se puede establecer que mediante la emisión de la Resolución cuestionada, se modificó o alteró las reglas procedimentales a la que se encontraba sujeta la PUCP, pues, el Tribunal Constitucional ya había establecido la naturaleza y finalidad del RAC y la Sala demandada desvirtuó el RAC, conllevando a la vulneración al derecho de la PUCP a no ser sometida a procedimientos previamente establecidos por la ley.

**22.-** Por otro lado, debe tenerse presente que con anterioridad a la interposición de la demanda de Amparo materia de estudio de la resolución cuestionada, ya existían procesos civiles en trámite, como son los Expedientes N° 29106-2008-0 y 22720- 2005-0 (ver fojas 546 y 549), en los que se discutían las competencias y los alcances de la Junta Administradora de la herencia de don José de la Riva Agüero y Osma, los mismos que fueron acumulados. Ello se advierte de la Resolución de fecha 23 de setiembre de 2011 emitida en el Expediente N° 29106-2008-91 (fojas 546):

“Existen las siguientes pretensiones, en el número 29106-2008: I) Principal: Se declare que la competencia de la Junta Administradora de la herencia de don José de la Riva Agüero y Osma es la señalada en el Acuerdo Acuerdo de Junta del 13 de julio de 199, esto es, que la Junta Administradora se limita a cumplir con las “mandas” y “encargos” perpetuos del testador pero no tiene injerencia en las decisiones sobre los bienes de propiedad absoluta de la Pontificia Universidad Católica del Perú y I.a) Accesorio: Se ordene la inscripción en el Registro de

Testamentos de Lima de la aludida competencia de la Junta Administradora conforme a lo delimitado en la pretensión principal; asimismo, II) Subordinada. En caso de desestimarse la pretensión principal antes expuesta se declare que, la competencia de la Junta Administradora de la Herencia de don José de la Riva Agüero y Osma quedó reducida al cumplimiento de las “mandas” y “encargos” perpetuos del testador y no comprende la administración de los bienes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, conforme a los testamentos de don José de la Riva Agüero y Osma y desde que la Pontificia Universidad Católica del Perú adquirió la propiedad absoluta de los bienes heredados por Riva Agüero y Osma y II.a) Accesorio. Se ordene la inscripción en el Registro de Testamentos de Lima de la aludida competencia de la Junta Administradora conforme a lo delimitado en la prestación subordinada. (...) Pretensiones Reconvenidas, como pretensión principal: A) Se declare que el Acuerdo de la Junta del 13 de julio de 1994, contraviene la expresión directa de la voluntad del testador don José de la Riva Agüero y Osma; y, como accesorio. A. 1) Se declare que la Junta Administradora de los bienes legados por don José de la Riva Agüero y Osma, es la única facultada para administrar dichos bienes. En el expediente (proceso) acumulado existen las siguientes pretensiones, como pretensión principal: 1.- Se declare que la Pontificia Universidad Católica del Perú tiene la condición de heredera testamentaria de todo el acervo de los bienes inmuebles que le transfirió en herencia el testador (José de la Riva Agüero y Osma), sujeta a la carga de la intervención perpetua e insustituible de una Junta de Administración, en virtud de la disposición testamentaria expresa contenida en la cláusula quinta del testamento ológrafo del mencionado fechado el 01 de setiembre de 1938; y, como pretensión accesorio (1.1), se ordene la inscripción de la modalidad testamentaria antes acotada, en todas las partidas registrales del registro de la Propiedad Inmueble de los Registros Públicos de Lima y Callao de los inmuebles consignados en la demanda”.

**23.-** En dicho proceso civil acumulado, el señor Walter Arturo Muñoz Cho solicitó la conclusión del proceso alegando que la discusión en torno a los testamentos de don José Riva Agüero y Osma había quedado resuelto por el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia N° 3347-2009-PA/TC y Resolución Aclaratoria del 12 de julio de 2010, sin embargo, dicho pedido fue rechazado por el 16° Juzgado Civil de Lima mediante Resolución N° 59 del 11 de abril de 2011 y, apelada que fue, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, mediante Resolución de Vista N° 12 de fecha 23 de setiembre de 2011, por Mayoría de Votos, Confirmó dicha decisión impugnada (como se desprende del tenor de la Resolución del TC emitida en el Expediente N° 00322-2011-Q/TC).

**24.-** Ante la denegatoria de la conclusión del proceso en Sede Civil, el señor Walter Arturo Muñoz Cho solicitó al Juez del Proceso de Amparo, para que en ejecución de la Sentencia y de la Resolución Aclaratoria emitidas por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 3347-2009-PA/TC, inaplique las decisiones emitidas en Sede Civil (que había Rechazado su pedido de Conclusión del proceso), petitorio que fuera desestimado por Resolución N° 48 (expedida en el proceso de amparo anterior), por lo que interpuso apelación por Salto, apelación que igualmente fuera desestimada por el Juzgado mediante Resolución N° 50, lo que finalmente conllevó a que interpusiera Recurso de Queja contra esta última Resolución.

**25.-** Es con ocasión a dicho Recurso de Queja, -por denegatoria de apelación por salto-, que el Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento en el Expediente N° 00322-2011-Q/TC (Exp. N° 03347-2009-PA/TC) mediante Resolución de fecha 20 de diciembre de 2011 (obrante a fojas 593), señalando que: “no sólo las parte

resolutiva de las sentencias o resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional vinculan o son de obligatorio cumplimiento, sino también la fundamentación que sustenta o justifica la decisión adoptada”, no obstante, debe precisarse que también acotó que ello ocurre: “siempre que de ella se desprenda una situación jurídica o se precise una conducta concreta a cumplir”. En el caso en estudio no se estableció como situación jurídica o conducta concreta a cumplir, la inscripción de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 3347-2009-PA/TC en las partidas de los inmuebles de propiedad de la PUCP, pues, conforme lo precisó el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00322-2011-Q/TC (fundamento 4), en la acotada Sentencia emitida en el N° 3347-2009-PA/TC, únicamente, debía cumplirse la orden concreta de:

“4. Que en el presente caso, el segundo punto resolutivo de la resolución de aclaración de fecha 12 de julio de 2010, emitida en el Exp. N.º 03347-2009-PA/TC, ordenó que: “(...) se remita copia certificada de la sentencia de autos al Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, a fin de que éste actúe de conformidad con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al momento de resolver el Exp. N.º 29106-2008”.

En buena cuenta, en el Exp. N.º 03347-2009-PA/TC existe una orden concreta que tiene que cumplirse (...)”.

**26.-** Consecuentemente, este Colegiado considera que la resolución cuestionada desvirtuó el mandato contenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 3347-2009-PA/TC y en su Resolución Aclaratoria, al disponer la inscripción de esta sentencia en las partidas de los inmuebles de propiedad de la PUCP. Motivo por el cual, el amparo constitucional debe ser declarado Fundado.

**27.-** Entonces, corresponde estimar la Pretensión Accesorio, respecto a la reposición de las cosas al momento anterior a la afectación del derecho de la Entidad recurrente, lo que exige retrotraer el proceso de Amparo, al momento en que se emitió la Resolución cuestionada, ordenando que la Sala Superior emita un nuevo pronunciamiento sobre el Recurso de Apelación interpuesto por el señor Walter Arturo Muñoz Cho contra la Resolución N° 28 del 6 de agosto de 2010.

**28.-** Finalmente, en cuanto a la alegada vulneración al derecho a obtener una resolución congruente; y, al derecho a la interdicción a la arbitrariedad.- este Colegiado considera que habiéndose determinado la vulneración al derecho a no ser sometido a procedimientos distintos a los previamente establecidos por la ley de la demandante, que de por sí sólo genera la Nulidad de la Resolución N° 07 del 31 de enero de 2011, emitida por la Quinta Sala Superior de Lima, en Mayoría de Votos, hace que ya no resulte pertinente discernir respecto de la vulneración de los derechos constitucionales aquí en estudio.

Por estos fundamentos:

I. **CONFIRMARON el AUTO** contenido en la Resolución N° 40, de fecha 14 de abril de 2015 (fojas 973), en el extremo que declaró IMPROCEDENTE el pedido de Nulidad propuesto por el litisconsorte facultativo Juan Luis Cipriani Thorne.

II. **CONFIRMARON la SENTENCIA** contenida en la Resolución N° 47, de fecha 01 de octubre de 2015 (fojas 1064), que declara FUNDADA la demanda de Amparo interpuesta por el apoderado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en consecuencia, estimando la pretensión principal, Nula la Resolución N° 07 dictada en mayoría por las Jueces Superiores Céspedes Cábala y Gallardo Neyra integrantes de la Quinta Sala Civil de Lima con la que se Revocó la Resolución N° 28 de fecha 06 de agosto de 2010 que había declarado Improcedente el pedido de inscripción registral solicitado por el señor Walter Muñoz Cho y se declaraba fundado ese pedido, ordenándose

la inscripción registral solicitada por la precitada persona con su escrito de fecha 05 de junio de 2010; y, en consecuencia al acreditarse la infracción a los derechos procesales con valor constitucional de los demandantes y estimarse la pretensión principal reclamada, también Declara Fundada la pretensión accesoria y reponiéndose las cosas al estado en el que se produjo el acto lesivo, se ordena que el Colegiado de la Quinta Sala Civil de Lima, expida una nueva providencia en atención a las consideraciones expuestas en la presente resolución judicial; y los devolvieron.

En los seguidos por **PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ** contra **WALTER MUÑOZ CHO Y OTROS** sobre PROCESO DE AMPARO.

ARQ/daps

**S.S.**

RIVERA QUISPE  
UBILLUS FORTINI  
SOLIS MACEDO”

**Poder Judicial del Perú**  
(2 de mayo de 2017)

[Volver al índice](#)

## Canadá

### A. Decreto del Arzobispo de Montreal Monseñor Christian Lépine sobre la implementación de las políticas sobre el “Ministerio Pastoral Responsable” recientemente publicadas<sup>27</sup>

DECREE  
BY H.E. MOST REVEREND CHRISTIAN LÉPINE  
ARCHBISHOP OF MONTREAL

IMPLEMENTATION OF THE POLICY TO ENSURE A HEALTHY AND SAFE ENVIRONMENT FOR EVERYONE AND TO  
COUNTER ALL FORMS OF ABUSE WITHIN THE CATHOLIC CHURCH OF MONTREAL

Considering that our diocesan Church, its Parishes, and its Missions have an obligation to ensure the safety and integrity of the people to whom we bring the Gospel message and offer our pastoral care;

Considering that any form of abuse committed by persons exercising a pastoral duty not only constitutes a counter-witness to the Gospel but also a cause of serious injury;

Considering that it is the responsibility of every parish and organization working within the Church of Montreal, to ensure the sound management and supervision of its personnel;

In order to preserve the integrity, security, and good reputation of God's people who are entrusted to us, of those who participate in our pastoral activities, of the paid and volunteer personnel, and of our institution, I hereby decree that that all the Parishes, Missions, and organizations of the Archdiocese are to implement the diocesan policy on Responsible Pastoral Ministry.

Furthermore, to implement this policy of Responsible Pastoral Ministry and to support the parishes and organizations in their efforts to put these measures in place, I am forming a new diocesan service called the Service of Responsible Pastoral Ministry.

Issued in Montreal, at the Chancery Office, on June 7th, 2016.

Christian Lépine  
Archbishop of Montreal

François Sarrazin,  
priest Chancellor”

Diócesis de Montreal  
[http://diocesemontreal.org/tl\\_files/Publications/Actes%20officiels/Decret-Pasto-Responsable-ENG.pdf](http://diocesemontreal.org/tl_files/Publications/Actes%20officiels/Decret-Pasto-Responsable-ENG.pdf)  
(7 de junio de 2016)

[Volver al índice](#)

---

<sup>27</sup> Ver siguiente documento (Anexo Canadá Letra B)

**B. Documento guía diocesana para la implementación de una “Política Diocesana de Pastoral Responsable” (selección)<sup>28</sup>**

**“Politique diocésaine de pastorale responsable”<sup>29</sup>**

Table des matières	
POLITIQUE DIOCÉSAINE DE PASTORALE RESPONSABLE	
Bienfaits d’une politique de pastorale responsable .....	5
Définitions.....	5
Balises pour les responsables.....	7
Application .....	8
Filtrage.....	8
Les dix étapes du filtrage .....	9
Étape 1 – Description des tâches.....	9
Étape 2 – Évaluation du risque .....	10
Étape 3 – Processus de recrutement.....	11
Étape 4 – Formulaire de demande .....	12
Étape 5 – Entrevue .....	12
Étape 6 – Vérification des références.....	12
Étape 7 – Vérification des antécédents.....	13
Étape 8 – Orientation et formation .....	13
Étape 9 – Supervision et évaluation .....	14
Étape 10 – Suivi des participants.....	14
ANNEXES	
1 – Les ressources disponibles .....	16
2 – Modèles de description de poste.....	19
3 – Évaluation globale du potentiel de risque.....	30
4 – Exemples de facteurs de risque en Église.....	31
5 – Évaluation des risques pour des postes de bénévoles.....	32
6 – Postes ayant un niveau de risque élevé .....	33
7 – Formulaire d’identification ou de demande d’emploi pour un poste de bénévole .....	34
8 – Formulaire d’identification ou demande d’emploi salarié.....	36
9 – Guide pratique de l’entrevue .....	38
10 – Grille d’entrevue pour bénévoles.....	39
11 – Tableau des droits et libertés de la personne .....	42
12 – Balises pour la vérification des références.....	47
13 – Modèle d’entrevue téléphonique .....	48
14 – Demande de vérification des dossiers de police .....	51
15 – Convention d’engagement réciproque pour bénévoles.....	55
16 – Code d’éthique .....	56

<sup>28</sup> Junto con la publicación en la web de la Diócesis de Montreal, se indica que la guía es aun un documento susceptible de ser modificado, por lo que lleva el rótulo de Proyecto en sus páginas.

<sup>29</sup> La selección del documento incluye el índice y las páginas 5 a la 7 y parte de la página 8. El documento completo puede revisarse en el link del Arzobispado [http://www.diocesemontreal.org/tl\\_files/actualite/manchettes/2017-06/Guide%20diocesain.pdf](http://www.diocesemontreal.org/tl_files/actualite/manchettes/2017-06/Guide%20diocesain.pdf)

17 – Code de conduite .....59

**Une Pastorale responsable** est toute action pastorale engagée à ne jamais exercer d'abus au plan sexuel, émotionnel, financier ou physique à l'encontre de toute personne mineure ou vulnérable, dans le souci de protéger la dignité et l'intégrité de toutes les personnes, parce qu'elles sont « à l'image de Dieu ».

## 1. BIENFAITS D'UNE POLITIQUE DE PASTORALE RESPONSABLE

Consciente de son devoir de veiller à la sécurité et à l'intégrité des personnes à qui elle porte le message de l'Évangile, L'Église catholique de Montréal a adopté une politique de Pastorale responsable visant:

- **La prévention des mauvais traitements envers des enfants, des jeunes adultes et des personnes vulnérables.**

La prévention comprend la mise en œuvre d'une procédure d'action (filtrage et code d'éthique) afin de prévenir les occasions de mauvais traitement, de négligence et/ou de préjudice.

- **La protection** du clergé, du personnel et des bénévoles contre les allégations de méfait. Il s'agit d'assurer l'intégrité, la sécurité et la réputation de tous les intervenants (bénévoles ou salariés) agissant dans le cadre d'une activité pastorale reconnue.

- **La préservation de la notoriété et la réputation de l'Église** catholique dans son ensemble par des actions concrètes posées dans le diocèse de Montréal. Il s'agit de mettre l'Église à l'abri de la diffamation, des sanctions et des impacts qui résulteraient de publicité malveillante.

- **La formation et le soutien** pour le clergé, le personnel et les bénévoles.

- **Le signalement** de tous les incidents impliquant un mauvais traitement, une négligence et/ou un préjudice. De tels incidents, quels qu'en soient le moment et le lieu, seront signalés immédiatement aux autorités compétentes.

## 2. DÉFINITIONS

Nonobstant les définitions suivantes, il convient de rappeler que la politique diocésaine et l'ensemble des procédures d'encadrement du personnel décrits dans ce guide, s'appliquent à tous les membres du clergé ainsi qu'à toute personne laïque, ordonnée, mandatée ou non, qu'elle soit rémunérée ou bénévole qui œuvre pour le compte d'une paroisse ou pour le diocèse catholique de Montréal.

**Abus:** Abuser de quelqu'un implique exercer un pouvoir indu et nuisible sur lui. Dans le contexte des abus dont nous parlons ici, il s'agit dans la plupart des cas d'un adulte ou d'une personne en position de pouvoir qui exerce sa domination sur un plus faible. Ces abus laisseront, chez la victime, des blessures plus ou moins profondes. L'Abus peut être d'ordre physique, psychologique, financier et sexuel.

**Personne vulnérable:** Toute personne pour qui il est difficile ou qui est incapable, en raison de son âge, d'un handicap ou de circonstances temporaires ou permanentes, d'assurer sa propre protection. En conséquence, elle est davantage exposée aux risques d'abus, de mauvais traitements ou d'agression. Une personne est vulnérable parce qu'elle n'est pas en mesure de se protéger adéquatement, parce qu'elle se fie à d'autres qui occupent des postes de confiance ou dont elle dépend. Enfin, une personne est vulnérable parce qu'il lui est difficile ou impossible de faire connaître les abus dont elle est victime.

**Bénévole:** le bénévole est une personne qui : décide de son plein gré d'offrir un service ou d'exécuter une activité ou une tâche ; quelqu'un qui exécute une telle activité sans y être forcé ou s'y sentir obligé ; exécute cette activité pour venir en aide à une personne ou à un organisme ou à la communauté toute entière ; n'est pas rémunérée pour ce service ou cette activité. Les personnes âgées de 12 à 18 ans doivent aussi se conformer à la politique lorsqu'elles agissent comme bénévoles. Bien que le présent guide traite précisément du filtrage des bénévoles, les mêmes principes s'appliquent aux employés rémunérés et aux prêtres.

**Événement:** événements occasionnels ou ponctuels organisés par une communauté paroissiale ou un organisme diocésain. Exemples: une fête, un concert ou un piquenique annuel.

**Participants:** les personnes qui participent à un programme, à un événement ou qui reçoivent des services par l'entremise du diocèse ou de la paroisse. Ce sont les bénéficiaires d'un service pastoral paroissial ou diocésain.

**Programme pastoral:** il consiste en une série d'activités structurées ou d'événements similaires, orchestrés et organisés par la paroisse ou le diocèse, qui s'étend sur une certaine période et dans laquelle le niveau de risque reste relativement constant. Exemples : les rencontres hebdomadaires de catéchèse, les visites pastorales à un hôpital ou un foyer pour personnes âgées, les visites à domicile, les réunions hebdomadaires de jeunes.

**Mineur:** Par «mineur», nous entendons toute personne de moins de 18 ans de même que toute personne qui jouit habituellement d'un usage imparfait de la raison.

**Antécédents:** Condamnation pour une infraction criminelle ou pénale incompatible avec l'emploi ou la tâche postulés, de même que toute inconduite faisant raisonnablement craindre que celle-ci constitue un risque potentiel pour la sécurité physique ou morale des personnes auprès desquelles le candidat (bénévole ou rémunéré) œuvrera.

**Personne responsable:** Peut être salariée ou non. Nous emploierons ce terme pour identifier la personne en charge, désignée par la communauté chrétienne, ses représentants en autorité pour être en charge de préparer, d'exécuter et ou de coordonner toute activité pastorale (programmes, activités, camps, visites, événements, etc.) au nom de la paroisse ou du diocèse. Cette personne peut donc diriger ou coordonner l'action d'un personnel salarié ou bénévole. Ces personnes ont généralement plus de 18 ans. Les personnes âgées de 12 à 18 ans doivent aussi se conformer à la politique lorsqu'elles agissent comme personnes responsables.

**Obligation de diligence:** Ce principe juridique détermine l'obligation des personnes et des organismes à prendre des mesures raisonnables afin d'assurer soins et protection dans l'intérêt de l'autre. L'obligation de diligence est une obligation légale et morale qui est à la base du processus de filtrage.

### **3. BALISES POUR LES RESPONSABLES**

Une saine gestion des ressources humaines et une application rigoureuse du processus de filtrage sont aujourd'hui une nécessité pour l'Église de Montréal. Malheureusement, même si tous les efforts sont mis en place pour prévenir les abus et les mauvais traitements, aucune procédure n'est sans faille et permet de garantir l'absence de risques. Même si le filtrage se traduit par un ensemble de politiques et de procédures, il est essentiellement fondé sur l'exercice du bon jugement. C'est pourquoi, à tous les niveaux de l'Église de Montréal, les personnes qui auront à appliquer les procédures de filtrage présentées ici, ne devront pas se contenter de les appliquer comme on suit une recette. Leur premier outil de travail demeure leur jugement. Pour chacune des 10 étapes de filtrage, les personnes en charge de l'application des procédures de filtrage devront exercer leur jugement.

Distinction importante: Une paroisse ou le diocèse et tous les organismes qui s'y rattachent se reconnaissent une mission dans le monde. Ils ont donc un plan d'action et identifient des moyens pour atteindre la mission qui est la leur. Ces moyens se traduisent par les activités pastorales décidées et mises en œuvre par la paroisse ou le diocèse. Les autorités paroissiales et diocésaines sont invitées à être attentives et à faire les distinctions entre

les activités pastorales reconnues et les initiatives personnelles mues par le zèle apostolique de leur personnel salarié ou bénévole. En Église, on souhaite que tous les baptisés puissent rendre témoignage de la foi qui les habite et de leur amour du Christ. Il faut toutefois être conscient que le personnel salarié ou bénévole puisse être identifié à l'institution paroissiale et/ou diocésaine. Il faudra veiller à:

- Bien faire la distinction entre ce qui est une activité reconnue et le reste (entraide spontanée, initiative personnelle, etc.). Il faut s'assurer que cette distinction soit claire pour les autorités paroissiales ou diocésaines, pour le personnel salarié ou bénévole et pour les personnes habituellement participantes ou bénéficiaires des services pastoraux.
- Faire comprendre au personnel identifié à l'institution, que le code d'éthique préconisé s'applique en tout temps; même lorsque les personnes ne sont pas à l'œuvre dans une activité reconnue.
- Rester vigilant dans les situations d'initiatives personnelles. Si ces initiatives sont des manifestations de l'amour du prochain, elles peuvent aussi être indicatrices de l'intérêt et des motivations des personnes.

**4. APPLICATION** Le présent guide s'applique à tous les employés, les prêtres et les bénévoles œuvrant dans le Diocèse de Montréal; paroisses, offices et services diocésains, organismes et œuvres paroissiales ou diocésaines, etc. Le curé de chaque paroisse ainsi que les responsables des offices et services diocésains doivent s'assurer que la politique diocésaine de pastorale responsable est mise en place et exercée de façon appropriée. Ils pourront compter sur un soutien diocésain et sur des ressources extérieures identifiées à l'annexe 1. La vérification des antécédents de toutes les personnes dont les postes sont à risque élevé se fera en coordination avec le Service de la pastorale responsable.”

Diocèse de Montréal

[http://www.diocesemontreal.org/tl\\_files/actualite/manchettes/2017-06/Guide%20diocesain.pdf](http://www.diocesemontreal.org/tl_files/actualite/manchettes/2017-06/Guide%20diocesain.pdf)

(Junio de 2017)

[Volver al índice](#)

## España

A. Moción del grupo Parlamentario Esquerra Republicana aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados para instar al gobierno a presentar un Proyecto de Ley Orgánica de Libertad ideológica, religiosa y de culto que cambie la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980<sup>30</sup>



GP ESQUERRA REPUBLICANA  
Centre de Sant Jerònim, 43, 8a pl.  
28071 Madrid  
Cataluña. Tel. 91 390 99 65  
c/a: administracio@gpirc.congreso.es  
Premsa. Tel. 91 393 66 67  
c/a: premsa@gpirc.congreso.es

### A LA MESA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

El Grupo Parlamentario **ESQUERRA REPUBLICANA**, a instancia del diputado **JOAN TARDÀ I COMA**, al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 y siguientes del Reglamento de la Cámara, presenta la siguiente **Moción consecuencia de Interpelación urgente para garantizar la libertad ideológica, religiosa y de culto para su debate en Pleno**

Congreso de los Diputados, junio de 2017

Joan Tardà i Coma  
Portavoz GP  
Esquerra Republicana

<sup>30</sup> La moción, consecuencia de interpelación, fue presentada el 23 de junio de 2017 y aprobada el día 29 de junio por 167 votos a favor, 166 en contra y 6 abstenciones en segunda votación, tras un empate en la primera votación. Para mayor información sobre la votación ver:

<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso>

### **Exposición de motivos**

Es necesario avanzar hacia una sociedad más laica, en la que la ciudadanía pueda ejercer sus derechos en condiciones de libertad e igualdad. Asimismo, todas las instituciones del Estado deben mantener una actitud de neutralidad religiosa. La laicidad debe ser vista básicamente como un hecho positivo, como una oportunidad no solo para regular la libertad de pensamiento y de conciencia, sino también para actualizar una ley claramente obsoleta de libertad religiosa sobre la base y con sometimiento, sobre todo, al principio de igualdad y al principio de libertad.

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de 1980, de Libertad Religiosa es una Ley obsoleta que omite en su regulación y aplicación otras opciones de conciencia diferentes de las religiosas y deja al margen de toda regulación el tratamiento de la libertad ideológica. Debe garantizarse una igualdad de trato de todas las opciones de conciencia para garantizar la libertad de pensamiento sean o no de carácter religioso.

Por todo ello, se presenta la siguiente:

### **MOCIÓN**

El Congreso de los Diputados insta al Gobierno español a:

- Presentar un Proyecto de Ley Orgánica de libertad ideológica, religiosa y de culto antes de finalizar el próximo periodo de sesiones que sustituya y actualice la actual Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de 1980, de Libertad Religiosa.

Congreso de los Diputados de España

[http://www.congreso.es/backoffice\\_doc/prensa/notas\\_prensa/52802\\_1498550274051.pdf](http://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/52802_1498550274051.pdf)

(Junio de 2017)

## Estados Unidos

### A. Decisión de la Corte Suprema de revisar el caso del pastelero Jack Philipps en la causa Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission iniciada el 2012<sup>31</sup>

“16-111 MASTERPIECE CAKESHOP V. CO CIVIL RIGHTS COMMISSION DECISION BELOW: 370 P.3d 272 CERT. GRANTED 6/26/2017

QUESTION PRESENTED:

Jack Phillips is a cake artist. The Colorado Civil Rights Commission ruled that he engaged in sexual orientation discrimination under the Colorado Anti- Discrimination Act ("CADA") when he declined to design and create a custom cake honoring a same-sex marriage because doing so conflicts with his sincerely held religious beliefs.

The Colorado Court of Appeals found no violation of the Free Speech or Free Exercise Clauses because it deemed Phillips' speech to be mere conduct compelled by a neutral and generally applicable law. It reached this conclusion despite the artistry of Phillips' cakes and the Commission's exemption of other cake artists who declined to create custom cakes based on their message. This analysis (1) flouts this Court's controlling precedent, (2) conflicts with Ninth and Eleventh Circuit decisions regarding the free speech protection of art, (3) deepens an existing conflict between the Second, Third, Sixth, and Eleventh Circuits as to the proper test for identifying expressive conduct, and (4) conflicts with free exercise rulings by the Third, Sixth, and Tenth Circuits.

The question presented is: Whether applying Colorado's public accommodations law to compel Phillips to create expression that violates his sincerely held religious beliefs about marriage violates the Free Speech or Free Exercise Clauses of the First Amendment.

CERT. GRANTED 6/26/2017”

**Corte Suprema de Estados Unidos**  
<https://www.supremecourt.gov/qp/16-00111qp.pdf>  
(26 de junio de 2017)

[Volver al índice](#)

---

<sup>31</sup> Para mayor detalle sobre el proceso judicial del caso, ver: <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/masterpiece-cakeshop-ltd-v-colorado-civil-rights-commn/>

## India

**A. Sentencia de la Corte Superior de Punjab (*High Court of Punjab & Haryana at Chandigarh*) que permite a los seguidores de gurú espiritual mantener su cuerpo congelado (selección)<sup>32</sup>**

L.P.A. No.2043 of 2014 -1-

IN THE HIGH COURT OF PUNJAB & HARYANA AT CHANDIGARH.

DATE OF DECISION : 5.7.2017

1. L.P.A. No.2043 of 2014 (O&M)  
Dalip Kumar Jha v. State of Punjab and others.
2. L.P.A. No.2044 of 2014 (O&M)  
Divya Jyoti Sansthan v. State of Punjab and others.
3. L.P.A. No.2052 of 2014 (O&M)  
State of Punjab and others v. Dalip Kumar Jha.
4. L.P.A. No.224 of 2015 (O&M)  
Sadhvi Tapeshwari Bharti & others v. State of Punjab & others.

CORAM : HON'BLE MR.JUSTICE MAHESH GROVER  
HON'BLE MR.JUSTICE SHEKHER DHAWAN

Present:- Shri S.P.Soi and Shri Sonal Soi, Advocates for the appellants  
(in LPA No.2043 of 2014).

Shri Prateek Dwivedi, Advocate for the appellant  
(in LPA No.2044 of 2014 and for respondent No.3 in LPA No.2043  
of 2014).

Shri Sunil Chadha, Senior Advocate with Shri M.S.Atwal, Advocates  
for the appellant (in LPA No.224 of 2015).

Shri Atul Nanda, Advocate General, Punjab with  
Ms.Rita Kohli, Additional A.G. Punjab and

Shri Hanspal Virk, A.A.G. Punjab  
(for the appellants in LPA No.2052 of 2014).

Shri Bhuwan Vats, Advocate.

**MAHESH GROVER, J.**

By this common order we propose to dispose of L.P.A. Nos.2043,

---

<sup>32</sup> La sentencia completa está disponible en la página web del Centro, pinchando este [link](#)

2044, 2052 of 2014 and 224 of 2015 as they hover around the same controversy raised by the appellants. All of them arise from a common judgment dated 1.12.2014 of the learned Single Judge passed in C.W.P. No.7345 of 2014 which is the order impugned herein. L.P.A. No.2043 of 2014 has been preferred by Dalip Kumar Jha who was also the writ petitioner in C.W.P. No.7345 of 2014. The Divya Jyoti Sansthan (hereinafter referred to as the Sansthan) has filed L.P.A. No.2044 of 2014, while the State, equally aggrieved of the judgment of the learned Single Judge, has filed L.P.A. No.2052 of 2014, while Sadhvi Tapeshwari Bharti a follower has filed L.P.A. No.224 of 2015.

We need not set out the facts of the petition and the counter replies submitted by the contestants to the controversy in detail, as they have been elaborately set out in the impugned judgment, but for the purpose of forming a complete narrative of the present order, we would briefly touch upon the factual aspects so that it offers an understanding of the controversy that we have embarked upon to answer.

A religious preacher by the name of Ashutosh Ji Maharaj, Head of the Divya Jyoti Sansthan (hereinafter referred as the Sansthan) is at the centre of the dispute, after he proclaimed himself to be in a 'state' of Samadhi, with a declaration to return to the world of mortals (though he has not reverted to state of consciousness thereafter) with his followers, in unimpeachable belief of this fact and preserving the body though declared to be clinically dead by a medical board.

Dalip Kumar Jha claims that Ashutosh Ji Maharaj was his father who expired on the intervening night of 28/29th January, 2014 and he would as his biological son, be entitled to perform his last rites and thus prays his body be handed over to him for the purpose.

Against this i.e. the Sansthan claims that Ashutosh Ji Maharaj is not dead and has rather taken Samadhi and is expected to return after fulfillment of his spiritual mission. The Sansthan thus resists the petition of Dalip Kumar Jha as also all attempts to dispose off the body by those who presume him to be dead.

The State in turn, supports the Sansthan to the extent that they (Sansthan) cannot be forced to dispose off the body of Ashutosh Ji Maharaj and similarly, it (State) cannot be directed to do so against the wishes of the Sansthan in violation of their belief, of the Maharaj being in Samadhi.

Prior to the filing of C.W.P. No.7345 of 2014 by Dalip Kumar Jha and Criminal Misc. No.M-9195 of 2014 by Puran Singh (Driver of Ashutosh Ji Maharaj), a number of petitions were filed similarly where interference was declined by this Court holding that no public interest is involved. Some of those writ petitions and Criminal Misc. petitions may be noticed here below :-

[...]

While holding that Dalip Kumar Jha and Puran Singh do not have any locus on the basis of the material produced by them before the Court, the learned Single Judge observed that they had no claim or right of possession of the 'property in the body' which deserves to be disposed of by cremation in accordance with the religious rights. There would be a serious concern about the body being described as a property.

Secondly, to direct disposal of the body by cremation without ascertaining the custom or practice of the parties would be clearly hurting the sentiments of a group or community if they do not believe in it. The Court had no

material to ascertain whether cremation was endemic to the personal beliefs of Ashutosh Ji Maharaj and his followers.

This contradiction becomes more important when in subsequent directions particularly clause (vii), the Court directs the State and the Committee to determine the mode of disposal of the mortal remains after cremation or burial or immersion.

We are of the view that these were eminently avoidable directions for the reasons that we propose to give while dealing with the questions that have been offered during the intensive debate inter-se between the parties to which we were a privy having been called upon to decide the three LPAs.

The first and foremost question that comes to the mind of this Court is whether the learned Single Judge could have presumed the death of the deceased. This is one question which is immensely difficult to answer without doing injustice and damage to the belief of the followers of the Sansthan who vehemently contend that Ashutosh Ji Maharaj is in Samadhi. All other issues i.e. whether the dead-body is a property; whether the science of cryonics would permit the retention of a body, with a hope of infusion of life at a future point of time, would flow from an inherent conclusion of a person being dead but that goes against the core belief of the followers.

We would thus relegate these issues which precede from a conclusion of Maharaj Ji being dead to be answered subsequently, if necessary.

The first question is whether the Sansthan can claim that the body be kept in a preserved state, in view of their belief that Maharaj Ji is in Samadhi.

To our mind, the crucial question is to weigh the worth of protection under Articles 25 and 26 of the Constitution of India and the sanctity of the belief proclaimed by the followers of Ashutosh Ji Maharaj. For the purpose of reference,

Articles 25 and 26 are extracted here below :- "25. Freedom of conscience and free profession, practice and propagation of religion.- (1) Subject to public order, morality and health and to the other provisions of this Part, all persons are equally entitled to freedom of conscience and the right freely to profess, practise and propagate religion.

(2) Nothing in this article shall affect the operation of any existing law or prevent the State from making any law (a) regulating or restricting an economic, financial, political or other secular activity which may be associated with religious practice ;

(b) providing for social welfare and reform or the throwing open of Hindu religious institutions of a public character to all classes and sections of Hindus.

Explanation 1.- The wearing and carrying of Kirpans shall be deemed to be included in the profession of the Sikh religion.

Explanation II.- In sub-clause (b) of clause (2), the reference to Hindus shall be construed as including a reference to persons professing the Sikh, Jaina or Buddhist religion, and the reference to Hindu religious institutions shall be construed accordingly.

26. Freedom to manage religious affairs.- Subject to public order, morality and health, every religious

denomination or any section thereof shall have the right -  
(a) to establish and maintain institutions for religious and charitable purposes ;  
(b) to manage its own affairs in matters of religion;  
(c) to own and acquire movable and immovable property ; and  
(d) to administer such property in accordance with law.

It is also essential for us to trace out the observations made by the Hon'ble Supreme Court as also the other High Courts on the relevance of Article 25 in protecting professed beliefs and faiths of the citizens of the country

[...]

It is thus, clear that both Articles 25 and 26 which are being referred almost in the same breath, prescribe an inherent right to the citizenry to practice one's belief, faith and manage religious affairs of an institution provided they do not conflict with the public order, health, or morality besides giving an individual the freedom of conscience.

To borrow the language of Article 25, "all persons are equally entitled to 'freedom of conscience' and the right freely to profess, practise and propagate religion".

The words that stand out conspicuously are 'freedom of conscience' which are used distinctively than the words right to 'freely profess, practise and propagate religion'. This Article, therefore, is the most fragrant in the bouquet of fundamental rights, being foundational to an individual liberty. Even Article 21 as it exists, upon interpretations placed on it through judicial pronouncements and other rights contained in Chapter III would seem secondary to the hallowed right of 'freedom of conscience', for it makes freedom of speech and expression meaningful as it would, the other individual liberties of professing a faith and practising a religion. It symbolizes the free spirit of an Indian citizen. A free conscience would give freedom to nurture a thought, acquire a belief, embrace a religion, adopt a practice, theorize an idea, give vent to intellectual outpourings and enhance creativity, preserve tradition, shun contemporary thought, pursue modern values, societal mores, give reasons for assent and offer courage for dissent etc. and is thus endemic to a pluralistic and a vibrant society for there can be none visualized if an individual's spirit is cast in a mould of an entrapped conscience.

Rather, liberties guaranteed under Articles 19 and 21 of the Constitution would be incomplete without Article 25. The freedom enshrined in Article 19 would be totally hollow if not accompanied by the freedom of conscience. Can there be any freedom of speech and expression without the freedom of conscience ? Similarly, Article 21 as interpreted by the courts from time to time to ensure the basic human rights which are rather natural rights such as right to food, shelter, clothing, health, education etc. etc., would be incomplete without the existence of freedom of conscience which is almost spiritual giving ample room and permitting every individual to follow the dictates of his inner voice resonating from deep recesses of heart and mind to freely profess, practice and propagate religion or belief, provided it does not offend public order, morality and health. In fact, it injects a libertarian thought, giving a meaningful contour to the freedoms enjoyed by an individual as a fundamental right.

Having said so, let us now examine whether the belief of the followers of Ashutosh Ji Maharaj would entitle them to retain the body in a state of preservation and assert the protection of Article 25 of the Constitution or should the courts in the exercise of its powers impose a generally acceptable perception of mortality when

symptoms of life do not manifest themselves in a body to offer a declaration of death and a mandate to dispose of the dead body, when no law exists in this regard.

Before we even venture to say anything in this regard, it would be just and fair to the Sansthan to notice what is understood by Samadhi. Samadhi as a concept is not alien to the Indian society having formed a part of many a folk-lore and mythology. It finds vociferous practitioners amongst the Yogis and the ascetics. It is known to be the "Final Initiation" also termed as 'ascension' where the practitioner abandons the physical body to achieve an elevated stage. It is supposed to result in complete detachment of oneself from the physical realm of existence. There would be examples where even practitioners of Yoga would offer this state albeit for a limited period and while being in Samadhi would offer no symptoms that the medical practitioner acknowledge as essential to life.

The Court does not wish to be seen as an advocate or an adherent to the concept of Samadhi to propagate its acceptability. Suffice it to say that the concept and belief of Samadhi in fact, does form an essential part of mythology and religion around which a large part of Hindu/Indian philosophy revolves. One cannot therefore, accuse the Sansthan of harboring or practising a belief which is shockingly deviant from the generally accepted societal beliefs or as seemingly absurd to a rational mind.

It is also to be understood that preservation of a body is not the core belief of the Sansthan or the followers of the Maharaj, who live and die as ordinary mortals, with their bodies being disposed of in the customary Indian way.

Their belief is in the word of their spiritual Guru that he has taken Samadhi and is in a state of 'ascension' and equanimity, but the Guru intends to return to live in the same body for which preservation is essential. Destruction of the body will render this course impossible.

The learned Single Judge proceeded to give directions on the presumption that the practice of Samadhi does not form the core of their belief or religious practice. His reasoning stems from this understanding while what is core to the Sansthan and its followers is the word of their Guru which they consider infallible and thus, it is not their belief in concept of Samadhi that has to be tested on the touchstone of inherentness but their faith in their Guru's words and teachings which are integral to their belief and if he has proclaimed himself to be in Samadhi, his followers cannot be faulted for believing it. Their belief stems from their unshakeable and unimpeachable faith in their Guru which is foundational to the Sansthan and the followers. The outside world in turn would never learn about the truth of Maharaj's proclamation of being in Samadhi unless someone from the Sansthan vomits truth to the contrary.

It is equally important to understand the dictionary meaning of word 'belief'. Oxford defines it as "an acceptance that something exists, or is true, especially one without proof ; a religious conviction". It flows therefrom that religion and its practices are a matter of belief and being unverifiable are still accepted even transcending all the limits of imagination or reason known to a human mind.

A theist would question the belief of a non-believer. History would show a deep conflict between believers of God and the propagators of science and philosophy. Every discipline of science, philosophy, theories of economics, Mathematics have initially germinated from a thought, progressing into a belief to be subsequently established by verifiable data only to be questioned with equal vigour by a counter thought or belief or a theory.

Beliefs, therefore, come wrapped in mystique and often do not offer a foundation unlike a statute which flows from a legitimate process adopted by civilized polities or an executive fiat which can be tested on constitutional proprieties.

Consequently, whether one accepts the theory of Karl-Marx or the economic theory of Prof. Smith, Keynes or 'Freud' in mind sciences, would be a question of belief of the propagator, with the non subscriber having a right to disagree but not to the point of curbing or stifling the others' belief unless it offends public order, health or morality for these would be just reasons to circumscribe an offending thought to thwart an anarchy. Likewise in religion.

The courts would thus, be wary of wading into the correctness of beliefs and decline an invitation to a circus if they do not wish to drown themselves in the vastness and boundlessness of a sea of speculation unless there is a law or a statute which permits them such evaluation.

The belief of the Sansthan of the Maharaj being in Samadhi cannot be forcefully shattered through the power of the State or a mandate from the Court, without inviting an accusation of violating the provision of Article 25 of the Constitution of India, particularly till the time such a belief does not conflict with public order, health or morality.

The learned Single Judge has referred to Article 51A(h) of the Constitution of India in support of its observation that the belief of the Sansthan in the concept of Samadhi goes against the grain of the fundamental duty to develop a scientific temper and spirit of enquiry and reform. Article 51A is extracted here below :-

“51A. Fundamental duties.- It shall be the duty of every citizen of India -

- (a) to abide by the Constitution and respect its ideals and institutions, the National Flag and the National Anthem;
- (b) to cherish and follow the noble ideals which inspired our national struggle for freedom ;
- (c) to uphold and protect the sovereignty, unity and integrity of India ;
- (d) to defend the country and render national service when called upon to do so ;
- (e) to promote harmony and the spirit of common brotherhood amongst all the people of India transcending religious, linguistic and regional or sectional diversities, to renounce practices derogatory to the dignity of women ;
- (f) to value and preserve the rich heritage of our composite culture ;
- (g) to protect and improve the natural environment including forests, lakes, rivers and wild life, and to have compassion for living creatures ;
- (h) to develop the scientific temper, humanism and the spirit of inquiry and reform ;
- (i) to safeguard public property and to abjure violence ;
- (j) to strive towards excellence in all spheres of individuals and collective activity so that the nation constantly rises to higher levels of endeavour and achievement.
- (k) who is a parent or guardian to provide opportunities for education to his child or, as the case may be, ward between the age of six and fourteen years.”

It will indeed be laudable if all the fundamental duties enshrined in Article 51A are imparted as an education to create responsive, responsible citizenry as they are expectations of the society itself from each citizen but the endeavour to achieve this has to flow from the State and the society in cohesion with each other and not enforced through any mandate of a Court.

It is a travesty that on the one hand, the Constitution of India talks of a scientific temper in Article 51A(h), whereas the ground reality is to the contrary.

The deeply religious and traditional society that the country offers is fraught with innumerable beliefs where even the political entities have not remained insulated from it, rather, such beliefs and practices are often used as a subterfuge to their political and social agendas.

The courts, therefore, can merely refer to Article 51A(h) of the Constitution of India as a gentle nudge to the State to move in the direction desired by the said provision in the constant and firm hope of evolution of a mature society capable of acquiring rational thought without damaging the inherent social values.

The issue whether a dead-body is a property or the science of cryonics, that talks of preservation of a body, would not be issues to be determined by us even if they have been offered as crutches to the main arguments of Articles 25 and 26 of the Constitution of India to protect their belief, for the reason, that to do so, we have to proceed from a positive conclusion of the demise of Ashutosh Ji Maharaj – a conclusion which eats into the belief of the Sansthan and as observed already, would need respect on account of Article 25 of the Constitution of India till the time such a state of the preserved body does not conflict with public health or morality or endanger public order. More importantly we do not have any law to fall back on ; to give a mandate or to prohibit any action, regarding which the law is consistent.

We thus, find ourselves in a piquant situation where in the absence of any law or obligation flowing therefrom, to give any directions to dispose of the body even if one were to venture considering to do so, without impinging on the belief of the Sansthan and violating the provisions of Article 25 of the Constitution of India.

[...]

We have repeatedly asked the learned counsel for the State whether there is any law relating to the disposal of the dead-bodies and the stoic answer is in the negative.

Absence of any law would put to rest the reasoning given by the learned Single Judge while relying on the precedent of a French Court mandating disposal of a dead-body on the basis of an existing law in that country. In the absence of any law, we are unable to accept that precedent and even though the present controversy has lingered on for a few years by now the State unfortunately has not woken up to the necessity of having a law that would obviate such like contingencies. The lament of the learned Single Judge in this regard is absolutely justified.

In the passing however, we would still notice the judgment of an English Court, as our attention was drawn to it where a fourteen year old afflicted with a terminal ailment expressed her desire to preserve her body according to the science of Cryonics where a body is kept in a frozen state, after following a preservation procedure that the technology dictates.

Even cryonics, at least today would be a 'belief of a science' of the medical fraternity who have their reasons to believe that cell can revive itself if kept frozen thus hoping that life can be infused at some future point of time. Till the time it does not actually translate into reality, it will be a belief and no better than the belief of the followers who believe their spiritual Guru to be in a state of Samadhi.

History is replete with examples where bodies were preserved but we need not spend time on it for this is an argument of the Sansthan and the followers to justify the retention of body and shake of the perception of absurdity of their belief.

The Court can thus only put the State on caution that if the preservation of the body of Ashutosh Ji Maharaj creates a situation which threatens public health, morality or public order, it would have to step in instantaneously to enforce its writ and stem such a course forthwith and dispose of the body.

**We would hence decline to invade the sacred territory of personal beliefs and faiths and disagree with the learned Single Judge and his mandate to dispose of the body unless there is cogent material to show its degeneration or the issue snowballs into one of public health, order or morality<sup>33</sup>.**

We have noticed the existence of Coroners Act of 2008 in England.

It is high time our country wakes up to the requirement of such a law. The Coroners Act of 1871 is archaic. Such an Act will go a long way to decide issues of deaths, natural and unnatural and empower the Coroner to enquiry into and declare a death.

We sincerely hope that the Union Government does notice these issues of concern to awaken to the need of such a law and thus direct that the copy of this order be supplied to the Additional Solicitor General Shri S.P.Jain. For the reasons aforesaid, we would set aside the judgment of the learned Single Judge and liberate the Sansthan and the State from the mandate given by him while leaving the alleged son Dalip Kumar Jha to his remedies in law as directed by the learned Single Judge with whom we agree in this regard. The prayer of Dalip Kumar Jha to conduct a DNA Test would also be left to him to be raised, if he chooses to take recourse to a civil suit and we make it clear that if such a course is adopted by Dalip Kumar Jha, the Sansthan will not resist the handing over of a DNA sample from the body of Ashutosh Ji Maharaj, as may be determined by any procedure to be determined by the medical professionals.

We would also unhesitatingly give the following directions to ensure that the body of Ashutosh Ji Maharaj does not degenerate or decay:-

(1) A medical team would be constituted by the D.M.C., Ludhiana of which C.M.O., Jalandhar would be a part who would visit the place where the body has been kept to examine it and ensure its preservation in good state.

(2) The frequency of the inspection and the intervening period between inspections would be left to the wisdom of the medical fraternity.

(3) The D.M.C., Ludhiana would also be at liberty to prescribe its charges which the Sansthan will have to pay and if the amount is not paid by the Sansthan to the doctors, they would be at liberty to apprise the C.J.M., Jalandhar who would seek to execute this order and recover the amount from the property of the Sansthan.

(4) To obviate a default, it is directed that the Sansthan would create a corpus of Rs.50 lacs to be retained in a Bank in an F.D.R. which will ensure a security for the professional charges of the medical team.

---

<sup>33</sup> *Destacado es nuestro.*

With these observations, all these LPAs are disposed of.  
L.P.A. No.2043 of 2014 filed by Dalip Kumar Jha is dismissed.  
L.P.A. No.2044 of 2014 filed by the Sansthan, L.P.A. No.2052 of  
2014 filed by the State and LP..A. No.224 of 2015 filed by Sadhvi Tapehswari  
Bharti are allowed.

(MAHESH GROVER )  
JUDGE

(SHEKHER DHAWAN )  
July 5, 2017 JUDGE”

High Court of Punjab & Haryana at Chandigarh  
[https://phhc.gov.in/enq\\_caseno.php?var1=LPA&var2=2043&var3=2014](https://phhc.gov.in/enq_caseno.php?var1=LPA&var2=2043&var3=2014)  
(5 de julio de 2017)

[Volver al índice](#)

## Corte Europea de Derechos Humanos

### A. Decisión de Inadmisibilidad de la Corte en el caso Gard y otros v. el Reino Unido<sup>34</sup>

FIRST SECTION<sup>35</sup>

DECISION

*This version was rectified on 3 July 2017  
under Rule 81 of the Rules of Court.*

Application no. 39793/17  
Charles GARD and Others  
against the United Kingdom

The European Court of Human Rights (First Section), sitting on 27 June 2017 as a Chamber composed of:

Linos-Alexandre Sicilianos, *President*,  
Kristina Pardalos,  
Aleš Pejchal,  
Krzysztof Wojtyczek,  
Armen Harutyunyan,  
Tim Eicke,  
Jovan Ilievski, *judges*,

and Abel Campos, *Section Registrar*,

Having regard to the interim measure indicated to the respondent Government under Rule 39 of the Rules of Court of 9 and 13 June 2017,

Having regard to the above application lodged on 19 June 2017.

Having regard to the decision to grant priority to the above application under Rule 41 of the Rules of Court.

Having deliberated, decides as follows:

#### THE FACTS

1. A list of the applicants is set out in the Appendix.

#### A. The circumstances of the case

1. *The background facts*
2. The facts of the case may be summarised as follows.

---

<sup>34</sup> La sentencia completa está disponible en la página web del Centro, pinchando este [link](#)

<sup>35</sup> Las notas del original han sido omitidas.

3. The first applicant ("CG") was born on 4 August 2016. His parents are the second and third applicants. CG initially appeared to have been born healthy. Medical professionals subsequently observed that CG was failing to gain weight, and his breathing was becoming increasingly lethargic and shallow. He was admitted to Great Ormond Street Hospital ("GOSH") on 11 October 2016, where he has remained since.

4. There is no dispute that CG is suffering from a very rare and severe mitochondrial disease called infantile onset encephalomyopathic mitochondrial DNA depletion syndrome ("MDDS"). The disease is caused by mutations in a gene called RRM2B. The mutations cause the deterioration and death of fuel-giving mitochondrial cells in every part of the patient's body, depriving him of the essential energy for living. In CG's case, his brain, muscles and ability to breathe are all seriously affected. He has progressive respiratory failure and is dependent on a ventilator. He can no longer move his arms or legs and is not consistently able to open his eyes. He is persistently encephalopathic, meaning that there are no usual signs of normal brain activities such as responsiveness, interaction or crying. In addition he has congenital deafness and a severe epilepsy disorder. His heart, liver and kidneys are also affected but not severely.

5. The parents became aware of a form of therapy ("nucleoside treatment") which has been used on patients with a less severe mitochondrial condition known as TK2 mutation. This type of mutation primarily causes myopathy (muscle weakness) but does not affect the brain in the majority of cases. There is some evidence that patients with TK2 mutation have benefited from nucleoside treatment. The parents contacted Dr I, Professor of Neurology at a medical centre in America. Dr I confirmed that nucleoside treatment had not been used on either mice or humans with RRM2B mutation, but that there was a "theoretical possibility" that the treatment might be of benefit to CG.

6. At the start of January 2017, a plan was devised by CG's treating clinicians in the United Kingdom for nucleoside treatment to be administered in the United Kingdom. As the treatment is experimental, an application to the Ethics Committee was prepared to authorise its use and a meeting planned for 13 January. However before a treatment plan could be agreed, CG experienced an episode of brain seizures as a result of his epilepsy, which started on around 9 or 10 January and continued intermittently until 27 January. On 13 January, CG's treating clinicians informed the parents that CG was suffering severe epileptic encephalopathy. They concluded that nucleoside treatment would be futile and would only prolong CG's suffering. His case was also considered by an expert team in Barcelona, which reached the same conclusion. The meaning of "futile" was the subject of argument at the domestic level. The Court of Appeal concluded:

"44. In relation to the judge's use of the word "futile" it is argued that there is a distinction between the medical definition of futility and the concept of futility in law .... Medicine looks for "a real prospect of curing or at least palliating the life-threatening disease or illness from which the patient is suffering", whereas, for the law, this sets the goal too high in cases where treatment "may bring some benefit to the patient even though it has no effect on the underlying disease or disability" .... In the present case, tragically, this is a difference without a distinction in the light of the judge's finding that the potential benefit of nucleoside therapy would be "zero". It would therefore be, as the judge held at paragraph 90, "pointless and of no effective benefit".

2. *Judgment of the High Court of 11 April 2017, Great Ormond Street Hospital v. (1) Constance Yates, (2) Chris Gard, (3) Charles Gard (A child by his Guardian Ad Litem) [2017] EWHC 972 (Fam)*

7. In February 2017, GOSH made an application to the High Court for an order stating that it would be lawful, and in CG's best interests, for artificial ventilation to be withdrawn and palliative care provided. The application was opposed by the parents. The question of possible nucleoside therapy was raised by the parents as the proceedings progressed and they put information before the High Court that Dr I was willing to treat CG. Accordingly, the order ultimately included a third element, that it would not be in CG's interest to undergo nucleoside treatment (see paragraph 31).

8. Over the course of three days in April 2017, the High Court heard evidence from the parents, CG's guardian (see paragraph 17) and a number of expert witnesses including Professor A, Dr B and CG's two nurses at GOSH, and Dr I by telephone. It received a report from the medical expert instructed by the parents, Dr L. The Court also received 4 second opinions from world leading medical experts in paediatrics and rare mitochondrial disorders. They were Dr C, Consultant in Paediatric Intensive Care at St. Mary's Hospital; Dr D, Consultant Respiratory Paediatrician at Southampton Hospital; Dr E, Consultant and Senior Lecturer in Paediatric Neurology at the Newcastle Upon Tyne NHS Foundation Trust, and Dr F, Consultant Paediatric Neurologist at St. Mary's Hospital. The judge also visited CG in hospital.

#### **(a) The Medical Evidence as Presented by Great Ormond Street Hospital and Dr L**

9. Dr B, Consultant Paediatric Intensivist at GOSH, gave evidence that CG was so damaged that there was no longer any movement (noting that there was no evidence of a sleep/wake cycle). He said that there were no further treatments available to CG which could improve him from his current situation and that this was the opinion of the entire treatment team, including those from whom a second opinion had been obtained. He stated that CG can probably experience pain, but was unable to react to it in a meaningful way.

10. Professor A, a leading expert with a special interest in mitochondrial diseases, gave evidence on the prospect of successful nucleoside treatment. She noted that the treatment had never been tried on humans or even on animals with the RRM2B mutation. She stated that even if there was an ability to cross the blood/brain barrier, the treatment could not reverse the structural damage already done to the CG's brain. She said that seizures in mitochondrial disease are a sign that death is, at most, six to nine months away.

11. Professor A added that:

"90 ... she and Dr I did not really differ on the science and that both agree that, very sadly, it is extremely unlikely to help Charlie. She said that, in her view, there was a cultural difference in philosophy between treatment in the United States and in the United Kingdom. She said that she tried to have the child at the centre of her actions and thoughts whereas in the United States, provided there is funding, they will try anything."

12. Dr L, Consultant Paediatric Neurologist, was instructed on behalf of the parents. His report was produced on the second day of the hearing. Dr L concluded that:

"The nature of [CG's] condition means that he is likely to continue to deteriorate, that he is likely to remain immobile, that he will exhibit severe cognitive impairment, that he will remain dependent on ventilatory support to maintain respiration, will continue to need to be tube fed and that he will always be dependent on mechanical ventilation to maintain life."

#### **(b) The Medical Evidence as presented by Dr I**

13. Although he had never examined CG himself, Dr I had full access to his medical history. After reviewing recent EEG results, Dr I stated:

"98.[...] I can understand the opinion that he is so severely affected by encephalopathy that any attempt at therapy would be futile. I agree that it is very unlikely that he will improve with that therapy [nucleoside treatment]. It is unlikely."

14. The judge summarised Dr I's evidence stating:

"127. Dr I who has not had the opportunity of examining Charlie, and who operates in what has been referred to as a slightly different culture in the United States where anything would be tried, offers the tiniest chance of some remotely possible improvement based on a treatment which has been administered to patients with a

different condition. I repeat that nucleoside therapy has not even been tried on a mouse model with RRM2B. As Dr I candidly said,

“It is very difficult for me never having seen him, being across the Atlantic and seeing bits of information. I appreciate how unwell he is. His EEG is very severe. I think he is in the terminal stage of his illness. I can appreciate your position. I would just like to offer what we can. It is unlikely to work, but the alternative is that he will pass away.”

15. Asked what level of functioning could reasonably be expected after treatment with nucleoside, he said that the main benefit would be improvement of weakness, increased upper strength, and reduced time spent on ventilators. He however accepted that the treatment, if administered, was unlikely to be of any benefit to CG’s brain. He described the probability as low, but not zero. He agreed that there could be no reversal of the structural damage to Charlie’s brain.

### **(c) Position of the parents**

16. The parents denied that CG’s brain function was as bad as the expert evidence made out. They denied that CG did not have a sleep/wake cycle. They acknowledged and accepted that the quality of life that CG had was not worth sustaining without hope of improvement.

### **(d) Position of CG represented by his guardian (appointed by the High Court)**

17. At the outset of the proceedings the High Court joined CG to the proceedings and appointed a guardian to represent CG’s interests throughout the proceedings, who in turn appointed legal representatives. The relevant procedural rule permits joining a child where the court considers this is in the best interests of the child. The Court must then appoint a guardian unless it is satisfied that it is not necessary to do so to safeguard the interests of the child. According to the relevant practice direction (see section 3 below):

“It is the duty of a children’s guardian fairly and competently to conduct proceedings on behalf of the child. The children’s guardian must have no interest in the proceedings adverse to that of the child and all steps and decisions the children’s guardian takes in the proceedings must be taken for the benefit of the child.”

18. Throughout the domestic proceedings, the guardian argued that it was not in CG’s best interests to travel to America to receive purely experimental treatment with no real prospect of improving his condition or quality of life.

### **(e) Decision**

19. On 11 April 2017, the High Court acceded to GOSH’s applications.

20. The High Court judge firstly outlined the relevant legal test as applied to decisions relating to medical treatment of children (see section 2 below). He acknowledged that though parents with parental responsibility have the power to give consent for their child to undergo treatment, as a matter of law, overriding control is vested in the court exercising its independent and objective judgement in the child’s best interests. In making that decision, the welfare of the child is paramount. The starting point is the strong presumption of the sanctity of life, and a course of action which will prolong life. The judge must look at the question from the assumed point of view of the child. The term ‘best interests’ encompasses medical, emotional, and all other welfare issues.

21. The judge observed that there was a consensus from all of the doctors that had examined CG, including the medical expert instructed by the parents that nucleoside treatment would be futile, that is to say pointless and of no effective benefit.

22. The judge concluded that subjecting CG to nucleoside treatment would be to enter unknown territory and could possibly subject him to pain, accepting the evidence that:

“22...the GOSH team believe that Charlie can probably experience pain but is unable to react to it in a meaningful way. Their evidence was that being ventilated, being suctioned, living as Charlie does, are all capable of causing pain. Transporting Charlie to the USA would be problematic, but possible.”

23. The judge concluded:

“128. As the Judge whose sad duty it is to have to make this decision, I know that this is the darkest day for Charlie’s parents who have done everything that they possibly can for him and my heart goes out to them as I know does the heart of every person who has listened to this tragic case during the course of the past week or so. I can only hope that in time they will come to accept that the only course now in Charlie’s best interests is to let him slip away peacefully and not put him through more pain and suffering”.

3. *The Court of Appeal Decision of 23 May 2017, (1) Constance Yates, (2) Christopher Gard – and – (1) Great Ormond Street Hospital for Children NHS Foundation Trust - and – (2) Charles Gard (a child, by his guardian) [2017] EWCA Civ 410*

24. Before the Court of Appeal, the applicants sought to argue that the High Court judge had erred by relying on the ‘best interests’ test alone. They sought to make a distinction between two types of cases relating to medical treatment of children. The first type of case involves parents who oppose the course of treatment for which the treating clinicians apply, and who do not have a viable alternative treatment to put before the court. In the second type of case there is a viable alternative treatment option put forward by the parents. The applicants submitted that their case fell into the latter category. In these circumstances, the applicants (relying on a recent High Court case (*Re King* [2014] EWHC 2964 (Fam.)) argued that a parent’s preferred treatment option should only be overridden if it is established that the option would likely cause the child “significant harm”. The applicants also argued that it was the hospital who had applied to prevent the delivery of a therapy which it did not, itself, intend to provide. This was outside its powers as a public authority, and the court had no jurisdiction to uphold the hospital’s position.

25. The applicants relied on Article 8 of the Convention to say that applying a “best interests” test, rather than a “significant harm” test permitted unjustified interference in their parental rights under that Article. They also referred to Articles 2 and 5 of the Convention, but did not develop any arguments under those Articles. CG’s guardian and GOSH maintained their position that the course of action proposed by the parents was not in CG’s best interests.

26. Permission to appeal was granted in respect of the human rights grounds, but only in so far as they supplemented the core grounds for appeal.

27. On 23 May 2017, the Court of Appeal dismissed the appeal. It stated:

“96. If one option is favoured by a parent, that may give it weight, or as Lord Justice Waite put it, incline the court to be “influenced by a reflection that in the last analysis, the best interests of every child, include an expectation that difficult decisions affecting the length and quality of its life will be taken for it by the parent to whom its care has been entrusted by nature” Notwithstanding that that is the case, in the end it is the judge who has to choose the best course for a child. Whereas, in the case of *Re King* before Mr Justice Baker, there really was nothing to choose as between the benefits and detriments of two forms of radiotherapy, the court readily stood back and allowed the parents to make their choice”.

...

“112. It goes without saying that in many cases, all other things being equal, the views of the parents will be determinative. Very many cases involving children with these tragic conditions never come to court because a way

forward is agreed as a result of mutual respect between the family members and the hospital, but it is well recognised that parents in the appalling position that these and other parents can find themselves may lose their objectivity and be willing to “try anything” even if, when viewed objectively, their preferred option is not in a child’s best interest. As the authorities to which I have already made reference underline again and again, the sole principle is that the best interests of the child must prevail and that must apply even to cases where parents, for the best of motives, hold on to some alternate view.”

28. It found that the High Court was entitled to conclude that the nucleoside treatment option would be futile, and would have no benefit. As a consequence, nucleoside treatment was not a viable option before the court. The court therefore concluded that the factual basis for the applicants’ submissions was undermined, and that the question of whether a distinction existed between types of cases involving medical treatment for children advocated by parents did not arise.

29. Nevertheless, the Court of Appeal considered the “significant harm” test proposed by the applicants and stated that:

“114...It must follow from that unanimous professional and expert evidence that to move Charlie to America and expose him to treatment over there would be likely to expose him to continued pain, suffering and distress”.

30. The court said:

“114... it is plain that the [High Court] judge was not invited to consider the law in the way that is now put before this court let alone to consider the existence of “category 2” cases with the need to establish a threshold for significant harm. I have made extensive reference to the evidence as recorded by the judge regarding Charlie’s current state. It is clear, in my view, that if the judge had been invited to form a conclusion on whether Charlie was or was not suffering significant harm currently, that finding would have been made. At paragraph 49 the judge records the evidence of the doctors, the medical staff who have knowledge of the current state of Charlie’s life in the hospital and each of the other experts as follows:

“In some parts of the media this has been referred to as “pioneering treatment”. In fact, this type of treatment has not even reached the experimental stage on mice let alone been tried on humans with this particular strain of MDDS. It is the view of all those who have treated and been consulted in relation to Charlie in this country and also in Barcelona that such treatment would be futile, by which I mean would be of no effect *but may well cause pain, suffering and distress to Charlie*. This is the principal issue with which I have to grapple in this case [emphasis added]”.

...

115. The administration of nucleoside therapy, which involves no more than the introduction of some powder into the nutritional feed to Charlie’s body and may, at most, trigger some adverse bowel reaction, may be relatively benign and may not itself cause significant harm. The prospect of significant harm arises, however, in the context of such treatment from the judge’s finding that it would be of no benefit for Charlie and that he would need to continue with the regime of life-sustaining treatment, which the judge concluded was not otherwise in his best interests, so that the nucleoside therapy could be administered”.

31. The court also concluded that the hospital had not acted outside its powers. The issue of nucleoside treatment had been raised by the parents, not by the hospital. The appeal court found that the High Court judge’s decision resulted from a “child-focused, court-led evaluation of the baby’s best interests”. The fact that the merits of the alternative treatment represented a large part of the evaluation demonstrated that the judge had regarded the parents’ views as an important part of the process.

32. On the basis that the human rights grounds supported the applicant's primary grounds, the Court of Appeal found that they too should be dismissed.

*4. The Supreme Court decision of 8 June 2017, in the Matter of Charlie Gard*

33. The applicants requested permission to appeal from the Supreme Court, who heard their application on Thursday 8 June 2017. Before the Supreme Court the applicants repeated the arguments made before the lower courts with a particular focus on the respect for their parental rights under Article 8, repeating the argument rejected by the Court of Appeal that the only reason which could justify interference in their Article 8 rights would be if there were a risk of "significant harm" to the child.

34. GOSH and CG's guardian underlined that in accordance with domestic and international law, the best interests of the child were of paramount importance. They repeated their arguments that taking Charlie to America for experimental treatment was not in his best interests. CG's guardian underlined that even if the proposed "significant harm" test were applied, the applicant's claim would still fail because as stated by the Court of Appeal, continuing to maintain his life and taking him to America would be likely to expose him to continued pain, suffering and distress.

35. The Supreme Court rejected the applicants' request for permission on the basis that no point of law of general, public importance had been identified. With reference to the domestic statute; the Convention; this Court's case law; and the UN Convention on the rights of the child, the Supreme Court underlined that the welfare of the child shall be the paramount consideration. In its determination of the application on permission to appeal it concluded:

"Finally, the European Court of Human Rights has firmly stated that in any judicial decision where the rights under Article 8 of the parents and the child are at stake, the child's rights must be the paramount consideration. If there is any conflict between them the child's interests must prevail".

36. The Supreme Court also reiterated the finding of the Court of Appeal that even if the "best interests" test were replaced with a test of "significant harm", it is likely that Charlie would suffer significant harm if his present suffering is prolonged without any realistic prospect of improvement.

*5. The Supreme Court decision of 19 June 2017, in the Matter of Charlie Gard*

37. In light of the indication of this Court of 13 June 2017 under Rule 39, the government requested a hearing before the Supreme Court for directions on whether the Supreme Court could direct a further stay of the declaration of the High Court of 11 April 2017 (see paragraph 19 above). In their judgment the Supreme Court stated:

"15. Every day since 11 April 2017 the stays have obliged the hospital to take a course which, as is now clear beyond doubt or challenge, is not in the best interests of Charlie. The hospital finds itself in an acutely difficult ethical dilemma: although the stays have made it lawful to continue to provide him with AVNH, it considers it professionally wrong for it to have continued for over two months to act otherwise than in his best interests.

...

"17. We three members of this court find ourselves in a situation which, so far as we can recall, we have never previously experienced. By granting a stay, even of short duration, we would in some sense be complicit in directing a course of action which is contrary to Charlie's best interests".

38. The court also recalled the importance of protecting the applicants' right to petition this Court and accordingly, granted a further stay until midnight on 10/11 July 2017.

39. In closing the Supreme Court noted:

“22. By way of postscript, the court was today informed that the proposed application to the ECtHR will be made not only by the parents but also by or on behalf of Charlie. It is not, of course, for this court to comment on how the ECtHR should address the status of an application made by parents on behalf of a child for a declaration that his rights have been violated by decisions found to have been made in his best interests. But, as the ECtHR well knows, our procedures have required that Charlie’s participation in the domestic proceedings should at all times have been in the hands of an independent, professional guardian”.

## B. Relevant domestic law and practice

### 1. *The Children Act 1989*

40. Subsection 1 is titled “Welfare of the child”. It provides:

(1) When a court determines any question with respect to—

(a) the upbringing of a child; ...

the child’s welfare shall be the court’s paramount consideration.

(2) In any proceedings in which any question with respect to the upbringing of a child arises, the court shall have regard to the general principle that any delay in determining the question is likely to prejudice the welfare of the child.

41. The Act also addresses “parental responsibility”. It provides that where a child’s father and mother were married to each other at the time of his birth, they shall each have parental responsibility for the child. Each of the parents, or the mother if she is unmarried, has parental responsibility over the child. Section 3 states. In the Act “parental responsibility” means:

“all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.”

42. Section 8 (1) grants the courts the powers to make orders with respect to children in certain circumstances, known as “specific issue” orders.

### 2. *Domestic case law*

#### (a) *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR at p.480.

43. The court stated that a child’s parents having parental responsibility have the power to give consent for their child to undergo treatment, but overriding control is vested in the court exercising its independent and objective judgment in the child’s best interests.

#### (b) *An NHS Trust v. MB (A Child represented by CAFCASS as Guardian ad Litem)* [2006] 2 FLR 319.

44. The court said as follows:

"(i) As a dispute has arisen between the treating doctors and the parents, and one, and now both, parties have asked the court to make a decision, it is the role and duty of the court to do so and to exercise its own independent and objective judgment.

(ii) The right and power of the court to do so only arises because the patient, in this case because he is a child, lacks the capacity to make a decision for himself.

(iii) I am not deciding what decision I might make for myself if I was, hypothetically, in the situation of the patient; nor for a child of my own if in that situation; nor whether the respective decisions of the doctors on the one hand or the parents on the other are reasonable decisions.

(iv) The matter must be decided by the application of an objective approach or test.

(v) That test is the best interests of the patient. Best interests are used in the widest sense and include every kind of consideration capable of impacting on the decision. These include, non-exhaustively, medical, emotional, sensory (pleasure, pain and suffering) and instinctive (the human instinct to survive) considerations.

(vi) It is impossible to weigh such considerations mathematically, but the court must do the best it can to balance all the conflicting considerations in a particular case and see where the final balance of the best interests lies.

(vii) Considerable weight (Lord Donaldson of Lynton MR referred to 'a very strong presumption') must be attached to the prolongation of life because the individual human instinct and desire to survive is strong and must be presumed to be strong in the patient. But it is not absolute, nor necessarily decisive; and may be outweighed if the pleasures and the quality of life are sufficiently small and the pain and suffering or other burdens of living are sufficiently great.

(viii) These considerations remain well expressed in the words as relatively long ago now as 1991 of Lord Donaldson of Lynton in *Re J (A minor) (wardship: medical treatment)* [1991] Fam 33 at page 46 where he said:

'There is without doubt a very strong presumption in favour of a course of action which will prolong life, but ... it is not irrebuttable ... Account has to be taken of the pain and suffering and quality of life which the child will experience if life is prolonged. Account has also to be taken of the pain and suffering involved in the proposed treatment... We know that the instinct and desire for survival is very strong. We all believe in and assert the sanctity of human life .... Even very severely handicapped people find a quality of life rewarding which to the unhandicapped may seem manifestly intolerable. People have an amazing adaptability. But in the end there will be cases in which the answer must be that it is not in the interests of the child to subject it to treatment which will cause it increased suffering and produce no commensurate benefit, giving the fullest possible weight to the child's, and mankind's desire to survive.'

(ix) All these cases are very fact specific, i.e. they depend entirely on the facts of the individual case.

(x) The views and opinions of both the doctors and the parents must be carefully considered. Where, as in this case, the parents spend a great deal of time with their child, their views may have particular value because they know the patient and how he reacts so well; although the court needs to be mindful that the views of any parents may, very understandably, be coloured by their own emotion or sentiment. It is important to stress that the reference is to the views and opinions of the parents. Their own wishes, however understandable in human terms, are wholly irrelevant to consideration of the objective best interests of the child save to the extent in any given case that they may illuminate the quality and value to the child of the child/parent relationship."

**(c) *An NHS Trust v. MB (A Child represented by CAFCASS as Guardian ad Litem)* [2006] 2 FLR 319.**

45. In this case, the Supreme Court stated as follows:

"[22] Hence the focus is on whether it is in the patient's best interests to give the treatment, rather than on whether it is in his best interests to withhold or withdraw it. If the treatment is not in his best interests, the court will not be able to give its consent on his behalf and it will follow that it will be lawful to withhold or withdraw it. Indeed, it will follow that it will not be lawful to give it.

[39] ...in considering the best interests of this particular patient at this particular time, decision-makers must look at his welfare in the widest sense, not just medical but social and psychological; they must consider the nature of the medical treatment in question, what it involves and its prospects of success; they must consider what the outcome of that treatment for the patient is likely to be; they must try and put themselves in the place of the individual patient and ask what his attitude to the treatment is or would be likely to be; and they must consult others who are looking after him or interested in his welfare, in particular for their view of what his attitude would be."

### 3. Family Procedure Rules 2010

46. Rule 16.2 sets out when a child can be joined as a party in family proceedings, stating:

"(1) The court may make a child a party to proceedings if it considers it is in the best interests of the child to do so".

47. If the court decides to join a child as a party in family proceedings then a guardian must be appointed to represent them, unless the court is satisfied that it is not necessary to do so to safeguard the interests of the child.

48. The Family Court Practice Direction – Representation of Children, Part 4, Section 2, sets out the duty of the guardian as follows:

"It is the duty of a children's guardian fairly and competently to conduct proceedings on behalf of the child. The children's guardian must have no interest in the proceedings adverse to that of the child and all steps and decisions the children's guardian takes in the proceedings must be taken for the benefit of the child".

49. The Court of Appeal considered the role of the guardian in *R & Ors v. Cafcass* [2012] EWCA Civ 853, commenting:

"23. No detailed analysis of this statutory regime is necessary. The provisions speak for themselves. All we need say is that the children's guardian is on any view pivotal to the whole scheme. The guardian is both the voice of the child and the eyes and ears of the court. As any judge who has ever sat in care cases will be all too aware, the court is at every stage of the process critically dependent upon the guardian. In a jurisdiction where the State is seeking to intervene – often very drastically – in family life, the legislature has appropriately recognised that determination of the child's best interests cannot be guaranteed if the proceedings involve no more than an adversarial dispute between the local authority and the parents. Parliament has recognised that in this very delicate and difficult area the proper protection and furthering of the child's best interests require the child to be represented both by his own solicitor and by a guardian, each bringing to bear their necessary and distinctive professional expertise."

### 4. Access to experimental medication

50. All clinical trials to establish whether experimental medical treatment is appropriate and safe for human use need to be approved by the National Health Service Research Ethics Committee. The statutory framework is contained in the Medicines for Human Use (Clinical Trials Regulations) 2004, which transposes the European Clinical Trials Directive (EC/2001/20) into domestic law. The General Medical Council, which is the standard setting body for doctors in the United Kingdom, has also published guidelines on "Good practice in research covering clinical trials".

## C. International Law and Practice

### 1. United Nations

51. Article 3 (1) of the United Nations Convention on the Rights of the Child states:

“In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration”.

## 2. Council of Europe

52. The Council of Europe’s Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (opened to signature at Oviedo on 4 April 1997), contains the following principles regarding consent:

### “Chapter II – Consent

#### Article 6 – Protection of persons not able to consent

1. Subject to Articles 17 and 20 below, an intervention may only be carried out on a person who does not have the capacity to consent, for his or her direct benefit.

2. Where, according to law, a minor does not have the capacity to consent to an intervention, the intervention may only be carried out with the authorisation of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law.

The opinion of the minor shall be taken into consideration as an increasingly determining factor in proportion to his or her age and degree of maturity.

3. Where, according to law, an adult does not have the capacity to consent to an intervention because of a mental disability, a disease or for similar reasons, the intervention may only be carried out with the authorisation of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law.

The individual concerned shall as far as possible take part in the authorisation procedure.

4. The representative, the authority, the person or the body mentioned in paragraphs 2 and 3 above shall be given, under the same conditions, the information referred to in Article 5.

5. The authorisation referred to in paragraphs 2 and 3 above may be withdrawn at any time in the best interests of the person concerned.

53. According to the Explanatory report to the Convention, Article 6 is intended to be in conformity with the provisions in the United Nations Convention on the Rights of the Child (see paragraph 51). The Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations was drawn up by the Committee on Bioethics of the Council of Europe in the course of its work on patients’ rights and with the intention of facilitating the implementation of the principles enshrined in the Oviedo Convention.

## 3. European Union

54. The European Union’s Charter of Fundamental Rights, which became legally binding with the entry into force of the Lisbon Treaty on 1 December 2009, contains the following Article:

### **Article 24 – The rights of the child**

“1. Children shall have the right to such protection and care as is necessary for their well-being. They may express their views freely. Such views shall be taken into consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity.

2. In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration.

3. Every child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his, or her parents, unless that is contrary to his or her interests."

## COMPLAINTS

55. The second and third applicants complained on their own behalf and on behalf of the first applicant under Articles 2 and 5 of the Convention. They argued that the hospital has blocked life-sustaining treatment to CG in violation of the positive obligation under Article 2. In respect of Article 5, they argued that CG is deprived of his liberty within the meaning of that article by the order of 11 April 2017.

56. The second and third applicants complained on their own behalf under Articles 6 and 8 of the Convention. Under Article 6 they complained that the Court of Appeal concluded that their intended parental decisions would cause the first applicant "significant harm" without hearing witness evidence on this point. Under Article 8 they argued that the declaration by the High Court of 11 April 2017 and subsequent domestic court decisions amount to a disproportionate interference in their parental rights because the domestic courts had taken their decisions in the "best interests" of the child. Whereas they should have asked whether there is a likelihood that the child "is suffering, or likely to suffer, significant harm". As a result, the interference in their parental rights under Article 8 is disproportionate and cannot be justified.

## THE LAW

### I. STANDING TO ACT IN THE NAME AND ON BEHALF OF CG

57. Article 34 of the Convention provides as follows:

"The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right."

#### A. Articles 2 and 5 of the Convention

58. In respect of Articles 2 and 5, the second and third Applicants have argued on their own behalf and that of CG that the hospital has blocked life-sustaining treatment to CG and the result is that he is unlawfully deprived of his liberty. The second and third applicants did not give any reasons why the Court should consider that they have standing to make those complaints on CG's behalf.

#### B. The Court's assessment

### 1. The relevant principles

59. In respect of Article 2, the relevant principles are set out in *Lambert and Others v. France* [GC], no. 46043/14, §§ 89-95, ECHR 2015 (extracts). In order to rely on Article 34 of the Convention, an applicant must be able to claim to be a victim of a violation of the Convention. An exception is made to this principle where the alleged violation or violations of the Convention are closely linked to a death or disappearance in circumstances allegedly engaging the responsibility of the State. In such cases the Court has recognised the standing of the victim's next-of-kin to submit an application (see *Lambert and Others*, cited above, §§ 89-90).

60. Amongst the authorities cited in that case, the Court notes that under Article 8 of the Convention, it has also accepted on several occasions that parents who did not have parental rights could apply to it on behalf of their minor children (see *Lambert and Others*, cited above, § 94, with further references). The key criterion for the Court in these cases was the risk that some of the children's interests might not be brought to its attention and that they would be denied effective protection of their Convention rights.

61. In respect of Article 5, the Court has regarded this right as one which is non-transferable (see *Tomaszewscy v. Poland*, no. 8933/05, § 77, 15 April 2014). However, in certain cases concerning Articles 5, 6 and 8 of the Convention, the Court has recognised that those close to the victim can be regarded as having standing due to a legitimate material interest and a moral interest, on behalf of themselves and of the family (see *Nolkenbockhoff v. Germany*, no 10300/83, § 33, 25 August 1987 § 33). Where there was an absence of close family ties, the Court has considered this one reason why standing should not be afforded to those who are not direct victims (see *Sanles Sanles v. Spain* (dec.), no. 48335/99, ECHR 2000-XI).

62. Overall, a review of the cases in which the Convention institutions have accepted that a third party may, in exceptional circumstances, act in the name and on behalf of a vulnerable person reveals the following two main criteria: the risk that the direct victim will be deprived of effective protection of his or her rights, and the absence of a conflict of interests between the victim and the applicant (see *Lambert and Others*, § 102).

### 2. Application to the present case

63. Applying those two criteria set out above to the present case, the Court must consider whether concluding the second and third applicants do not have standing to complain on CG's behalf would deprive CG of effective protection of his rights. In the present case, the Court finds the application of the criterion is more complex than that in *Lambert and Others*, (cited above) because the applicant is a minor, who has never been able to express his views.

64. The first criterion is whether there is a risk that CG as the direct victim, would be deprived of effective protection his rights if the present application could not go ahead on his behalf.

65. In this case that risk has been minimised where CG is represented by an independent, professional, court appointed guardian precisely to ensure that his own voice can be heard. That guardian has been active in the legal proceedings throughout the domestic procedures and it would be possible for the guardian to represent CG in an application to the Court.

66. The Court therefore concludes that based on the procedural possibility for CG to be represented, and the fact that this procedural possibility has functioned effectively in practice, the risk of a failure to protect CG's rights has been reduced as far as possible, in the circumstances.

67. On the second criterion, the question is whether there was a conflict of interest between CG and the second and third applicants. The existence of such a conflict would obviously raise doubts over whether the second and third applicants could make an application on CG's behalf. In this respect, the Court takes into account the unambiguous and repeated findings of the domestic courts that what the parents sought for CG was not in his best interests (see paragraph 37 above). Therefore, even though CG has never been able to express his views, the Court considers that there is a evident conflict of interest between the applicants.

68. Therefore, it could be argued that the second and third applicants do not have standing to raise a complaint under Article 2 of the Convention in the name and on behalf of CG. Indeed, this point was underlined by the Supreme Court in its judgment of 19 June 2017 (see paragraph 39 above).

69. The Court also recalls that applying those criteria in *Lambert and Others* (cited above § 106) it found that the parent applicants did not have standing to raise the complaints on the part of Vincent Lambert and concluded their complaint was incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention. However, looking at the situation as a whole, the Court considers that it is somewhat different to that in *Lambert and Others* (cited above), in light of the fact that CG is a minor, who has never been able to express his views or live an independent life. The second and third applicants' status as parents is therefore arguably to be accorded greater weight in the present case, than in that of *Lambert and Others*, where Vincent Lambert had lived an adult life, separately from his parents and clearly expressed his views. Such an approach would accord with that set out in Article 6.2 of the Oviedo convention (see paragraph 52).

70. However, the Court does not see a need to come to a final conclusion on this point because as in *Lambert and Others* (see § 112) the Court will examine all the substantive issues arising in the present case under Articles 2 and 5 of the Convention, given that they were raised by the applicants on their own behalf.

## II. EXHAUSTION OF DOMESTIC REMEDIES

### A. The relevant principles

71. The rule of exhaustion of domestic remedies in Article 35 § 1 which provides that the Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, reflects the fundamentally subsidiary role of the Convention mechanism. It normally requires that the complaints intended to be made at international level should have been aired before the appropriate domestic courts, at least in substance, in compliance with the formal requirements and time-limits laid down in domestic law.

72. The object of the rule is to allow the national authorities to address the allegation of a violation of a Convention right and, where appropriate, to afford redress before that allegation is submitted to the Court. If the complaint presented before the Court has not been put, either explicitly or in substance, to the national courts when it could have been raised, the national legal order has been denied the opportunity which the rule on exhaustion of domestic remedies is intended to give it to address the Convention issue. It is not sufficient that the applicant may have exercised another remedy which could have overturned the impugned measure on other grounds not connected with the complaint of a violation of a Convention right. It is the Convention complaint which must have been aired at national level for there to have been exhaustion of "effective remedies". It would be contrary to the subsidiary character of the Convention machinery if an applicant, ignoring a possible Convention argument, could rely on some other ground before the national authorities for challenging an impugned measure, but then lodge an application before the Court on the basis of the Convention argument (see, among many other authorities, *Vučković and Others v. Serbia* (preliminary objection) [GC], nos. 17153/11 and 29 others, §§ 69-77, 25 March 2014 *Peacock v the United Kingdom* no. 52335/12 (dec.) 5 January 2016 § 32).

### B. Application to the present case

#### *Articles 2, 5 and 6*

73. The Court notes that in their application the applicants have highlighted that the domestic courts have not given consideration to the arguments raised under Articles 2 and 5 of the Convention. Given the meticulous and careful nature of the judgments of the domestic courts and their flexible approach to procedure in this case, the Court

considers that the fact they did not address the Convention arguments does not indicate any arbitrariness in those judgments but rather results from the fact that those arguments were not made in any detail until the final stages in the proceedings. This conclusion is supported by a review of the content of the applicants' pleadings before the domestic courts. Concerning the arguments made under Article 6 about the fairness of the proceedings before the Court of Appeal, the Court notes that these were raised in brief by the applicants before the Supreme Court and expressly coupled with their complaints under Articles 5 and 8.

74. Therefore, the Court considers that a question is raised over whether the applicants have clearly shown that they provided the authorities with the opportunity which is in principle intended to be afforded to a Contracting State by Article 35 § 1 of the Convention, namely that of addressing, and thereby preventing or putting right, the particular Convention violation alleged against it, in line with the rule of exhaustion of domestic remedies.

75. However, it does not need to come to a final conclusion on the point because the arguments are manifestly ill-founded, for the reasons set out below.

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION

76. Article 2 of the Convention provides as follows:

“1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally ....”

#### The relevant principles

##### 1. Access to experimental treatment for terminally ill patients

77. Concerning access to experimental treatment, or treatment which is not usually authorised, the Court has previously considered that the positive obligations under Article 2 may include the duty to put in place an appropriate legal framework, for instance regulations compelling hospitals to adopt appropriate measures for the protection of their patients' lives (see *Hristozov and Others v. Bulgaria*, § 108). This caused the Court to note in relation to its finding of no violation of Article 2 in that case, where the applicants sought experimental cancer treatment at a private clinic in Germany, that Bulgaria had in place a regulatory system adopted in line with the requirements the relevant European Directives governing access to unauthorised medicinal products in cases where conventional forms of medical treatment appeared insufficient.

78. Overall the Court concluded that Article 2 of the Convention cannot be interpreted as requiring access to unauthorised medicinal products for the terminally ill to be regulated in a particular way (see *Hristozov and Others*, cited above, § 108).

##### 2. Withdrawal of life-sustaining treatment

79. As to the question of the withdrawal of life-sustaining treatment, the Court has examined this question in detail in its landmark Grand Chamber case *Lambert and Others* (cited above) from the standpoint of the State's positive obligations (see § 124).

80. In addressing the question of the administering or withdrawal of medical treatment in that and previous cases, the Court has taken into account the following elements:

- the existence in domestic law and practice of a regulatory framework compatible with the requirements of Article 2;
- whether account had been taken of the applicant's previously expressed wishes and those of the persons close to him, as well as the opinions of other medical personnel;

- the possibility to approach the courts in the event of doubts as to the best decision to take in the patient's interests (*Lambert and Others*, cited above, § 143).

81. As to the first of those three elements, the Court recalls its conclusion in its admissibility decision in *Glass v. the United Kingdom*, no. 61827/00, (dec.), 18 March 2003 that:

“Having regard to the detailed rules and standards laid down in the domestic law and practice of the respondent State in the area under consideration, it cannot be maintained that the relevant regulatory framework discloses any shortcomings which can lay the basis of an arguable claim of a breach of the domestic authorities' obligation to protect the first applicant's right to life.”

82. Accordingly, it dismissed the Article 2 complaint in that case as manifestly ill-founded.

83. The Court notes that no consensus exists among the Council of Europe member States in favour of permitting the withdrawal of artificial life-sustaining treatment, although the majority of States appear to allow it. While the detailed arrangements governing the withdrawal of treatment vary from one country to another, there is nevertheless consensus as to the paramount importance of the patient's wishes in the decision-making process, however those wishes are expressed (see *Lambert and Others*, cited above § 147).

84. Accordingly, the Court considers that in this sphere concerning the end of life, as in that concerning the beginning of life, States must be afforded a margin of appreciation, not just as to whether or not to permit the withdrawal of artificial life-sustaining treatment and the detailed arrangements governing such withdrawal, but also as regards the means of striking a balance between the protection of patients' right to life and the protection of their right to respect for their private life and their personal autonomy (see, *mutatis mutandis*, *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 237, ECHR 2010). However, this margin of appreciation is not unlimited (*ibid.*, § 238) and the Court reserves the power to review whether or not the State has complied with its obligations under Article 2 (*Lambert and Others*, cited above, § 148).

### 3. Application to the present case

85. The applicants complain that through the domestic legal proceedings, the hospital has blocked access to life-sustaining treatment for CG. This is a different argument to that advanced before the domestic courts, which concerned the withdrawal of life-sustaining treatment. The Court will therefore examine this argument in light of the general principles in its case law concerning access to experimental medication for terminally ill patients. In this respect it notes that it is not the subject of dispute between the parties that the treatment the second and third applicants seek for the first applicant is experimental, having never been tested on humans or animals (see paragraph 5), and any prospect of it having an effect is purely theoretical.

86. In relation to this argument, the Court recalls that in *Hristozov and Others* (cited above) it found no violation of Article 2 because the state had put in place a regulatory framework governing access to experimental medication. The applicants have not sought to argue in this case that such a framework is missing. However, the Court notes from the domestic proceedings, for example the need for permission from an Ethics Committee in order to access the nucleoside treatment (see paragraphs 6 and 50 above) that such a framework is in place in the United Kingdom. In addition it notes that like in *Hristozov and Others* (cited above), that regulatory framework is derived from the relevant European Directives.

87. As a regulatory framework is in place, this condition is fulfilled and the Court therefore recalls its conclusion in *Hristozov and Others* (cited above), that Article 2 of the Convention cannot be interpreted as requiring access to unauthorised medicinal products for the terminally ill to be regulated in any particular way. Accordingly, it considers that this aspect of the complaint is manifestly ill-founded.

88. As said, the applicants have not made an argument under Article 2 concerning the withdrawal of life-sustaining treatment. Nonetheless, the Court considers that in the circumstances of the case, and in light of the domestic

judgments which turned on these arguments, that it is also appropriate to analyse the applicants' complaint from this perspective.

89. In this context, the first of the three elements identified in the general principles set out above (see paragraph 81) is the existence in domestic law and practice of a regulatory framework compatible with the requirements of Article 2. In *Glass* ((dec.), cited above), the Court found the Article 2 complaint inadmissible because the framework in place was appropriate (see paragraph 81 above). Moreover, in its later judgment in that case it concluded that it did not consider that the regulatory framework in place in the United Kingdom is in any way inconsistent with the standards laid down in the Council of Europe's Convention on Human Rights and Biomedicine in the area of consent (see *Glass*, cited above, § 75). Given that the applicants have not raised arguments on this point in their present application, or before the domestic courts, the Court sees no reason to change its previous conclusion. It therefore considers the first element to be satisfied.

90. The second element is whether account had been taken of CG's previously expressed wishes and those of the persons close to him, as well as the opinions of other medical personnel. The applicants have not complained under this head, that their wishes were not taken account of in this context, although the Court considers that there is some overlap with the complaint made by the second and third applicants under Article 8 that their wishes as parents were not respected.

91. Examining the question from the perspective of Article 2, the Court recalls that neither Article 2 nor its case-law can be interpreted as imposing any requirements as to the procedure to be followed with a view to securing a possible agreement (see *Lambert and Others*, cited above, § 162).

92. It notes that whilst CG could not express his own wishes, the domestic courts ensured that his wishes were expressed through his guardian, an independent professional appointed expressly by the domestic courts for that purpose (see paragraph 48).

93. Moreover, the opinions of all medical personnel involved were examined in detail. These included the views of CG's treating specialist who enjoyed an international reputation in the field, and her supporting clinical team including paediatric doctors and nurses. Opinions were also sought from a clinical team at a specialised hospital in another European country. For the purposes of the domestic proceedings the applicants were invited to privately instruct their own medical expert, which they did (see paragraph 12) and the domestic courts engaged in detail with the views of that expert.

94. The High Court judge who made the first instance decision met with all the parties and medical professionals involved and visited CG in hospital. The Court of Appeal also heard from the doctor in America who was willing to treat the child who was also invited to discuss his professional views with CG's doctors in the United Kingdom, with a view to seeing whether they could narrow any of the issues between them. Finally, the parents were fully involved and represented through all the decisions made concerning CG and significant weight was given to their views.

95. This second element is therefore satisfied.

96. The third element is the possibility to approach the courts in the event of doubts as to the best decision to take in the patient's interests. It is evident from the domestic proceedings that there was not only the possibility to approach the courts in the event of doubt but in fact, a duty to do so (see paragraphs 39 to 45 above). The Court also recalls that in its judgment in *Glass* (cited above), this Court criticised the treating hospital for failing to approach the courts in similar circumstances. The facts of the present case are wholly different, GOSH quite properly applied to the High Court under the relevant statute and the inherent jurisdiction of that court to obtain a legal decision as to the appropriate way forward.

97. Accordingly, the third element is satisfied.

98. Therefore, in light of the above, and in view of the margin of appreciation left to the authorities in the present case, the Court concludes that this complaint is manifestly ill-founded.

#### IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 OF THE CONVENTION

99. The applicants have not specified under which of the categories under Article 5 they wish to raise their arguments concerning deprivation of liberty, making reference only to the general principles. Moreover, the applicants did not detail their arguments on this point at the domestic level with reference to the Convention case law (see paragraph 73 above). Nor, do there appear to be previous examples within the Court's case law which might bear comparison with the arguments as set out in the present case. Although, the Court notes that in the case of *Nielsen v. Denmark* (no. 10929/84, Court (Plenary), 28 November 1988 (§ 72), it considered that hospital treatment of a minor was not in violation of Article 5, stating that the conditions in which the applicant stayed thus did not, in principle, differ from those obtaining in many hospital wards where children with physical disorders are treated.

100. In light of this lack of clarity, the Court does not consider that it would be appropriate to come to any definitive conclusion on the application of Article 5 in this context and in any event, there is no need for it to do so, as the point is manifestly ill-founded for the reasons set out below.

101. Insofar as they have specified their argument, the applicants have contended that the case of *H.L. v. the United Kingdom*, no. 45508/99, ECHR 2004-IX applies to the circumstances of the case. That case concerned the detention of the applicant under 5 § 1 (e) as a person of unsound mind. The Court found violations of Articles 5 § 1 and 5 § 4 of the Convention due to the absence of procedural safeguards (see § 124); and the lack of guarantees of the right of an individual deprived of his liberty to have the lawfulness of that detention reviewed by a court (§ 142), respectively.

102. As to the absence of procedural safeguards concerning detention, the Court considers that on the facts of the case, this element is linked to availability of a domestic legal framework and the possibility to apply to the domestic courts, which it has already considered in the context of Article 2 (see paragraphs 89 to 97 above). Accordingly, it cannot see that the applicants' complaint under this article adds anything further to their claim from a Convention perspective.

103. Accordingly, the Court considers that this aspect of the complaint is manifestly ill-founded.

#### V. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 6 AND 8 OF THE CONVENTION

104. The Court recalls that it is the master of the characterisation to be given in law to the facts of a case (see *Söderman v. Sweden* [GC], no. 5786/08, § 57, ECHR 2013). In the present case, it considers that the applicants' complaint under Article 6 about the manner in which the domestic courts made their decisions, concerns exclusively the alleged arbitrary interference in their private and family life. Indeed, it notes that it was argued as a supplemental aspect of the applicants' Article 8 complaint (see paragraph 73). The complaint is therefore to be examined under Article 8 of the Convention alone, which provides as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, ...

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

##### A. The relevant principles

105. As to the scope of Article 8 in this context, the Court has previously considered that a decision to impose treatment on a child contrary to the objections of the parent gave rise to an interference with the child's right to respect for his private life, and in particular his right to physical integrity (see *M.A.K. and R.K. v. the United Kingdom*, nos. 45901/05 and 40146/06, § 75, 23 March 2010; and *Glass*, cited above, §§ 70-72).

106. On the question of state interference where there is a conflict between a parent's desire concerning medical care for their child and the opinion of medical professionals treating the child, the Court has found that it is appropriate for the medical professionals involved to bring such conflicts before a court for resolution (see *Glass*, cited above, § 83).

107. However, as acknowledged by the domestic courts, the facts of the present case are exceptional and the Court does not have examples in its case law which address the approach to be taken in resolving such conflicts. Nonetheless, it has on many occasions considered the manner in which domestic authorities intervene when families are in conflict, often in situations relating to care and custody arrangements. In such cases the Court has frequently recalled that the decisive issue is whether the fair balance that must exist between the competing interests at stake – those of the child, of the two parents, and of public order – has been struck, within the margin of appreciation afforded to States in such matters, taking into account, however, that the best interests of the child must be of primary consideration (see *X v. Latvia* [GC], no. 27853/09, § 95, ECHR 2013; *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, § 208, ECHR 2017; *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic* [GC], nos. 28859/11 and 28473/12, § 74, ECHR 2016; *Mandet v. France*, no. 30955/12, §§ 53-55, 14 January 2016; *Korneykova and Korneykov v. Ukraine*, no. 56660/12, § 129-130, 24 March 2016; *N.Ts. and Others v. Georgia*, no. 71776/12, §§ 81-83, 2 February 2016).

108. The Court has also reiterated that there is a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount (see *X v. Latvia*, cited above, § 96 with further references).

## **B. Application to the present case**

109. The Court notes at the outset that when it previously considered similar issues in the case of *Glass*, it considered that it was only asked to examine the issues raised from the standpoint of the first applicant's (the child's) right to respect for his physical integrity, having regard, of course, to the second applicant's role as his mother and legal proxy (§ 72). In the present case, the second and third applicants complain only on their own behalf in respect of the interference with their rights under Article 8. Accordingly, it will conduct its analysis in light of the alleged interference with the second and third applicants and in light of its case law cited above relating to their "family ties" with the first applicant.

110. In light of the case law set out above (see paragraph 105), it considers there has been an interference in the Article 8 rights of the applicants. Any such interference constitutes a violation of this Article unless it is "in accordance with the law", pursues an aim or aims that are legitimate under Article 8 § 2 and can be regarded as "necessary in a democratic society".

### *1. "In accordance with the law"*

111. The applicants have not complained as such about a failure to apply the legal framework in place. In respect of that legal framework, the Court recalls the conclusion in its judgment in *Glass*, cited above, § 75:

"Firstly, the regulatory framework in the respondent State is firmly predicated on the duty to preserve the life of a patient, save in exceptional circumstances. Secondly, that same framework prioritises the requirement of parental consent and, save in emergency situations, requires doctors to seek the intervention of the courts in the event of parental objection. It would add that it does not consider that the regulatory framework in place in the United Kingdom is in any way inconsistent with the standards laid down in the Council of Europe's Convention on Human Rights and Biomedicine in the area of consent; nor does it accept the view that the many sources from which the rules, regulations and standards are derived only contribute to unpredictability and an excess of discretion in this area at the level of application".

112. No reasons have been advanced to challenge the Court's conclusions. Therefore, the Court considers that the interference was in accordance with the law.

2. *"Legitimate aim"*

113. The Court also finds that the interference was aimed at protecting the "health or morals" and the "rights and freedoms" of a minor – the first applicant – and thus pursued aims that are legitimate under Article 8 § 2.

3. *"Necessary in a democratic society"*

114. The second and third applicants argued that the interference with their parental rights based on the "best interests" test of the child was unnecessary. According to them, such an interference could only be justified where there was a risk of "significant harm" to the child. They have also argued that it was not appropriate for the question of CG's treatment to be taken by the courts and that this amounted to an unjustifiable interference.

115. Dealing with the latter point first, the Court recalls that it found a violation of Article 8 in the case of *Glass* (cited above), because the hospital concerned did not go before the domestic courts to obtain authorisation to treat the applicant's child, stating that (§ 83):

"...the decision of the authorities to override the second applicant's objection to the proposed treatment in the absence of authorisation by a court resulted in a breach of Article 8 of the Convention"

116. It also notes that in this context the possibility to access court supervision is the third element identified in *Lambert and Others* (cited above) and already examined in the context of this case (see paragraph 96).

117. It is therefore clear that it was appropriate for the treating hospital to turn to the courts in the event of conflict.

118. In respect of the applicants' argument that the appropriate test was not one of the child's "best interests", but one of a risk of "significant harm" to the child, the Court recalls that there is a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount. But, the facts of the present case are exceptional (see paragraph 107) and there is therefore a lack of guidance in the Court's case law on this point.

119. In any event, the Court does not consider this question to be decisive in the circumstances of the case. That is because even if the test suggested by the applicants is the appropriate one, the Court of Appeal and Supreme Court concluded that there was a risk of "significant harm" to CG (see paragraphs 30 and 36). They arrived at this conclusion on reviewing the decision of the High Court which considered extensive, expert evidence and heard from all concerned with CG's daily care, who concluded, unanimously that it was likely he was being exposed to continued pain, suffering and distress.

120. The domestic courts also found, based on that extensive, expert evidence that for CG to undergo experimental treatment, with no prospects of success would offer no benefit, and prolong his suffering.

121. The Court reiterates that the question of whether an interference is "necessary in a democratic society" requires consideration of whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify the measures are "relevant and sufficient". In considering the reasons adduced to justify the measures, the Court will give due account to the fact that the national authorities had the benefit of direct contact with all of the persons concerned (see *M.A.K. and R.K.*, cited above, § 68). In the present case, the Court accords the benefit of that direct contact even greater weight given the contact that the domestic courts have had with all those concerned and the extensive amount of technical expertise they have examined.

122. The Court also recalls that where there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin of appreciation of the domestic authorities will be wider (see *Dubská and Krejzová*, cited above, § 178, ECHR 2016, and also *Parrillo v. Italy* [GC], no. 46470/11, § 169, ECHR

2015 with further references). The Court has previously considered in the context of Article 8 that in respect of the lack of consensus on access to experimental medical treatment for the terminally ill, the margin of appreciation is wide (see *Hristozov and Others*, cited above, § 124). Moreover, it is clear that the case before it raises sensitive moral and ethical issues.

123. The Court is also mindful that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. The Court has already found that the legal framework in place was appropriate and that the authorities have a margin of appreciation in this sphere. The Court therefore considers that the legal framework as a whole has not been shown to be disproportionate. It has also found that the benefit of the direct contact with all persons concerned should be accorded significant weight. In such circumstances, it reiterates that it is not for the Court to substitute itself for the competent domestic authorities but rather to review under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of their power of appreciation (see *Jovanovic v. Sweden*, no. 10592/12, § 76, 22 October 2015, with further references).

124. Therefore, examining the decisions taken by the domestic courts in light of those considerations, the Court recalls that they were meticulous and thorough; ensured that all those concerned were represented throughout; heard extensive and high-quality expert evidence; accorded weight to all the arguments raised; and were reviewed at three levels of jurisdiction with clear and extensive reasoning giving relevant and sufficient support for their conclusions at all three levels. Accordingly, the Court does not see any element suggesting that those decisions could amount to an arbitrary or disproportionate interference.

125. Therefore, this part of the complaint is manifestly ill-founded.

In view of the above, it is appropriate to discontinue the application of Rule 39 of the Rules of Court.

For these reasons, the Court, by a majority,

*Declares* the application inadmissible.

Done in English and notified in writing on 28 June 2017.

Abel Campos

Linós-Alexandre Sicilianos

Register

President

#### APPENDIX

Nº.	Name	Date of birth	Nationality
1.	Charles GARD	04/08/2016	British
2.	Christopher GARD	24/06/1984	British
3.	Constance YATES	02/12/1985	British

**Corte Europea de Derechos Humanos**

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Charlie Gard"\],"itemid":\["001-175359"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

(3 de julio de 2017)

[Volver al índice](#)



Facultad de Derecho, oficina 422

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340.  
Santiago de Chile

Teléfonos: (56 2) 2354 2943 - 2354 2943  
Código postal: 8331010

[derechoyreligion@uc.cl](mailto:derechoyreligion@uc.cl) [www.derechoyreligion.uc.cl](http://www.derechoyreligion.uc.cl)