



BOLETÍN JURÍDICO

AÑO V - N 2 - NOVIEMBRE 2009

NORMAS JURÍDICAS PUBLICADAS

Nacionalidad por gracia a los sacerdotes
Joseph León Sirvin y Michel Bourguignat
Girard (pág. 7)

Otorga derecho a sala cuna al trabajador
(pág. 8)

AVANCE PROYECTOS DE LEY

Información, orientación y prestaciones
en materia de regulación de fertilidad
(pág. 17)

Nacionalidad por gracia a los sacerdotes
Frederick Hegarty Keane y Gerard Ouisse
(pág. 17)

Sobre donación de órganos (pág. 19)

Otorga a los cónyuges los mismos
derechos en sociedad conyugal o régimen
en los gananciales (pág. 21)

Crea el Instituto Nacional de Derechos
Humanos (pág. 23)

Crea servicios de radiodifusión comunitaria
ciudadana (pág. 23)

ESPECIAL

Links a Revistas especializadas en temas de derecho y
religión (pág. 5)

NUEVOS PROYECTOS DE LEY

Permite la inhumación de los nonatos reclamados por
terceros (pág. 9)

Nueva inhabilidad para ser sostenedor educacional
(pág. 10)

Establece obligaciones para evitar y sancionar el matrafo
escolar (pág. 10)

Establece marco regulatorio para la educación preescolar
(pág. 11)

Reforma constitucional que elimina prohibición para
dirigentes gremiales y vecinales para ser parlamentarios
(pág. 14)

Crea el Tribunal Ambiental (pág. 16)

ANEXOS

XXV años del Tratado de Paz y Amistad entre Argentina y
Chile: Discurso de S.S. Benedicto XVI y declaración de la
Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Argentina
(págs. 24 y 27)

Argentina: sentencias sobre matrimonio entre personas
del mismo sexo y declaración de la Sociedad Argentina de
Derecho Canónico (págs. 29, 49 y 53)

Extracto de la sesión del Senado en la que se discutió el
veto presidencial al proyecto de ley que crea el Instituto
Nacional de Derechos Humanos (pág. 55)

Sentencias recaídas sobre recurso de protección
interpuesto por una machi mapuche por corte ilegal de
árboles y arbustos nativos (págs. 60 y 77)

Declaración del Comité Permanente de la Conferencia
Episcopal de Chile sobre promoción del matrimonio (pág. 78)

Declaración de la Asamblea Plenaria de la Conferencia
Episcopal de Chile (pág. 80)

Centro de Libertad Religiosa (CELIR) - Derecho UC: Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción de textos íntegros y no alterados, siempre que se individualice al Centro de Libertad Religiosa (CELIR) - Derecho UC como titular de los derechos de autor.





ÍNDICE GENERAL

I. PRESENTACIÓN	4
II. NORMAS JURÍDICAS PUBLICADAS	
Leyes	
Otorga nacionalidad chilena por gracia a los sacerdotes franceses Joseph León Sirvin y Michel Edouard Bourguignat Girard	7
Otorga derecho a sala cuna al padre trabajador	8
Normas Reglamentarias	
Colectas Públicas	8
Concesiones de Radiodifusión Sonora	8
III. PROYECTOS DE LEY EN TRÁMITE	
Derechos y Libertades Fundamentales	
A. Vida	
- Otros	
Permite la inhumación de los no nacidos que sean reclamados por familiares o solicitados por personas naturales o jurídicas	9
B. Educación	
- Establecimientos Educativos	
Nueva inhabilidad para ejercer como sostenedor educacional	10
Establece obligaciones en el sistema escolar con el objeto de prevenir y sancionar el maltrato escolar	10
Marco regulatorio para establecimientos educacionales preescolares, sancionando penalmente a quienes no cumplan con las normas	11
C. Propiedad	
- Otros	
Establece la obligación de contar con ascensor que permita transporte de camillas o féretros en nuevos edificios	12



Matrimonio y Derecho de Familia

Familia

- Delitos Vinculados a Menores de Edad y Adultos Vulnerables Modifica la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, respecto a rehabilitación de drogas	12
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Varios

Aprueba el Tratado de Maipú de Integración y Cooperación entre Chile y Argentina, y sus Protocolos	13
Elimina la prohibición a dirigentes gremiales o vecinales para ser candidatos al parlamento	14
Garantiza la conservación del medio ambiente y los recursos naturales	14
Modifica la Constitución Política sobre libre circulación en los territorios de Isla de Pascua y el Archipiélago de Juan Fernández	15
Crea el Tribunal Ambiental	16
Proyectos de ley en trámite que han experimentado modificaciones o variaciones desde el último Boletín Jurídico	17

IV. ANEXOS

A. Discurso de S.S. Benedicto XVI a las delegaciones de Argentina y Chile en el XXV aniversario del Tratado de Paz y Amistad entre ambas naciones	24
B. Declaración de la 98ª Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Argentina sobre el XXV del Tratado de Paz y Amistad con Chile	27
C. Argentina: Sentencias sobre matrimonio entre personas del mismo sexo y declaración de la Sociedad Argentina de Derecho Canónico	29
D. Extracto de la sesión del Senado en la que se discutió el veto presidencial al proyecto de ley sobre Creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos	55
E. Sentencias de primera y segunda instancia recaídas sobre recurso de protección interpuesto por una machi mapuche por corta ilegal de árboles y arbustos nativos	60
F. Declaración del Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile sobre promoción del matrimonio	78
G. Declaración de la 98ª Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal de Chile	80



I

Presentación

En el hemisferio sur, nos intentamos preparar para la Navidad junto con el término de las actividades anuales, aumentando considerablemente el ritmo habitual. Ello nos lleva a apreciar de manera especial, que en estos días ajetreados, dediquen algún tiempo a la lectura de estas páginas.

Durante el mes de Noviembre, hubo diversas actividades conmemorativas del 25 aniversario del Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Argentina (en **www.celir.cl** -sección Fuentes Normativas/Chile/Normas Jurídicas- se encuentra el texto del Tratado). Dicho Tratado se celebró gracias a la Mediación Papal, solicitada por ambas partes y realizada por la Santa Sede como especial actuación de su misión de paz, contemplada en el art. 24 del Tratado de Letrán.

En relación al rechazo a la solicitud del Monumento erigido en honor al Papa Juan Pablo II con ocasión de su visita a Chile por el Consejo de Monumentos Nacionales, ver la siguiente presentación, en la espera de la publicación del Acta correspondiente a la sesión del 11 de noviembre: **<http://www.monumentos.cl/common/asp/pagAtachadorVisualizador.asp?argCryptedData=GP1TkTXdhRJAS2Wp3v88hL6%2BfdeRVdBM&argModo=inline&argOrigen=BD&argFlagYaGrabados=&argArchivoId=11091>**.

En este número, se adjuntan algunas sentencias referidas a materias que adquieren cada vez mayor protagonismo en nuestro continente como reivindicaciones de minorías que buscan, a veces forzosamente y otras legítimamente, que se les reconozcan estatutos especiales en virtud del principio de igualdad y no discriminación. En Argentina, se trató recientemente en ámbito judicial acerca de la eventual inconstitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, mientras en el Congreso existe un proyecto de ley al respecto. En Chile se trató acerca de un recurso de protección de minorías indígenas, al decidirse acerca de una tala de árboles nativos relevantes en atención a las creencias mapuches. La necesidad de un mayor estudio y análisis de estas materias, así como su vinculación a la libertad religiosa, se hace indispensable. Es preciso distinguir si por esa vía se aceptan pretensiones que escapan al ámbito jurídico, y más bien buscan el derecho como un aval de legitimación social.



Además de los documentos sintetizados o incluidos en este número, se recomienda visitar los siguientes links de Revistas especializadas que se dedican a los temas de derecho y religión:

Para obtener el cuarto número de la revista francesa dirigida por la profesora Blandine Chelini-Pont, "Droit et Religions" de la Faculté de Droit et de Science Politique de la Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, es posible contactarse al sitio de la Presses Universitaires d'Aix-Marseille: **www.puam.univ-cezanne.fr**.

También se encuentran disponibles los tres números correspondientes al año 2009 de la revista inglesa "Ecclesiastical Law Journal" editado por la Cambridge University Press y dirigida por el profesor Mark Hill. Para su suscripción se debe contactar en: **<http://journals.cambridge.org/action/displayJournal?jid=ELJ>**.

En español, una síntesis del número de este año del "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado", dirigida por el profesor Alberto de la Hera se encuentra en **http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=ANUALIDAD&revista_busqueda=107&clave_busqueda=2009**. Y es posible recibir en formato digital la "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado" dirigida por los profesores Rafael Navarro Valls y Javier Martínez Torrón, suscribiéndose a: **http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=2**.

Además, para quienes esperan la traducción de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los crucifijos en las escuelas públicas italianas, se encuentra disponible en formato digital el artículo dedicado al tema del profesor Norberto Padilla: **http://www.eldial.com/suplementos/Constitucional/tcdNP.asp?fecha=07/12/2009&id_publicar=19212&numero_edicion=2919&camara=Doctrina&id=4771&vengode=suple&fecha_publicar=07/12/2009**.

La Revista TIME, incluye dicha sentencia en la noticia "Secularism or Bust" que encabeza el listado de las Top Ten Religion Stories, para continuar con otros sugerentes títulos relativos a sucesos de connotación religiosa (casi en su totalidad sobre acontecimientos ocurridos en U.S.A.) durante el año que termina: "What Reformation?"; "Keeping the Faith-Based"; "Faith Healing Turns Fatal"; "Going to the Chapel"; "Dr. Dobson Has Left the Building"; "Obama's Notre Dame Touchdown"; "Americans Go Church Shopping"; "Banning the Baha'i"; "Religious Runaway", que es posible visitar en: **http://www.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,1945379_1944604,00.html**.



Quizás sea un buen ejercicio de fin de año, reflexionar desde una perspectiva jurídica, acerca de cuáles son los sucesos más destacados en materia de libertad religiosa en las distintas realidades nacionales o a nivel internacional. Pero bien se podría posponer dicha reflexión, en favor de detenerse a gozar el gran regalo de los cristianos en estos días: un Dios que nace Niño en medio de los hombres.

¡Feliz Navidad para cada uno de nuestros lectores!

**Ana María Celis B.
Directora**



II Normas Jurídicas Publicadas

Leyes

Ley n° 20.398
Otorga nacionalidad chilena por especial gracia al
señor Joseph Alfred León Sirvin.
Diario Oficial: 26 de noviembre de 2009.

N° del Boletín: 6635-17¹.
Fecha de Inicio: 30 de julio de 2009.

Otorga la nacionalidad chilena por especial gracia al sacerdote Joseph Alfred León Sirvin².

Ley n° 20.397
Otorga nacionalidad chilena por especial gracia al señor
Michel Marie Edouard Bourguignat Girard.
Diario Oficial: 26 de noviembre de 2009.

N° de Boletín: 6010-12³.
Fecha de ingreso: 5 de agosto de 2008.

Otorga la nacionalidad chilena por especial gracia al sacerdote Michel Marie Edouard Bourguignat Girard⁴.

¹ Cfr. *Boletín Jurídico CELIR UC, Año IV, n° 9, Julio 2009. pág. 7.*

² *Proveniente de la diócesis de Rodez, Francia, llegó a Chile en 1989, para establecerse al año siguiente en la Arquidiócesis de Antofagasta. Allí desarrolló sus primeros trabajos en la parroquia El Buen Pastor. Actualmente vive en la parroquia Nuestra Señora del Carmen, también ubicada en el sector norte de la ciudad, muchos de cuyos pobladores provienen de las oficinas salitreras. Se ha destacado por su participación como Asesor de la Pastoral Obrera, desenvolviéndose en los ámbitos laborales, empresariales y sindicales, especialmente en mineras y caletas pesqueras de la zona.*

³ Cfr. *Boletín Jurídico CELIR UC, Año IV, n° 9, Julio 2009. pág. 8.*

⁴ *Nació en Francia el 16 de enero de 1931. Sus estudios primarios y secundarios los realizó en Versalles, en un colegio particular de la congregación de los Padres Eudistas. Entre 1948 y 1954, estudió filosofía y teología en el Seminario Mayor de Versalles, y teología y economía en el Instituto Católico de París. Luego de unos años de ministerio sacerdotal en Francia, fue motivado por el movimiento tercer-mundista de los años '60 a presentarse como candidato para una misión en la Iglesia de Latinoamérica, para la cual fue aceptado en 1969. Su trabajo en Chile comenzó en 1970 entre universitarios, trabajadores y pobladores. Al comienzo del Gobierno Militar gestionó la entrada en la embajada de Francia de numerosos refugiados. A fines de septiembre de 1973 creó la Comisión de Solidaridad y Desarrollo (COMSODE), a fin de generar empleos y redes de ayuda para trabajadores cesantes y presos, y también para campesinos. En 1976 abandonó el ministerio sacerdotal y formó una familia, continuando con su labor de colaboración en la Embajada de Francia a favor de los perseguidos. Creó las revistas "Páginas Sindicales" (1977) y "Chile Sindical" (1980). En 1978 fundó la Coordinadora Nacional Sindical (CNS), al alero de la Vicaría de Pastoral Obrera, para dar asesoría técnica a dirigentes sindicales. También para promover a los sindicatos agrupó a profesionales*



Ley nº 20.399
Otorga derecho a sala de cuna al trabajador.
Diario Oficial: 23 de noviembre de 2009.

Nº del Boletín: 6199-13⁵.
Fecha de Inicio: 13 de noviembre de 2008.

Modifica el art. 203 del Código del Trabajo. Otorga al padre que tenga el cuidado personal de un niño menor de dos años en virtud de una resolución judicial -ya sea por inhabilidad o ausencia de la madre-, el derecho a sala cuna en su trabajo

Normas Reglamentarias

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	PUBLICACIÓN
Resolución exenta nº 1590	Pro-Basílica Santuario Nacional de Maipú	Región Metropolitana. 10 de noviembre de 2009.	10 de noviembre de 2009.

Concesiones de Radiodifusión Sonora

Todas las normas emanan del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Subsecretaría de Telecomunicaciones.

NORMA	MATERIA	CONCESIONARIO	PUBLICACION
Resolución exenta nº 6128	Asigna concesión de radiodifusión sonora en amplitud modulada, comuna de Coyhaique, XI Región.	Vicariato Apostólico de Aysén (RUT 8.157.300-9)	23 de noviembre de 2009

chilenos en el Centro de Estudios del Trabajo (CETRA-LEAL). En 1985 fue detenido junto a su esposa. Más adelante integró el Comando Nacional de los Trabajadores (CNT), que a fines de los '80 participó en la reconstitución de la Central Unitaria de los Trabajadores (CUT). Actualmente sigue dedicado al análisis y la investigación de la realidad laboral y sindical.

⁵ Cfr. Boletín Jurídico CELIR UC, Año IV, nº 2, Noviembre 2008. pág. 20.



III

Proyectos de Ley en Trámite

Síntesis Descriptiva Proyectos de Ley (Esquema temático y cronológico)

Los proyectos se refieren a los derechos y deberes constitucionales y a las normas complementarias a éstos. Sus títulos son copia textual de 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	Diez días
Discusión inmediata	Tres días

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

A. Vida

Otros

Permite dar inhumación a los no nacidos que sean reclamados por familiares o solicitados por personas naturales o jurídicas.

Nº de Boletín: 6777-11.

Fecha de ingreso: 25 de noviembre de 2009.

Iniciativa: Moción.

Cámara de origen: Senado.

Autor: Jorge Arancibia Reyes.

Descripción: Dos artículos. Se propone modificar el Código Sanitario en sus arts. 139 y 140. El primero de éstos faculta al Servicio Médico Legal para informar a través de su página web "el número de cadáveres de no nacidos y adultos no reclamados por Región que se encuentran en sus instalaciones", dentro del plazo de 48 horas, a fin de que puedan ser solicitados y enterrados. El segundo artículo autoriza a cualquier persona natural o jurídica, que acredite la solvencia suficiente para costear los gastos de sepultura, a "solicitar la inhumación del cadáver del no nacido, y cuyo cuerpo no haya



sido solicitado ni retirado por sus padres o familiares”, dentro de un plazo de 48 horas, o “el tiempo más próximo a este”. Una vez obtenida dicha autorización, “corresponderá certificar la inhumación a un ministro de fe quien consignará el hecho de la sepultura” con detalle en un acta. En caso de ser el solicitante una persona jurídica, su representante legal deberá ser individualizado, y podrán actuar en estos casos como ministros de fe “los curas párrocos o representantes de los credos religiosos que gozan de personalidad jurídica de derecho público vigente”, los oficiales de Registro Civil o funcionarios Municipales del lugar de la sepultación.

Estado de Tramitación: Primer trámite constitucional. Senado, pendiente el primer informe de Comisión de Salud. Sin urgencia.

B. Educación

Establecimientos Educativos

Establece una nueva inhabilidad para ejercer como sostenedor educacional.

Nº de Boletín: 6774-04.

Fecha de ingreso: 25 de noviembre de 2009.

Iniciativa: Moción.

Cámara de origen: Senado.

Autores: Pedro Muñoz Aburto y Alejandro Navarro Brain.

Descripción: Artículo único. Modifica el artículo 46 de la Ley nº 20.370, General de Educación, introduciendo como nuevas causales de inhabilidad para ejercer como sostenedor de un establecimiento educacional haber cometido infracciones a la ley de violencia intrafamiliar y “haber sido procesado o condenado por delitos vinculados con graves violaciones a los derechos humanos, y otros que establezca la ley.”

Estado de Tramitación: Primer trámite constitucional. Cámara de Diputados, pendiente el primer informe de Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología. Sin urgencia.

Establece obligaciones en el sistema escolar con el objeto de prevenir y sancionar el maltrato escolar.

Nº de Boletín: 6772-04.

Fecha de ingreso: 25 de noviembre de 2009.

Iniciativa: Moción.

Cámara de origen: Cámara de Diputados.

Autores: Marcelo Díaz Díaz, Carlos Montes Cisternas, Denise Pascal Allende y Fulvio Rossi Ciocca.

Descripción: Seis artículos. El art. 1 señala que todo establecimiento educacional debe contar con un “Plan de Convivencia”, que será elaborado y evaluado con participación de toda la comunidad educativa, y que contemplará diversos medios para prevenir y tratar los fenómenos de maltrato escolar. Según el art. 2, deberá establecerse también un “Consejo para la Prevención del Maltrato Escolar”, integrado por alumnos, docentes



y apoderados. Los arts. 3 y 4 ordenan la dictación de un Reglamento, que definirá las conductas constitutivas de faltas, y las sanciones y procedimientos para los casos de su incumplimiento. El art. 5 entrega al profesor la responsabilidad de mantener, dentro de la sala de clases, un clima de convivencia y la observancia del Plan y el Reglamento antedichos. El art. 6 enumera una serie de conductas atentatorias y las califica como faltas muy graves (actos graves de indisciplina e insultos hacia profesores y personal del establecimiento educacional, acoso físico o psíquico, uso de la violencia, humillaciones o discriminación hacia compañeros, daños causados a instalaciones, documentos o materiales del establecimiento, suplantación de personalidad y falsificación o sustracción de documentos académicos, uso de objetos o sustancias perjudiciales para la salud o integridad personal, perturbación del normal desarrollo de las actividades del establecimiento, etc.), asignándoles además las sanciones correspondientes (desde la asignación de tareas fuera del horario lectivo hasta la expulsión definitiva del establecimiento educacional).

Estado de Tramitación: Primer trámite constitucional. Senado, pendiente el primer informe de Comisión de Educación, Deportes y Recreación. Sin urgencia.

Establece un marco regulatorio para los establecimientos de educación pre escolar, sancionando penalmente a quienes no cumplen con las normas para su funcionamiento y castigando, como crímenes, las agresiones a menores.

Nº de Boletín: 6762-04.

Fecha de ingreso: 10 de noviembre de 2009.

Iniciativa: Moción.

Cámara de origen: Cámara de Diputados.

Autores: Rodrigo Álvarez Zenteno, Jorge Burgos Varela, Felipe Harboe Bascuñán y Laura Soto González.

Descripción: Cuatro artículos. El primer artículo obliga a quienes instalen, sostengan, administren o dirijan un establecimiento de educación preescolar, a contar con las debidas autorizaciones legales y reglamentarias, sin las cuales se verán afectos a sanciones de presidio menor en su grado mínimo a medio y al pago de multas. El segundo artículo impone a las personas que ejerzan funciones en dichos establecimientos el deber de denunciar estas infracciones al municipio correspondiente. El tercer artículo sanciona con presidio mayor en su grado mínimo a medio y con "la inhabilidad perpetua para ejercer funciones de cualquier naturaleza en establecimientos de educación preescolar públicos o privados" a quien "agreda o realice acciones temerarias que puedan poner en riesgo evidente la seguridad de los menores que se encuentren bajo su cuidado o supervisión", aumentando la pena contemplada para estos delitos en dos grados si de dicha agresión o negligencia resultaren lesiones graves, gravísimas o la muerte del menor. Y el artículo cuarto establece sanciones a los sostenedores que no den cumplimiento a la prohibición de contratar a las personas inhabilitadas por la misma ley.

Estado de Tramitación: Primer trámite constitucional. Cámara de Diputados, pendiente el primer informe de Comisión de Educación, Deportes y Recreación. Sin urgencia.



C. Propiedad

Otros

Establece obligación en nuevos edificios de contar con ascensor que permita el transporte de enfermos en camillas y féretros en posición horizontal.

Nº de Boletín: 6752-14.

Fecha de ingreso: 4 de noviembre de 2009.

Iniciativa: Moción.

Cámara de origen: Cámara de Diputados.

Autores: Germán Becker Alvear, Mario Bertolino Rendic, Roberto Delmastro Naso, René Manuel García García, Marta Isasi Barbieri, Alfonso Vargas Lyng y Germán Verdugo Soto.

Descripción: Artículo único. Modifica el decreto con fuerza de ley nº 458, Ley General de Urbanismo y Construcciones, incorporando un nuevo inciso al art. 159 bis: "En los edificios de departamentos de cinco o más pisos a partir del suelo del primer piso, por lo menos uno de los ascensores deberá tener las dimensiones suficientes para permitir el transporte de enfermos en camillas y descenso de féretros en posición horizontal."

Estado de Tramitación: Primer trámite constitucional. Cámara de Diputados, pendiente el primer informe de Comisión de Vivienda y Desarrollo Urbano. Sin urgencia.

MATRIMONIO Y DERECHO DE FAMILIA

Familia

Delitos Vinculados a Menores de Edad y Adultos Vulnerables

Modifica la ley nº 20.084, de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en el sentido que indica.

Nº de Boletín: 6755-07.

Fecha de ingreso: 10 de noviembre de 2009.

Iniciativa: Mensaje.

Cámara de origen: Cámara de Diputados.

Descripción: Artículo único. Modifica la ley que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. En primer lugar, incorpora un nuevo artículo 38 bis, que permite al juez declarar la "suspensión condicional del procedimiento", a fin de que el adolescente pueda someterse a un tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol, en consideración a sus circunstancias personales, teniendo como límite aquellos delitos de mayor gravedad y connotación social, como la violación o el homicidio. En segundo lugar, modifica el artículo 41, facultando al juez para aplicar la "suspensión de la imposición de la



condena" y sus efectos, por un plazo de seis meses, para los casos en que la pena no supere los tres años, para que el adolescente se someta al sobredicho tratamiento de rehabilitación. "Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa."

Estado de Tramitación: Primer trámite constitucional. Cámara de Diputados, pendiente el primer informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Sin urgencia.

VARIOS

Acuerdo que aprueba el Tratado de Maipú de Integración y Cooperación entre la República de Chile y la República Argentina, suscrito en Maipú el 30 de octubre de 2009, y sus Protocolos Complementarios sobre la Constitución de una Entidad Binacional para el Proyecto Túnel de Baja Altura-Ferrocarril Transandino Central, y sobre la Constitución de la Entidad Binacional para el Proyecto Túnel Internacional paso de Agua Negra, ambos firmados en Maipú, el 30 de octubre de 2009.

Nº de Boletín: 6780-10.

Fecha de ingreso: 25 de noviembre de 2009.

Iniciativa: Mensaje.

Cámara de origen: Cámara de Diputados.

Descripción: Artículo único. Proyecto de acuerdo que aprueba el "Tratado de Maipú sobre Integración y Cooperación" entre la República de Chile y la República Argentina, suscrito en Maipú el 30 octubre de 2009; y sus Protocolos Complementarios, también firmados en Maipú, el 30 de octubre de 2009, con ocasión del vigésimo quinto aniversario del Tratado de Paz y Amistad celebrado entre ambos países en 1984. Los objetivos primordiales de este Tratado han sido consignados en su primer artículo: "profundizar la relación bilateral; fortalecer los valores democráticos compartidos; impulsar acciones conjuntas para dar una orientación renovada a las iniciativas y proyectos bilaterales; favorecer acciones tanto de los Gobiernos nacionales como de las provincias argentinas y regiones chilenas; trabajar en forma conjunta para la consolidación de una cultura de paz e integración; impulsar la confluencia de inversiones, intereses sociales, económicos y comerciales; intensificar las acciones tendientes a mejorar y ampliar la conexión física; continuar la promoción de la cooperación e integración en el área de la defensa; fortalecer la participación de las regiones chilenas y las provincias argentinas; favorecer la participación de organizaciones del sector privado y de la sociedad civil; reforzar la coordinación existente entre las autoridades locales de ambos Estados; adoptar medidas para favorecer la circulación y residencia de nacionales". Los demás artículos establecen los mecanismos acordados por las Partes para llevar adelante los objetivos propuestos para la integración y cooperación binacional.

Estado de Tramitación: Primer trámite constitucional. Cámara de Diputados, Discusión general. Urgencia actual: Suma.



Reforma constitucional que elimina la prohibición que afecta a los dirigentes gremiales o vecinales para ser candidato a diputado o senador.

Nº de Boletín: 6773-07.

Fecha de ingreso: 25 de noviembre de 2009.

Iniciativa: Moción.

Cámara de origen: Senado.

Autores: Pedro Muñoz Aburto y Alejandro Navarro Brain.

Descripción: Artículo único. Propone eliminar del texto constitucional el numeral 7º del art. 57⁶ y el inc. 4 del art. 60⁷, suprimiendo con ello la inhabilidad que afecta a dirigentes gremiales y vecinales para ser candidatos a parlamentarios, y la prohibición que impide a diputados y senadores ejercer influencia o intervenir en negociaciones o conflictos laborales, o en actividades estudiantiles.

Estado de Tramitación: Primer trámite constitucional. Cámara de Diputados, pendiente el primer informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Sin urgencia.

Reforma el Código de Aguas, el Código de Minería y otros cuerpos legales, con el objeto de garantizar la conservación del medio ambiente y los recursos naturales.

Nº de Boletín: 6763-01.

Fecha de ingreso: 18 de noviembre de 2009.

Iniciativa: Moción.

Cámara de origen: Cámara de Diputados.

Autores: Enrique Accorsi Opazo, Marcos Espinosa Monardes, Guido Girardi Briere, Juan Lobos Krause, Jaime Quintana Leal, Fulvio Rossi Ciocca, Roberto Sepúlveda Hermosilla, Esteban Valenzuela Van Treek y Mario Venegas Cárdenas.

Descripción: Cinco artículos. El primer artículo modifica el Título X del Código de Aguas, "De la Protección de las Aguas y Cauces", estableciendo que, para la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, "el caudal ecológico mínimo no podrá ser inferior a aquel necesario para garantizar la conservación y preservación de los recursos hidra biológicos y la biodiversidad existentes en ellos, lo que deberá constar y acreditarse debidamente mediante los correspondientes informes técnicos". Por otra parte, estipula que "no podrá otorgarse derechos de agua con fines productivos o industriales al interior de las áreas silvestres protegidas del Estado, sitios prioritarios para la conservación, humedales o glaciares, a menos que se trate de actividades compatibles con los fines de conservación del área o sitios referidos". El segundo

⁶ "No pueden ser candidatos a diputados ni a senadores: Las personas que desempeñen un cargo directivo de naturaleza gremial o vecinal".

⁷ "Cesará en su cargo el diputado o senador que ejercite cualquier influencia ante las autoridades administrativas o judiciales en favor o representación del empleador o de los trabajadores en negociaciones o conflictos laborales, sean del sector público o privado, o que intervengan en ellos ante cualquiera de las partes. Igual sanción se aplicará al parlamentario que actúe o intervenga en actividades estudiantiles, cualquiera que sea la rama de la enseñanza, con el objeto de atentar contra su normal desenvolvimiento."



artículo modifica el Código de Minería en lo referente a las concesiones mineras (arts. 107 y 160), señalando que el concesionario estará obligado a ejecutar los trabajos de exploración y explotación si ha transcurrido más de un año desde la fecha en que le fue otorgada la concesión, norma cuyo incumplimiento será causal de extinción de la misma. Por otro lado, elimina el numeral 2º del art. 17, que permite "ejecutar labores mineras en lugares declarados parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales", con la autorización del Intendente respectivo. El cuarto artículo modifica la Ley General de Servicios Eléctricos, estableciendo que "los edificios y áreas pertenecientes al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado se encuentran excluidos de las servidumbres de obras hidroeléctricas y de líneas de transporte y distribución de energía eléctrica, a menos que estén destinadas al servicio de aquellos." El quinto artículo modifica el decreto ley n° 1.939, Sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, disponiendo que "los predios que hubieren sido comprendidos en la declaración de Reservas o Parques no podrán ser destinados a otro objeto ni perderán esa calidad, sino en virtud de ley."

Estado de Tramitación: Primer trámite constitucional. Cámara de Diputados, pendiente el primer informe de Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural. Sin urgencia.

**Modifica el art. 126 de la Constitución Política de la República,
sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago
Juan Fernández.**

Nº de Boletín: 6756-07.

Fecha de ingreso: 6 de noviembre de 2009.

Iniciativa: Mensaje.

Cámara de origen: Senado.

Descripción: Artículo único. Incorpora un nuevo inciso al art. 126 bis de la Constitución⁸: "En dichos territorios, y con el fin de proteger el medio ambiente y propender a su desarrollo sustentable, podrá restringirse el ejercicio de los derechos de permanencia o residencia, como asimismo el de libre circulación hacia ellos⁹, en los casos y en la forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva."

⁸ Art. 126 bis: "Son territorios especiales los correspondientes a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández. El Gobierno y Administración de estos territorios se regirá por los estatutos especiales que establezcan las leyes orgánicas constitucionales respectivas".

⁹ Estas garantías se encuentran consagradas en la Constitución Política como partes del derecho a la libertad personal (también llamado "libertad de locomoción"), en el artículo 19 n° 7, letra a): "Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros". Al tratarse de una garantía constitucional, el propio art. 19 n° 26 señala que esta no podrá verse afectada en su esencia: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio". No obstante, una resolución del Tribunal Constitucional, citada por el mensaje presidencial que somete este proyecto de reforma a la discusión parlamentaria, señala que la afectación de los derechos constitucionales es posible, siempre que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos reúnan "los requisitos de "determinación" y "especificidad". El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de



Estado de Tramitación: Primer trámite constitucional. Senado, pendiente el primer informe de Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización. Urgencia actual: Suma.

Crea el Tribunal Ambiental.

Nº de Boletín: 6747-12.

Fecha de ingreso: 3 de noviembre de 2009.

Iniciativa: Mensaje.

Cámara de origen: Senado.

Descripción: Treinta y un artículos permanentes y cuatro transitorios. Propone la creación de un Tribunal Ambiental, como "un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será resolver aquellas controversias de carácter ambiental en materias que sea competente de conformidad a lo señalado en la presente ley" (art. 1). Tendrá una composición mixta, de abogados y expertos en materias ambientales (art. 2). Los arts. 3 a 16 establecen todo lo relativo a dichos jueces: nombramiento, incompatibilidades, juramento o promesa de guardar la Constitución y las leyes, establecimiento de su sede, días, horarios y quórum para sesionar, declaración de patrimonio, remuneraciones, implicancias y recusaciones, cesación en sus cargos, etc. El art. 17 describe las materias de competencia del Tribunal Ambiental, que pueden clasificarse en competencias contenciosas administrativas (conocer de las reclamaciones interpuestas contra actos administrativos de los distintos órganos del Estado en materia ambiental) y competencias por el daño ambiental (conocer de las demandas por daño ambiental que se interpongan de conformidad a la acción regulada en la ley nº 19.300). Finalmente, los arts. 18 a 31 regulan en detalle el procedimiento en todas sus partes.

Estado de Tramitación: Primer trámite constitucional. Senado, pendiente el primer informe de Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, unidas. Sin urgencia.

manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad". Por esta razón, el mismo mensaje, aclara que "mediante el texto que se propone se deja constancia que la nueva disposición constitucional constituye una norma de naturaleza excepcional y especialísima, con un alcance claramente delimitado", y que el nuevo inciso que se pretende incorporar a la Carta Fundamental busca "habilitar al legislador a que -con las finalidades expresas y determinadas que señala- pueda establecer ciertas restricciones a los derechos individuales que se indican". Cabe mencionar también que en el mensaje se hace referencia al Convenio nº 169 de la OIT, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales (ratificado recientemente por Chile y publicado en el Diario Oficial el 25 de septiembre de 2009), que en su artículo 6º 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". Allí se describe todo el proceso plebiscitario que se llevó a cabo en Isla de Pascua, en el que se consultó al pueblo Rapa Nui por su aprobación o rechazo al proyecto de reforma constitucional en comento.

Proyectos de ley que han experimentado modificaciones o variaciones en su tramitación legislativa desde el último Boletín Jurídico

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

A. Libertad Religiosa

Otros

NOMBRE DEL PROYECTO	Nº BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Concede la nacionalidad por gracia al sacerdote señor Frederick Joseph Hegarty Keane	6713-07	Senado	Etapa: 2do trámite constitucional. Cámara de Diputados, Cuenta de proyecto. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año IV n° 11. Septiembre 2009.
Concede nacionalidad por especial gracia al Padre Gerard Ouisse	6646-17	Cámara de Diputados	Etapa: 2do trámite constitucional. Senado, pendiente el 1er informe de Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año IV n° 10. Agosto 2009.

B. Vida

Bioética: Reproducción Asistida – Clonación – Sexualidad – Eutanasia

NOMBRE DEL PROYECTO	Nº BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad	6582-11	Cámara de Diputados	Etapa: 2do trámite constitucional. Senado, Discusión particular. Urgencia actual: Suma.	Año IV n° 8. Junio 2009.

C. Igualdad

Personas

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Otorga protección a los refugiados	6472-06	Cámara de Diputados	Etapa: 2do trámite constitucional. Senado, pendiente el 1er informe de Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía. Urgencia actual: Simple.	Año IV n° 6. Abril 2009.
Establece política equilibrada de hombres y mujeres en el acceso y ejercicio de cargos de elección popular	5553-06	Cámara de Diputados	Etapa: 1er trámite constitucional. Cámara de Diputados, pendiente el 1er informe de Comisión de Gobierno Interior, Regionalización, Planificación y Desarrollo Social. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año III n° 3. Diciembre 2007.

Pueblos Indígenas

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Crea el Ministerio de Asuntos Indígenas y la Agencia de Desarrollo Indígena	6726-06	Cámara de Diputados	Etapa: 1er trámite constitucional. Cámara de Diputados, pendiente el 1er informe de Comisión de Gobierno Interior y Regionalización. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año V n° 1. Octubre 2009.

D. Salud

Donación y Transplantes

NOMBRE DEL PROYECTO	Nº BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Modifica la ley n° 19.451, con el fin de determinar quienes pueden ser considerados donantes de órganos y la forma en que pueden manifestar su voluntad	4999-11	Senado	Etapa: 2do trámite constitucional. Cámara de Diputados, pendiente el 1er informe de Comisión de Salud. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año II n° 5. Abril 2007.

E. Educación

Educación y su Protección

NOMBRE DEL PROYECTO	Nº BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Proyecto de ley sobre el sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización	5083-04	Senado	Etapa: 2do trámite constitucional. Cámara de Diputados, pendiente el 1er informe de Comisión de Educación, Deportes y Recreación. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año II n° 7. Junio 2007.

F. Trabajo

Trabajo y Familia

NOMBRE DEL PROYECTO	Nº BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Modifica el art. 195 del Código del Trabajo, en relación al permiso laboral del padre en caso de nacimiento de un hijo	6675-13	Cámara de Diputados	Etapa: 1er trámite constitucional. Cámara de Diputados, Discusión general. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año IV n° 11. Septiembre 2009.

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Modifica el Código del Trabajo, con el fin de establecer el derecho a un permiso, para ausentarse del trabajo en caso de enfermedad o accidente grave del cónyuge del trabajador	5591-13	Senado	Etapa: 1er trámite constitucional. Senado, Discusión general. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año III n° 3. Diciembre 2007.
Modifica el Código del Trabajo en materia de protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar y establece un permiso por matrimonio del trabajador	5907-13	Cámara de Diputados	Etapa: 2do trámite constitucional. Senado, pendiente el 1er informe de Comisión de Trabajo y Previsión Social. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año III n° 8. Junio 2008.

Otros

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Modifica la regulación de la prelación de crédito con el objeto de favorecer a los trabajadores	6388-07	Cámara de Diputados	Etapa: 1er trámite constitucional. Cámara de Diputados, Discusión general. Urgencia actual: Simple.	Año IV n° 5. Marzo 2009.

G. Propiedad

Otros

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Impide la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, en virtud del art. 4 transitorio de la ley n° 20.017 de 2005, en determinadas zonas o áreas	6681-01	Cámara de Diputados	Etapa: 3er trámite constitucional. Cámara de Diputados, Discusión única. Urgencia actual: Simple.	Año IV n° 11. Septiembre 2009.

MATRIMONIO Y DERECHO DE FAMILIA

A. Matrimonio

Régimen Patrimonial

NOMBRE DEL PROYECTO	Nº BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales, otorgando a la mujer y al marido iguales derechos y obligaciones	1707-18	Cámara de Diputados	Etapa: 2do trámite constitucional. Senado, pendiente el 1er informe complementario de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año II nº 7. Junio 2007.

B. Familia

Delitos Vinculados a Menores de Edad y Adultos Vulnerables

NOMBRE DEL PROYECTO	Nº BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil	5837-07	Cámara de Diputados	Etapa: 2do trámite constitucional. Senado, pendiente el 2do informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año III nº 6. Abril 2008.
Incluye el maltrato económico o patrimonial y, el abandono o abuso por omisión de adultos mayores, en la ley de violencia intrafamiliar	5142-18 (Refundido con 5376-18, 4167-18, 5055-18 y 4691-18)	Cámara de Diputados	Etapa: 2do trámite constitucional. Senado, pendiente el 2do informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año II nº 7. Junio 2007.
Modifica la Ley de Violencia Intrafamiliar con el objeto de prevenir la violencia contra los adultos mayores del país	5055-18 (Refundido con 5376-18, 5142-18, 4167-18 y 4691-18)	Cámara de Diputados	Etapa: 2do trámite constitucional. Senado, pendiente el 2do informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año II nº 6. Mayo 2007.

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Establece sanción a quien ejerza violencia contra adultos mayores o ancianos	4691-18 (Refundido con 5376-18, 5142-18, 4167-18 y 5055-18)	Cámara de Diputados	Etapa: 2do trámite constitucional. Senado, pendiente el 2do informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año II n° 1. Octubre 2006.
Tipifica como delito no proveer a los ascendientes imposibilitados de las condiciones mínimas para vivir	4167-18 (Refundido con 5376-18, 5142-18, 5055-18 y 4691-18)	Cámara de Diputados	Etapa: 2do trámite constitucional. Senado, pendiente el 2do informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año I n° 6. Abril 2006.

VARIOS

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Sobre responsabilidad por daños ocasionados por animales potencialmente peligrosos	6499-11	Senado	Etapa: 1er trámite constitucional. Senado, Discusión general. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año IV n° 7. Mayo 2009.
Moderniza Gendarmería de Chile, incrementando su personal y readecuando las normas de su carrera funcionaria	6447-07	Cámara de Diputados	Etapa: 2do trámite constitucional. Senado, pendiente el 1er informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Urgencia actual: Simple.	Año IV n° 6. Abril 2009.
Reforma constitucional que crea la Defensoría de las Personas	6232-07	Cámara de Diputados	Etapa: 2do trámite constitucional. Senado, pendiente el 1er informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año IV n° 3. Diciembre 2008.

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Modifica la ley n° 17,997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, con el objeto de ampliar las causales de implicancia de sus Ministros	6163-07	Cámara de Diputados	Etapas: 1er trámite constitucional. Cámara de Diputados, Discusión general. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año IV n° 1. Octubre 2008.
Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente	5947-12	Cámara de Diputados	Etapas: 3er trámite constitucional. Cámara de Diputados, Oficio aprobación de modificaciones a Cámara Revisora. Urgencia actual: Discusión inmediata.	Año III n° 9. Julio 2008.
En materia de declaración de culpabilidad por una acusación constitucional	5850-07	Senado	Etapas: 1er trámite constitucional. Senado, pendiente el Nuevo 1er informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año III n° 7. Mayo 2008.
Crea los servicios de radiodifusión comunitaria ciudadana	5406-15	Cámara de Diputados	Etapas: 2do trámite constitucional. Senado, Boletín de indicaciones. Urgencia actual: Sin urgencia.	
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado Protocolo de San Salvador	4087-10	Cámara de Diputados	Etapas: 2do trámite constitucional. Senado, pendiente el 1er informe de Comisión de Relaciones Exteriores. Urgencia actual: Sin urgencia.	Año I n° 5. Marzo 2006.
Crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos	3878-17	Cámara de Diputados	Tramitación terminada.	Año I n° 1. Octubre 2005.



IV

Anexos

A. Discurso de S.S. Benedicto XVI a las delegaciones de Argentina y Chile en el vigésimo quinto aniversario del Tratado de Paz y Amistad entre ambas naciones¹⁰

*Señoras Presidentas de Argentina y Chile,
Señores Cardenales,
Queridos Hermanos en el Episcopado,
Señores Embajadores,
Amigos todos:*

1. Con sumo gusto les recibo y les doy la bienvenida en esta Sede de Pedro, con motivo de la celebración del 25 aniversario del Tratado de Paz y Amistad, que clausuró el diferendo territorial que mantuvieron durante largo tiempo sus respectivos Países en la zona Austral. En efecto, es una oportuna y feliz conmemoración de aquellas intensas negociaciones que, con la mediación pontificia, concluyeron con una solución digna, razonable y ecuánime, evitando así un conflicto armado que estaba a punto de enfrentar a dos pueblos hermanos.

2. El Tratado de Paz y Amistad, y la mediación que lo hizo posible, está indisolublemente unido a la amada figura del Papa Juan Pablo II, el cual, movido por sentimientos de afecto hacia esas queridas Naciones y en sintonía con su incansable labor como mensajero y artífice de paz, no dudó en aceptar la delicada y crucial tarea de ser mediador en dicho contencioso. Con la ayuda inestimable del Cardenal Antonio Samorè, él mismo siguió personalmente todos los avatares de esas largas y complejas negociaciones, hasta la definición de la propuesta que llevó a la firma del Tratado, en presencia de las delegaciones de ambos Países y del entonces Secretario de Estado de Su Santidad y Prefecto del Consejo para los Asuntos Públicos de la Iglesia, Cardenal Agostino Casaroli. La intervención pontificia fue una respuesta también a un expreso pedido de los Episcopados de Chile y Argentina, los cuales, en comunión con la Santa Sede, ofrecieron su decisiva colaboración para la consecución de dicho acuerdo. Es de agradecer, además, los esfuerzos de todas las personas que, en los Gobiernos y delegaciones diplomáticas de ambos Países, dieron su positiva contribución para llevar adelante ese camino de resolución pacífica, cumpliendo así los profundos anhelos de paz de la población argentina y chilena.

¹⁰ El texto del tratado se encuentra disponible en la página del Centro (www.celir.cl, sección Fuentes Normativas/Chile/Normas Jurídicas).



3. A veinticinco años de distancia, podemos constatar con satisfacción cómo aquel histórico evento ha contribuido benéficamente a reforzar en ambos Países los sentimientos de fraternidad, así como una más decidida cooperación e integración, concretada en numerosos proyectos económicos, intercambios culturales e importantes obras de infraestructura, superando de este modo prejuicios, sospechas y reticencias del pasado. En realidad, Chile y Argentina no son sólo dos Naciones vecinas sino mucho más: son dos Pueblos hermanos con una vocación común de fraternidad, de respeto y amistad, que es fruto en gran parte de la tradición católica que está en la base de su historia y de su rico patrimonio cultural y espiritual.

Este acontecimiento que hoy conmemoramos forma ya parte de la gran historia de dos nobles Naciones, pero también de toda América Latina. El Tratado de Paz y Amistad es un ejemplo luminoso de la fuerza del espíritu humano y de la voluntad de paz frente a la barbarie y la sinrazón de la violencia y la guerra como medio para resolver las diferencias. Una vez más, hay que tener presente las palabras que mi Predecesor, el Papa Pío XII, pronunció en momentos especialmente difíciles de la historia: «Nada se pierde con la paz. Todo puede perderse con la guerra» (*Radiomensaje*, 24 agosto 1939). Por tanto, es necesario perseverar en todo momento con voluntad firme y hasta las últimas consecuencias en tratar de resolver las controversias con verdadera voluntad de diálogo y de acuerdo, a través de pacíficas negociaciones y necesarios compromisos, y teniendo siempre en cuenta las justas exigencias y legítimos intereses de todos.

4. Para que la causa de la paz se abra camino en la mente y el corazón de todos los hombres y, de modo especial, de aquellos que están llamados a servir a sus ciudadanos desde las más altas magistraturas de las naciones, es preciso que esté apoyada en firmes convicciones morales, en la serenidad de los ánimos, a veces tensos y polarizados, y en la búsqueda constante del bien común nacional, regional y mundial. La consecución de la paz, en efecto, requiere la promoción de una auténtica cultura de la vida, que respete la dignidad del ser humano en plenitud, unida al fortalecimiento de la familia como célula básica de la sociedad. Requiere también la lucha contra la pobreza y la corrupción, el acceso a una educación de calidad para todos, un crecimiento económico solidario, la consolidación de la democracia y la erradicación de la violencia y la explotación, especialmente contra las mujeres y los niños.

5. La Iglesia católica, que continúa en la tierra la misión de Cristo, que con su muerte en la cruz trajo la paz al mundo (cf. *Ef 2, 14-17*), no deja de proclamar a todos su mensaje de salvación y de reconciliación y, uniendo sus esfuerzos a todos los hombres de buena voluntad, se entrega con ahínco para cumplir las aspiraciones de paz y concordia de toda la humanidad.



Excelentísimas Señoras Presidentas, queridos amigos, agradeciéndoles nuevamente su significativa visita, dirijo mi mirada al Cristo de los Andes, en la cumbre de la Cordillera, y le pido que, como un don constante de su gracia, selle para siempre la paz y la amistad entre argentinos y chilenos, al mismo tiempo que como prenda de mi afecto les imparto una especial Bendición Apostólica.

Sábado 28 de noviembre de 2009

© Copyright 2009 - Libreria Editrice Vaticana



B. Declaración de la 98ª Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Argentina sobre el vigésimo quinto aniversario del Tratado de Paz y Amistad con Chile

1. El próximo 29 de noviembre se cumplen 25 años de la fecha en que los representantes de los Gobiernos de la Argentina y Chile firmaron en el Vaticano el Tratado de Paz y Amistad entre nuestras dos Naciones.

Por ello queremos dar gracias a Dios Nuestro Señor. Y, a la vez, recordar agradecidos la figura del Papa Juan Pablo II, quien, recién elegido para el ministerio del Supremo Pontificado de la Iglesia, tuvo la audacia de asumir la difícil tarea de Mediador que se le pedía, nombrando para ello al Cardenal Antonio Samoré.

Junto con ellos, queremos hacer memoria de los obispos chilenos y argentinos que nos precedieron, en especial del Cardenal Raúl Francisco Primatesta, los cuales, valorando el inestimable bien de la Paz, lograron con santa obstinación abrir el único camino que quedaba para preservarla: la mediación del Papa.

2. Los argentinos y chilenos nunca agradeceremos suficientemente a Dios haber evitado la demencia de la guerra y mantenido el don de la paz. Puede ser que todavía no hayamos medido de manera cabal el abismo en el cual estuvimos a punto de caer. E incluso que no hayamos valorado en plenitud los amplios campos que se han abierto para la cooperación e integración de nuestros pueblos, y cuánto podemos aún beneficiarnos.

3. Mirada a la distancia, la mediación de Juan Pablo II es mucho más que una acción pacificadora entre dos países litigantes iniciada hace más de treinta años, y concluida exitosamente hace veinticinco. Es una fuente perenne de inspiración de alta política internacional, que el Papa enunciaba en dos principios. El primero, buscar las coincidencias antes que las divergencias. Juan Pablo II lo expresaba así a las delegaciones argentina y chilena al comienzo de las conversaciones: "Convendría planear las negociaciones buscando en primer lugar, los puntos de convergencia entre las posiciones de ambas Partes; aunque la controversia aparezca bastante complicada, no debe ser imposible encontrar tales puntos".

El segundo principio, cooperar entre las naciones: "Considero también oportuno que reflexionéis sobre las posibilidades que vuestras Naciones, tienen de colaborar en toda una serie de actividades dentro e incluso fuera de la zona austral. Del desarrollo de esas actividades pueden derivarse ventajas indudables para el bienestar de ambos pueblos y también -¿por qué no?- para otras Naciones. Creo que el descubrimiento y la preparación consiguiente de amplios sectores de cooperación crearían condiciones favorables para la búsqueda y el hallazgo de la solución completa para las cuestiones más complicadas del diferendo: solución completa y definitiva a la que es menester llegar" (Discurso 27 septiembre 1979).



4. En vísperas del Bicentenario 2010-2016, los principios que dieron origen al Tratado de Paz y Amistad entre la Argentina y Chile, que dispone "la obligación de solucionar siempre todas sus controversias por medios pacíficos", son inspiradores también en el presente para la conducta de los ciudadanos y de los diversos sectores sociales, y para las políticas que han de adoptar las autoridades a fin de cohesionar y pacificar al pueblo argentino, y celebrar con verdadera alegría el próximo jubileo de la Patria.

5. Hoy los Obispos argentinos peregrinamos al Santuario de Nuestra Señora de Luján, para agradecer el insigne beneficio del Tratado de Paz y Amistad entre la Argentina y Chile, y encomendar a Dios Nuestro Padre, por medio de la Santísima Virgen María, la Misión Continental que se realiza en nuestra Patria, y el Año Sacerdotal, en ocasión del 150 aniversario de la muerte del Santo Cura de Ars.

Pedimos a nuestro pueblo que nos acompañe con su oración.

Pilar, El Cenáculo, 11 de noviembre de 2009,
memoria de San Martín de Tours, obispo.



C. Argentina: sentencias sobre matrimonio entre personas del mismo sexo y declaración de la Sociedad Argentina de Derecho Canónico

Sentencia que declara la inconstitucionalidad de dos arts. del Código Civil, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo

Tribunal: Juzgado n° 15 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Procedimiento: Amparo

Causa: EXP. n° 34292 / 0

Fecha: 10 de noviembre de 2009

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. Que debido al amor y la admiración mutua que se profesan, y luego de cuatro años de vivir en pareja, los actores decidieron contraer matrimonio. Relatan que se conocieron en Mar del Plata, en marzo de 2005, en el marco de un encuentro en que actuaron como coordinadores. El 22 de abril de 2009 se presentaron ante el Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la calle Uriburu 1022, a fin de pedir una fecha para casarse. El Registro denegó su petición debido a que había un impedimento, ambos son hombres.

Entonces, Alejandro Freyre y José María Di Bello, con el patrocinio de la doctora Lorena Gutiérrez Villar, promovieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que se ordene a las autoridades correspondientes que se les permita contraer matrimonio y que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 172, 188 y concordantes del Código Civil.

Alegaron que ni en la Constitución Nacional, ni en los tratados internacionales, ni en la legislación vigente existe una definición de familia limitada a la unión entre un hombre y una mujer (v. fs. 10).

Destacaron que sólo pueden alegarse como motivos de oposición los establecidos en la ley, y que en el artículo 176 no se establece como impedimento que un hombre pueda contraer matrimonio con otro hombre (v. fs. 14).

Indicaron que la única norma del ordenamiento positivo nacional que exige en forma manifiesta la diversidad de sexo de los contrayentes es el artículo 188 del Código Civil en cuanto establece que “[e]n el acto de celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199, y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer...”.

En síntesis, solicitaron que se declare la inconstitucionalidad de toda norma que les prohíba contraer matrimonio.

Fundaron su pretensión en derecho, doctrina y jurisprudencia, ofrecieron prueba e hicieron reserva del caso federal.



II. Que, a fs. 31/43 vta., el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contestó la demanda. Sostuvo que la acción de amparo no era la vía apropiada, por cuanto no era el medio judicial más idóneo para dilucidar la cuestión.

Señaló que los actores no identificaron cuáles eran las concretas conductas u omisiones manifiestamente arbitrarias o ilegítimas del Gobierno supuestamente lesivas de sus derechos constitucionales.

Indicó que se limitaron a describir normativa legal, constitucional e internacional, sin expresar cuáles son, en la especie, las que se hallarían incumplidas o violadas por el Gobierno. En su criterio, la demanda resulta genérica, imprecisa y “no ajustada a la realidad” (v. fs. 33vta.).

Manifestó que debido a su alta complejidad, el tema traído a juicio requiere mayor amplitud de debate y prueba, y que la presentación de los actores carece de sustrato probatorio.

Sostuvo que la denegatoria a otorgar un turno para contraer matrimonio se basa en la imposibilidad jurídica generada por las normas que regulan el instituto.

Justificó la actuación de las autoridades del Registro afirmando que “el cumplimiento de una obligación legal por parte de la autoridad administrativa, no puede constituir como ilícito ningún acto (doctrina del art. 1071 del Código Civil)” (v. fs. 33vta.).

En consecuencia, aseveró: “La pretensión amparista parece desconocer que para emitir un acto administrativo de cognición que constate o certifique un matrimonio entre personas del mismo sexo es menester que, previamente, la Administración decida la inaplicación de normas legales: los art. 172 y 188 del Código Civil (Ley 340 modificado por Ley 23.515)” (v. fs. 34vta.). Al respecto, afirmó que la Administración local carece de competencia para ejercer funciones judiciales —a fin de declarar la inconstitucionalidad de ambos artículos—, y que tampoco puede decidir sobre materias que, atento lo prescripto por el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, son de competencia exclusiva del Estado Nacional.

Indicó que si el Gobierno hubiera otorgado el turno solicitado, la falta de uno de los elementos formales —la diversidad de sexos— habría concluido en la inexistencia del matrimonio.

En su criterio, resulta notorio que la acción interpuesta procura utilizar al Poder Judicial para interferir en las potestades conferidas al Congreso Nacional y que la decisión de modificar el Código Civil es privativa y exclusiva del Poder Legislativo. De lo contrario, dijo, se afectaría el principio de división de poderes. Indicó que la pretensión de los actores se dirige a que el Poder Judicial fiscalice la oportunidad, merito y conveniencia de una decisión adoptada por el Congreso, en el marco de su competencia constitucional.

Informó que la oficial pública a cargo del Registro Civil de la calle Uriburu ofreció a los actores la alternativa de la unión civil (ley 1.004), régimen jurídico que les permitiría concretar la aspiración de formar una familia (v. fs. 38).

Señaló que para fundamentar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas es preciso que se acredite con veracidad comprobada el derecho o garantía constitucional cercenado. En su criterio, los actores no demostraron que las normas cuestionadas ocasionen lesión o daño a alguna garantía constitucional.



Manifestó que no existe discriminación alguna, puesto que los actores no han acreditado hallarse en la misma situación fáctica y jurídica que el resto de las personas que han decidido contraer matrimonio conforme a la legislación vigente. En su criterio, el principio de igualdad no requiere tratar a todos los individuos de igual manera, sino sólo a los iguales. Agregó que la igualdad garantizada por la Constitución es la igualdad ante la ley, por lo que la diversidad de circunstancias justifica los diversos tratamientos legales.

En su criterio, la discriminación alegada por los actores no resiste el menor análisis (v. fs. 41).

Acusó a la parte actora de “deformar” la regulación normativa prevista en los pactos internacionales, porque si bien el Pacto de Derechos Civiles y Políticos garantiza la eliminación de todo tipo de discriminación y el derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio y formar una familia, esto no implica facultar a personas del mismo sexo a hacerlo (v. fs. 38/38vta.).

Concluyó que el planteo de inconstitucionalidad debía ser rechazado atento a que los actores no probaron que las disposiciones del Código Civil por ellos impugnadas afectasen el derecho a la igualdad o fueran discriminatorias.

III. Que teniendo en cuenta las afirmaciones de la demandada, parece menester recordar que el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional diferencia la atribución de dictar normas de derecho común y de derecho federal —a cargo del Congreso Nacional— de la atribución jurisdiccional para resolver conflictos sobre la primera de esas materias, a cargo de los estados locales. En concordancia con los artículos 5º, 116, 122 y 129 de la Constitución Nacional, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires se reservan la aplicación de la ley común por sus respectivos tribunales locales.

El artículo 116 de la Constitución Nacional no es más que un explícito refuerzo de la mencionada directriz, esencial de la forma federal que la Argentina adoptó para su gobierno, desde el momento en que la competencia de la Corte Suprema y los demás tribunales inferiores de la Nación se extiende al conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por las leyes nacionales, “con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75”.

Tal reserva fue introducida por la Convención de 1860, con el deliberado propósito de impedir que las provincias carecieran de jurisdicción en las materias a que dicha norma hace referencia. Luego de la reforma de 1994, la Ciudad de Buenos Aires goza de las mismas facultades jurisdiccionales inherentes al concepto jurídico de autonomía.

En ese sentido, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires dispone en su art. 106 asignar a su Poder Judicial “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales...”.

Según la ley 189 “se considerarán autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejercen potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad” (art. 1º); y “Son causas contencioso administrativas a los efectos de



este Código, todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamentación u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contencioso administrativa es de orden público” (art. 2º).

Recientemente el Superior Tribunal de la Ciudad, en voto de Ana María Conde, Luis Francisco Lozano y José Osvaldo Casás, en una sentencia referida al juzgamiento de delitos creados con posterioridad a la ley 24.588 (desarmado y venta de autopartes) recordó “la regla general según la cual asisten a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como propias, todas las facultades no delegadas a la Nación en el texto de la Constitución Nacional ni retenidas o conservadas por el gobierno federal”. Añadió que si bien pudo sostenerse en alguna oportunidad que los poderes del gobierno central habían sido delegados por las provincias por ser éstas históricamente preexistentes a la organización nacional, tal criterio puramente cronológico no se ve convalidado por el hecho cierto de que existen nueve (9) estados provinciales que adquirieron dicho estatus después de suscripto el Pacto Constitucional originario. Con ello, abandonado el criterio puramente cronológico, debe concluirse que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires se encuentran en situación de igualdad, con equivalente representación en la instancia federal del Senado (ver voto en disidencia de Zaffaroni, en Fallos: 330:5279) y con la única restricción que puede derivarse, para la Ciudad de Buenos Aires, de ser asiento de los poderes federales.

Luego, de modo contundente, han afirmado que “desde una concepción de Estado basada en el principio de soberanía popular y en la forma republicana de gobierno, los estados locales delegantes no concurren a esa delegación con poderes reconocidos como propios en sentido estricto, sino como resultantes de un aporte de los individuos a quienes representan. Desde esta perspectiva, no caben dudas acerca de que el ‘pueblo’ —cuya soberanía constituye uno de los principios fundamentales de la CN y base de los poderes que ejercen las autoridades que establece— es tanto el que reside en las Provincias, como el que lo hace en la Ciudad de Buenos Aires. Negar facultades propias de los estados locales a esta Ciudad importa negar la igualdad entre pares; esa igualdad que exige reconocer iguales gobiernos para personas iguales y con idénticos derechos a los de sus vecinos” (“Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Incidente de incompetencia en autos ‘NN s/ inf. art. 00 —presunta comisión de un delito—’”. Exp. 6397/09, del 27/08/09).

Tratándose en el caso de una acción de amparo interpuesta para cuestionar una decisión del Registro Civil de la Ciudad, de acuerdo al marco constitucional y legal detallado, resulta indudable la competencia del tribunal para resolver en el sub examine.

IV. Que respecto a la procedencia de la vía, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o



resguardo de competencias (Fallos: 320:1339, 2711; 321:2823; 330:5201, entre otros).

En el caso, la defensa de la demandada vinculada con la improcedencia de la vía escogida no ha sido debidamente sustentada. Entonces, la acción de amparo resulta admisible atento a que su empleo no reduce las posibilidades de defensa de las partes en cuanto a la extensión de la discusión y de la prueba (Fallos: 320:1339 y 315:2386). Nótese que el Gobierno se limitó a proponer sólo un oficio al Registro Civil, el que fue ordenado y contestado, según las constancias del expediente (fs. 62 y 69).

En conclusión, los argumentos de orden fáctico y procesal esgrimidos no tienen entidad suficiente para dilatar el control de constitucionalidad que constituye la primera y principal misión de los tribunales (confr. arg. de Fallos: 318:1154; 323:2256).

V. Que una interpretación que llevara al extremo la no justiciabilidad de las decisiones del Congreso, por un lado anularía el diálogo de poderes que la propia Constitución sustenta, mediante el cual cada uno de ellos encuentra, en su interrelación con los otros, la fuente de sus propios límites y una buena orientación general en las políticas de Estado, y por otro lado, podría producir el desamparo de los ciudadanos que pertenecen a minorías, al quedar sujetos a lo que decidieran mayorías circunstanciales (Fallos: 330:3160, voto de Lorenzetti, Fayt y Argibay).

Los ejemplos de errores históricos en que la mayoría ha decidido son evidentes y bastan para refutar la supuesta intromisión en la división de poderes. A tal efecto alcanza con reflexionar sobre la legislación que, presumiendo de su carácter "universal", negó durante décadas el derecho a voto de las mujeres en nuestro país.

La Corte Suprema ha subrayado el grave defecto de interpretación en que incurren los tribunales cuando en sus decisiones no otorgan trascendencia alguna a una condición de base para la sociedad democrática, cual es la coexistencia social pacífica. La preservación de ésta asegura el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, cuya protección interesa a la comunidad para su convivencia armónica. La renuncia a dicha función traería aparejado el gravísimo riesgo de que sólo aquellas valoraciones y creencias de las que participa la mayoría de la sociedad encontraría resguardo, y al mismo tiempo, determinaría el desconocimiento de otros no menos legítimos intereses sostenidos por los restantes miembros de la comunidad, circunstancia ésta que sin lugar a dudas constituiría una seria amenaza al sistema democrático que la Nación ha adoptado (arts. 1 y 33, CN) (confr. Fallos: 329:5266).

VI. Que, sentado lo expuesto y frente a las posiciones enfrentadas de las partes acerca de si la denegación ocasiona o no un agravio constitucional, cabe examinar si la restricción al derecho a contraer matrimonio protegido por la legislación nacional y los pactos internacionales reconocidos por el artículo 75, inciso 22, de la Ley Suprema, a la luz de una hermenéutica constitucional de los textos normativos en juego, resulta legítima.



La medida estatal impugnada impide a los actores disfrutar de los derechos de que son titulares las parejas que acceden al matrimonio. Por ejemplo, ventajas tributarias a la pareja —y a sus miembros considerados individualmente—, derechos de herencia y pensiones, privilegios testimoniales, beneficios en políticas migratorias, capacidad de decidir por otro en situaciones de imposibilidad, entre muchas otras. Tales ventajas no resultan intrascendentes para quienes asumen como pareja un compromiso sexual, emocional y financiero con miras de estabilidad.

Por otro lado, las ventajas mencionadas pueden parecer poco significativas comparadas con la trascendencia pública que conlleva el matrimonio, la celebración del compromiso asumido y el respeto moral por la decisión de cada uno, incluso si los otros emplean un esquema ético distinto en sus propias vidas.

En otras palabras, la solución del caso requiere dilucidar si la prohibición legal que impide a los actores contraer matrimonio —y por ende acceder a las ventajas mencionadas— resulta discriminatoria.

VII. Que la igualdad que garantiza el artículo 16 de la Constitución, tal como lo interpreta el representante del GCBA, no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias. Su formulación resumida suele expresarse en el adagio: "igualdad entre iguales". Así entendido, este derecho estaría emancipado del principio de no discriminación, al dejar que el Estado determine la noción de igualdad que será fuente de derechos. Es decir, bajo el amparo de aquel principio se puede justificar la discriminación por origen racial, nacionalidad, por orientación o identidad sexual.

La garantía así entendida no resultó un obstáculo en el caso "Lanteri de Renshaw" (Fallos 154:289), resuelto en 1929, para avalar la legislación nacional electoral que no preveía el voto de las mujeres. En el caso se hizo referencia a las diferencias "naturales" entre hombres y mujeres que justificaban el trato diferencial.

Así, el texto constitucional que funda el derecho a la igualdad se mantuvo inalterable antes y después del voto femenino, en épocas en que la ley establecía diferentes categorías de hijos, e incluso durante la larga historia del matrimonio que organizaba la subordinación legal de las mujeres a los hombres.

Afirmó Petracchi que "es tarea de historiadores y sociólogos elucidar por qué un texto como el art. 16 de la Constitución Nacional (Todos los habitantes son iguales ante la ley...) pudo coexistir durante largo tiempo con otras normas de inferior jerarquía que hoy parecen claramente discriminatorias contra la mujer. Así por ejemplo, el delito penal de adulterio era distinto según lo cometiera la esposa o el marido; se consideró que la mujer casada tenía incapacidad de hecho relativa; la esposa no podía ejercer el comercio si no contaba con autorización del marido o estaba separada de bienes; en el área del derecho público no se les reconocía a las mujeres el derecho a votar, etc. Las normas infraconstitucionales fueron cambiando y adecuándose progresivamente a los requerimientos igualitarios. El proceso adelantó con lentitud, porque eran



fuertes las resistencias que presentaba una estructura social en la que florecía y medraba una impronta decididamente patriarcal”.

Y agregó que “la garantía de la igualdad no es una fórmula rígida e inmutable; tampoco es definible. Si pretendiéramos definirla, sólo podríamos ofrecer un retrato borroso de las convenciones sociales y las creencias vigentes en una época determinada”. En una clara definición Petracchi reconoció que “las desigualdades entre los seres humanos no son sólo jurídicas y económicas; también son sexuales” (Fallos 323:2659).

VIII. Que, sentado lo expuesto, puede afirmarse que el derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. No se es igual en la medida de la ley sino ante ella, la ley no debe discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas (ver, Eduardo Á. Russo, *Derechos Humanos y Garantías*, Eudeba, Buenos Aires, 2001; y, “Identidad y diferencia [reflexiones en torno a la libertad y la igualdad]”, en la *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, volumen XXXVIII, sep. - dic. 2003, 1, págs. 127 a 135).

Sobre el particular la Sala II de la Cámara del fuero ha afirmado que: “El reconocimiento jurídico de la diversidad es un silencioso primer paso de protección en dirección hacia una tarea más profunda y de otro orden, cual es el trabajo de construir un pensamiento de la diferencia. ‘Hay algo en el mundo que fuerza a pensar. Ese algo es el objeto de un encuentro fundamental, y no de un reconocimiento.’ (Gilles Deleuze, *Diferencia y Repetición*, Amorrortu ed., 2002, pág. 215). Al derecho moderno le compete solamente favorecer el espacio de afectación y encuentro” (v. “Busacca Ricardo O. c/ GCBA s/ amparo”, del 17/11/03, voto de M. Daniele y Eduardo Á. Russo).

No en vano el preámbulo de la Constitución de la Ciudad reconoce la identidad en la pluralidad, lo que sólo parece alcanzable potenciando las diferencias. La instauración definitiva del ideal democrático y republicano que plasmaron los constituyentes de 1853 y profundizaron los de 1994, convoca —como señaló el Tribunal Superior en uno de los votos concurrentes de la causa “Portillo” (Fallos: 312:496)— a la unidad nacional, en libertad, pero no a la uniformidad u homogeneidad. El sentido de la igualdad democrática y liberal es el “derecho a ser diferente”, que no puede confundirse nunca con la “igualación”, que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales. El artículo 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta a nuestra Norma Fundamental. El reconocimiento de la identidad en la pluralidad no puede partir de estructuras ahistóricas, requiere auspiciar los diversos proyectos de vida dentro de una estructura social mucho más compleja.



En este sentido, cuando en el año 1996 la convención constituyente de la Ciudad de Buenos Aires trató el contenido del derecho a la igualdad, el Dr. Zaffaroni manifestó que: "Una constitución, como cualquier código, es un texto orgánico, como una construcción que se realiza en torno de alguna viga maestra. Con este texto que votaremos por unanimidad las mujeres y los hombres de cuatro partidos políticos, que fuimos elegidos por el pueblo de Buenos Aires, sentaremos el principio general –la viga maestra– en torno del cual comenzaremos a dar forma a la Constitución. Para decirlo más brevemente, estimo que dentro de unos minutos, en sentido material, la ciudad de Buenos Aires comenzará a tener una constitución. (...) No va a faltar quien quiera minimizar esta cláusula; no va a faltar quien se encoja de hombros y diga: 'Después de todo, es el viejo principio de igualdad, que viene desde la Revolución Francesa. ¿Qué novedad nos traen los constituyentes de la ciudad de Buenos Aires?' Es verdad que se trata de un viejo principio del racionalismo iluminista en su vertiente revolucionaria, pero también lo es que no vinimos aquí para consagrarlo trayendo el gorro frigio y cantando la Marsellesa. Lo consagramos en una fórmula, en una versión enteramente acorde con nuestra temporalidad, con nuestra contemporaneidad, con nuestra cotidianidad. Lo consagramos de acuerdo con nuestra experiencia y nuestra vivencia. (...)

Es el mismo principio, pero formulado a partir de que esa igualdad presupone la diferencia. (...) Por reformularlo desde esta temporalidad y hacer una cláusula igualitaria y antidiscriminatoria tan amplia también se nos va a criticar. Se nos va a decir: para qué una enunciación tan amplia si después de todo es enunciativa. Sí, ya sabemos que es enunciativa. La imaginación discriminatoria desgraciadamente no tiene fin. Por eso era necesario hacer una enunciación amplia. (...) Se nos va a decir: por qué mencionar la orientación sexual. ¿Cómo no mencionarla en un mundo donde hay demasiados que sueñan con reimplantar el triángulo rosa y en una ciudad donde todavía tenemos funcionarios policiales que actúan como si el triángulo rosa existiese entre nosotros?".

Luego, el pueblo de la Ciudad de Buenos Aires se dio una Constitución en cuyo artículo 11 se establece que: "Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad".

IX. Que, entonces, la Constitución local "reconoce y garantiza el derecho a ser diferente", no admitiendo discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de "orientación sexual" (art. 11).

Así, a fin de facilitar la impugnación de distinciones ilegítimas realizadas por el legislador, el constituyente de la Ciudad ha establecido una lista de clasificaciones sospechosas de ocultar motivos de distinción incompatibles con



el principio de no discriminación. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma portadora del criterio de distinción no supera el examen de constitucionalidad.

Esta contradicción directa con el texto constitucional lleva a considerar a la categoría como sospechosa de discriminación (Fallos: 314:1531, votos de Petracchi y Fayt; y Fallos: 329:5266) y, por lo tanto, hace pesar sobre dichas normas una presunción de inconstitucionalidad.

Aun cuando alguna "discriminación" o "distinción" sobre la base de la "orientación sexual" fuera en teoría aceptable y consiguiera indulgencia, los estándares aplicables —a los fines de su eventual justificación— deben ser extremadamente exigentes.

Así, si la exclusión en el goce del derecho está fundada en tal categoría, es posible partir de una presunción o sospecha de ilegitimidad que tendrá por efecto la necesidad de probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquéllos objetivos.

Al respecto Fayt afirmó: "Que existen categorías o grupos sociales respecto de los cuales no resulta apropiada la presunción general en favor de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos, cuando ellos los afectan en sus libertades básicas. Este es el sentido esencial que se le debe otorgar a lo que se ha dado en llamar el 'derecho de las minorías', consagrado expresamente en constituciones modernas y que se induce de diversas disposiciones de la nuestra, como los arts. 16 y 19. (...) Una diferente inteligencia de la cuestión tratada, que propugnase el sometimiento de grupos minoritarios a los designios de la mayoría en pos de un alegado objetivo comunitario, es doctrina de peligrosas consecuencias. Si su aplicación trasciende los límites del campo político, es susceptible de desembocar, como lo ha demostrado nuestra historia más reciente, en el ultraje inexorable de los derechos más esenciales del hombre. De dicha historia es posible formular, por otra parte, un fructífero proceso inductivo, del cual se desprende como enseñanza que la aceptación de las diferentes concepciones es decir de un amplio pluralismo de ideas resulta condición de posibilidad aquí y ahora para la concreta vigencia del plan trazado por los constituyentes" (Fallos: 314:1531).

A partir de tales premisas, el juicio de razonabilidad de la norma (arts. 14 y 28 de la CN), debe realizarse a la luz de un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma la que debe realizar "una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado a tal efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica 'adecuación' a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada" (Fallos: 327:5118 y 329:2986). Tal como sostuvo el juez Maier en sus votos en las causas, "Salgado, Graciela B. c/ GCBA", del 21 de noviembre de 2001 y "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA", del 31 de marzo de 2005, el Estado debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin legítimo.



No basta —afirmó— con señalar la licitud del fin a alcanzar, sino que el Estado debe justificar por qué era necesario acudir a una distinción fundada en una clasificación sospechosa para cumplir esos fines.

En los votos mencionados, subrayó que el cambio del paradigma constitucional implica también una modificación en la forma misma de concebir la discriminación. Mientras que en el pasado se recalcaba el componente subjetivo dañoso (fines de ilegítima persecución), la actual doctrina antidiscriminatoria pone énfasis en el efecto objetivo de excluir a cierto grupo del goce de un derecho o del acceso a un beneficio.

Y aclara que por supuesto, atento a sus efectos, los casos de discriminación persecutoria o explícita quedan también comprendidos en este segundo enfoque, pero —dado que la expresión de motivaciones subjetivas persecutorias o discriminatorias es un fenómeno extraordinario en la legislación— una aproximación objetiva, a partir de la "sospecha" de discriminación escondida detrás del uso de ciertas clasificaciones, amplía el ámbito de la protección antidiscriminatoria y obliga a los poderes políticos a ser más cuidadosos en la selección de los factores de distinción empleados en los textos normativos.

En síntesis, si bien en principio los poderes políticos tienen facultades para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando ello resulta conveniente a fin de llevar adelante objetivos legales legítimos —presumiéndose la constitucionalidad de la norma sancionada de conformidad con las formas prescriptas para ello—, en algunos casos el recurso del legislador a ciertos factores de distinción puede responder a prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho. Casos típicos de esta categorización espuria son los de raza y religión y, en épocas más recientes, los de género y discapacidad.

En base a la doctrina expuesta, el estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en la orientación sexual se traduce en que tales categorías no deben tener como finalidad crear o perpetuar la estigmatización, el desprecio o la inferioridad legal o social de las personas pertenecientes a minorías sexuales. En todo caso, las clasificaciones fundadas en la orientación sexual deberían ser utilizadas para compensar a tales grupos por las postergaciones sufridas a través de la historia.

En este sentido, los argumentos de la demandada resultan escasos e insuficientes a la hora de revertir la presunción de inconstitucionalidad de las normas en que basó su decisión. Su defensa se limita a negar la discriminación fundada en la falta de prueba en ese sentido.

X. Que en lo referido a restricciones para contraer matrimonio pueden tomarse ejemplos paradigmáticos del derecho comparado, como las leyes de la Alemania Nazi que prohibieron el matrimonio entre "judíos y súbditos de sangre alemana o asimilables" (Ley de protección de la Sangre, 1935), o las restricciones que padecieron los negros, asiáticos e indios en Estados Unidos desde la época colonial hasta el dictado del fallo "Loving v. Virginia" en 1967 (388 US 1).

En la sentencia "Dred Scott", el entonces Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, Roger B. Taney, citó la existencia de estatutos antimestizaje para demostrar que los matrimonios interraciales "se consideran antinaturales e inmorales" y, en consecuencia, "este estigma, de la más profunda degradación,



está fijo sobre toda la raza (negra)" ("Dred Scott v. Standford", 60 US, 393, 407 [1857]).

Tales restricciones fueron incluso defendidas con argumentos basados en criterios religiosos: "Dios Todopoderoso creó las razas blanca, negra, amarilla, malaya y roja, y las colocó en continentes separados. El hecho de que Él separase las razas demuestra que Él no tenía la intención de que las razas se mezclasen" (sentencia de 1966, de un tribunal de instancia del estado norteamericano de Virginia, citado por Daniel Borillo, *Homofobia*, Ed. Bellaterra, Barcelona, 2001, pág. 41, nota 40).

En un texto titulado "Reflexiones sobre Little Rock", de 1959, —referido a los esfuerzos encaminados a poner fin a la segregación contra los negros en el sistema educativo norteamericano—, Hannah Arendt afirmó que la educación no era el terreno en el que debía librarse la batalla. Destacó, en cambio, la forma de discriminación que le parecía más condenable: la que afecta a la libertad de matrimonio, mediante la prohibición, en los estados sureños de los Estados Unidos, de las uniones mixtas. "El derecho de casarse con quien uno quiera es un derecho humano elemental". Incluso, en ese mismo artículo Arendt señaló que "aunque el gobierno no tiene derecho a interferir en las prácticas discriminatorias y los prejuicios de la sociedad, no solamente tiene el derecho, sino el deber de garantizar que dichas prácticas no adquieran fuerza de ley" (ver la lectura que sobre el texto propone Didier Eribon en *Reflexiones sobre la cuestión gay*, Anagrama, Barcelona, 2001, págs. 477/490).

XI. Que, en Argentina la institución matrimonial se ha modificado sensiblemente a la luz de una serie de cambios sucedidos desde la organización nacional hasta nuestros días.

Producida la independencia, poco y nada se hizo de positivo en la materia durante los primeros cincuenta años, sólo algunos tibios intentos de secularizar el instituto en la provincia de Buenos Aires, donde en el año 1824 se sometieron a los tribunales civiles las causas matrimoniales mediante ley que no llegó a aplicarse, dada la resistencia que suscitó. Los matrimonios entre católicos y quienes no lo fueran se veían seriamente dificultados. En 1867, durante la gobernación de Nicasio Oroño, se sancionó en la provincia de Santa Fe una ley que establecía el matrimonio civil. La reacción fue inmediata: fueron excomulgados Oroño y los legisladores que intervinieron, y la situación llegó al extremo de que el primero tuvo que abandonar el gobierno, fue disuelta la legislatura y sus reemplazantes derogaron la ley.

Vélez Sársfield se abstuvo de introducir en su Código la secularización del matrimonio, que no se logró hasta 1888, con la sanción de la ley 2.393 (v. "Código Civil y leyes complementarias", Augusto C. Belluscio [director], Eduardo A. Zannoni [coordinador], Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, t. 1, pág. 602).

Lento también fue el camino hacia la igualdad entre los cónyuges. Sucesivas leyes fueron reduciendo las potestades maritales (v. gr. ley 11.357, 1926), aunque el hombre mantuvo la potestad de fijar el domicilio conyugal hasta 1987 (ley 23.515), y la administración de los bienes gananciales cuyo origen no podía determinarse hasta 2003 (ley nº 25.781). Antes de las primeras reformas, entonces, la mujer casada era una incapaz relativa y en su aspecto



más benévolo la ley presumía la autorización del marido para que ejerciera alguna actividad profesional, o para comprar al contado.

Originariamente nuestro Código Civil distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos (naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos). En este aspecto los cambios fueron muy significativos, pero especialmente lentos. La ley 2.393 suprimió la categoría de hijo sacrílego. Luego, en 1954 se sancionó la ley 14.367 que eliminó la discriminación pública y oficial contra los hijos de personas no unidas por el matrimonio, y, si bien dotó de los mismos derechos que a los hijos naturales a todos los hijos ilegítimos, éstas categorías recién desaparecieron tras la sanción de la ley 23.264 (1985). Asimismo, también fue esta ley la que desarticuló la distinción entre parientes legítimos e ilegítimos. Respecto a la patria potestad, sólo tras el advenimiento de aquella ley y la 23.515 (1987), pudo ser compartida.

A su vez, no siempre los cambios han tenido un origen estrictamente legislativo. Con diferente eficacia la justicia ha instaurado cambios que se han adelantado a lo que tiempo después la ley establecería (por ejemplo, la creación pretoriana de la acción de amparo). Sin duda, esto ha sucedido respecto al divorcio vincular. Sólo tras el fallo de la Corte Suprema en el caso "Sejean" (Fallos: 308:2268) la ley 23.515 estableció este significativo cambio en la regulación del matrimonio civil.

XII. Que la evolución reseñada permite descartar la idea de un significado natural o recto, y por lo tanto privado de influencias históricas, del instituto del matrimonio civil.

En palabras de Petracchi, "las formas que... [la familia] ha adoptado son las más variadas, como nos lo enseñan la antropología y la historia, ya que si bien la familia es universal, al igual que todas las demás instituciones es un producto social sujeto a cambios y modificaciones" (Fallos: 308:2268).

Incluso, Honoré de Balzac comenzaba su "Fisiología del Matrimonio" con unas palabras que atribuyó a Napoleón, supuestamente pronunciadas ante el Consejo de Estado cuando se discutía el Código Civil: "El matrimonio no proviene de la naturaleza –la familia oriental difiere totalmente de la occidental– el hombre es el ministro de la naturaleza en la cual está contenida la sociedad – las leyes se hacen para las costumbres y las costumbres varían. El matrimonio es, pues, susceptible del perfeccionamiento gradual al que todas las cosas humanas parecen estar sometidas" (Honoré de Balzac, Fisiología del matrimonio o meditaciones de filosofía ecléctica relativas a la felicidad y desgracia de los casados, Ed. Leyenda SA, México, 1945).

Por su parte, la doctrina nacional ha definido el matrimonio como: "la unión solemne de un hombre y una mujer, tendiente a constituir una plena comunidad de vida reglada por el derecho" (Busso, Código Civil anotado, t. II, pág. 8); "una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino. (...) El matrimonio es la base necesaria para la familia legítima" (G. Borda, "Manual de Derecho de Familia", 10ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1988, pág. 33); "...desde el punto de vista sociológico, constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual" (G. Bossert y E. Zannoni, "Manual de derecho de familia", 3ª ed.,



Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991, pág. 67); "... unión consorcial de un varón y una mujer, basada en el amor mutuo, de y para toda la vida, que trasciende a los propios cónyuges, de manera que ya no son dos sino una sola carne, pero sin perder su peculiaridad personal..." (Jorge O. Perrino "Derecho de Familia", t. I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 167); "la comunidad de vida, establecida entre un varón y una mujer, por libre decisión de su voluntad y con carácter indisoluble, con el objeto de procrear hijos y educarlos, y de asistirse recíprocamente" (Jorge A. Mazzinghi, "Tratado de Derecho de Familia", 4ª ed., t. I, La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 45).

A simple vista se advierte que algunas de las definiciones citadas no han receptado aún los cambios implementados por la ley 23.515.

En caso de prosperar la demanda de los actores, la definición de matrimonio deberá ser modificada, adoptando un concepto que reconozca a la pareja que han conformado membresía en nuestra sociedad.

Es posible que una decisión en ese sentido sea considerada por algunos como una afrenta a las creencias religiosas sumamente arraigadas por un sector de la comunidad. Pero en el estado actual de secularización de las instituciones civiles no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros. Los poderes del Estado no pueden ser llamados a interpretar textos religiosos o a tomar partido en la valoración que ellos hagan de la homosexualidad, cuestión que ha causado cismas y discusiones profundos incluso al interior de diferentes religiones.

La Corte Suprema ha señalado que los artículos 2º y 14 de la Constitución Nacional —que hacen referencia a la libertad de culto y al sostenimiento por el Estado del culto Católico Apostólico Romano— no resultan demostrativos de que los redactores de la Carta Magna hubieran contemplado una absoluta identidad del Estado con los postulados y modo de reglamentación del matrimonio de la citada Iglesia (Fallos: 321:92). Pretender que la ley civil coincida con la legislación canónica, afirmó la Corte, supone la alteración de los límites de la legislación común sobre el matrimonio, ya que el ámbito civil resulta distinto e independiente del religioso, y dicha distinción resguarda la autonomía de la conciencia, de la libertad individual y de cultos que son principios fundamentales de la democracia constitucional (palabras del Procurador Guillermo H. López, que la Corte hizo suyas en Fallos: 312:122).

XIII. Que los cambios en la evolución histórica del matrimonio debieron enfrentar fuertes resistencias, en las que visiones anacrónicas no se han privado de presagiar la desaparición del instituto, o hasta la desintegración social.

El conflicto previo a la secularización del matrimonio nos brinda muchos y claros ejemplos de lo expuesto. Por ejemplo, al momento de debatir el proyecto de ley el senador Pizarro profetizó la desaparición de la especie de la superficie de la tierra y expresó que: "Perdida la santidad del matrimonio, perdida toda influencia moral en la familia, y reducido el vínculo de unión en ella al vínculo de la fuerza jurídica, todas las relaciones de familia se relajan, la autoridad paterna viene al suelo, el amor conyugal se substituye al interés, la dignidad de la mujer se abate, la insubordinación de los hijos es su consecuencia, el cariño



filial desaparece, y la familia deja de existir” (diario de sesiones de la Cámara de Senadores, 43ª reunión, 41ª sesión ordinaria, 4 de septiembre de 1888, pág. 363 y 367).

Sin embargo es evidente que el matrimonio —cuya historia es anterior al Concilio de Trento y posterior al divorcio vincular— ha sobrevivido a su secularización y no parece haber agotado ni su fuerza ni su evolución.

Una vez que las fuerzas sociales han abandonado determinadas concepciones, la lucha por su mantenimiento —siempre acompañadas por presagios de decadencia— puede adquirir características represivas y violentas. Cuando lo “universal” no está en concordancia con el individuo ni lo incluye, esa misma reivindicación de universalidad es utilizada para negar los derechos del individuo (v. Judith Butler, *Dar cuenta de sí mismo*).

Violencia ética y responsabilidad, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2009, pág. 14)

Siempre ha habido voces apocalípticas que anunciaron al hombre un destino aciago si se atrevía a alterar el status imperante. Así cuando la Corte Suprema, hace menos de veinte años, decidió por mayoría denegar el pedido de personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina se señaló que: “Una minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen tolerancia que ya no pueda haber mayoría ninguna. (...) La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso del poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución” (Fallos: 314:1531, voto del Dr. Boggiano). Pese a lo resuelto por la Corte, poco tiempo después se otorgó personería jurídica a la CHA, y pasados unos años, no parece que nos hayamos acercado al umbral de la disolución social.

XIV. Que llegados a este punto debemos preguntarnos si la prohibición de matrimonio para la pareja litigante, contenida en el Código Civil, constituye una discriminación del Estado basada en la orientación sexual.

En un primer examen literal, los artículos 172 y 188 del Código Civil se contraponen directamente con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón de la orientación sexual (arts. 16 y 19, CN; art. 11, CCABA; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, entre otros, art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sobre el Pacto ver especialmente la Observación General 20, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 22/05/09, que en su parte pertinente establece que: “En ‘cualquier otra condición social’, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual.

Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto...”).

En el artículo 16 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (diciembre, 1948) se establece que: “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los



futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". Luego, en textos similares, tanto el "Pacto internacional de derechos civiles y políticos" (art. 23), como el "Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales" (art. 10) proveen a garantizar la protección de las personas a la hora de casarse y llevar adelante una familia. La "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (art. 17) también tiende a la protección del matrimonio y la familia, con especial énfasis en la igualdad entre los cónyuges y la protección de los hijos.

En todos los casos se trata de pactos y declaraciones con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) que se suman a la permanente búsqueda del derecho interno de proteger íntegramente a la "familia". Cabe recordar, en el plano internacional, la "Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios" (cuya entrada en vigor data del 09/12/64), que ha puesto su eje en garantizar el consentimiento pleno de los pretendientes a la hora de contraer matrimonio, y a la que se ha sumado la "Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios" (res. 2018, de la Asamblea General, del 01/11/65).

Los actores se hallan impedidos de acceder a la categoría socialmente aprobada de "casados". Tal exclusión los priva de activos valiosos, tanto si éstos se miden en términos cuantitativos monetarios, o en términos cualitativos de respeto social. Esta diferencia en la tenencia de activos no necesariamente connota una imposición injusta de desigualdad.

Sin embargo, el daño inflingido se patentiza como claramente ilegítimo cuando advertimos que obedece al estatus de seres humanos menos valiosos de los excluidos.

XV. Que las personas que se apartan de la sexualidad socialmente valorada son víctimas de situaciones de discriminación social y jurídica: esto es, representan un sector usualmente vulnerado en el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales en condiciones igualitarias (ver, Aída Kemelmajer de Carlucci, "Derecho y homosexualismo en el derecho comparado" en Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, volumen 13, págs. 185 y ss.).

La "homofobia" es el miedo o la aversión hacia las prácticas o las personas homosexuales, así como la discriminación de la que son víctimas. En otras palabras, el odio, la hostilidad o la desaprobación de las personas homosexuales.

Un informe de ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas y Gays; www.ilga.org) muestra una impresionante colección de leyes representativas de la "homofobia de Estado" en el mundo. Según los datos allí publicados, no menos de ochenta y cinco (85) Estados miembros de Naciones Unidas criminalizaban en el año 2007 los actos sexuales entre personas adultas del mismo sexo con mutuo consentimiento.

Tales pautas legales —más allá de las enormes diferencias respecto a su aplicación sistemática— obligan a las personas a permanecer invisibles y a negar quienes son realmente.



A su vez, en los últimos años más de una docena de países ya han modificado sus legislaciones a fin de darles cabida a las parejas del mismo sexo. Han reconocido el matrimonio: Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Suecia (2009) y Noruega (2009). Por otro lado, tienen en sus legislaciones figuras como la unión civil o declaraciones de convivencia, con todos o algunos de los derechos que se da al matrimonio: Dinamarca (1989), Noruega (1993), Suecia (1994), Islandia (1996), Holanda (1998), Francia (1999), Alemania (2001), Finlandia (2001), Luxemburgo (2004), Nueva Zelanda (2005), Reino Unido (2005), Suiza (2005), República Checa (2006), Eslovenia (2006), Hungría (2009) y Uruguay (2009). Incluso algunos estados norteamericanos han incorporado a su legislación institutos similares al matrimonio, entre ellos se cuentan: Massachussetts, Vermont, Washington, New Jersey, New Hampshire, Maine, Hawaii, el distrito de Columbia, Connecticut, Oregon, etc. (v. M. V. Lee Badgett, *When Gay People Get Married*, NYUP, New York, 2009).

Cabe señalar que en los casos de Estados Unidos —a través de una sentencia de la Suprema Corte Judicial de Massachussetts, en 2003— y Sudáfrica —mediante el fallo de la Corte Constitucional en “Minister of Home Affairs and another v. Fourie and another”, del 01/12/05— fue el impulso judicial el que motivó los cambios en la legislación. A su vez, también en el estado de California, Estados Unidos, más allá de la solución final, los tribunales han sido un contrapunto esencial a la hora de rever su normativa.

XVI. Que es preciso recordar que la lucha contra las fobias sociales se extiende más allá de la cuestión gay, y desde mucho antes del debate por la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Cada tiempo ha tenido su signo, y ha despertado resistencias en aquellas minorías oprimidas, degradadas o exterminadas por las mayorías. Incluso la homofobia es un término ganado a la persecución, la ignominia y a la aceptación revulsiva. Seguramente llegue un tiempo en que muerto el signo que lo ampara, hablar de homofobia también resulte anticuado y, sin dudas, ese es uno de los objetivos en la lucha contra la discriminación.

Asimismo, cabe resaltar, la hostilidad hacia quienes integran minorías sexuales se estructura de modo similar al racismo (ver, Yves Roussel, “Les récits d’une minorité”, en *Homosexualités et droit*, Daniel Borillo [director], Puf, Francia, 1999, págs. 14 y ss.)

El discurso racista requiere, por su parte, la identificación de seres abyectos, que forman el exterior constitutivo del campo de los “sujetos”. La abyección implica literalmente arrojar fuera, desechar, excluir y, por lo tanto, supone y produce un terreno de acción desde el cual establecer la diferencia. La noción designa una condición degradada o excluida dentro de los términos de la sociabilidad, que el sujeto, en su fantasía, supone amenazadoras para su propia integridad (v. Judith Butler, *Cuerpos que importan. Sobre límites materiales y discursivos del sexo*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2008, pág. 19 y especialmente nota 2).



El desprecio irracional por aquellos acusados de cometer "delitos contra natura", atentar contra la familia o la preservación de la especie, no fue superado, tal como demuestran las expresiones vertidas por algunos legisladores en el debate de la ley 1.004.

La burla, los estereotipos, el uso de expresiones como "torta", "trollo", "invertido", "puto", "loca", "maricón", "tortillera", "marica", etc., son graves heridas a la dignidad a las que muchas personas se ven expuestas en su vida cotidiana.

Por lo demás, la homofobia suele estar disimulada tras el discurso de la tolerancia, discurso que pese a sus ingentes esfuerzos no puede disimular su desagrado ¿cómo se puede decir que tolero lo que apruebo? La tolerancia no tiene razón de ser si previamente su objeto no fue definido de modo adverso (ver, Ernesto Meccia, *La cuestión gay, un enfoque sociológico*, Gran Aldea Editores, Buenos Aires, 2006, págs. 69 y ss.).

Frente al imperativo de la corrección democrática, discursos fuertemente reaccionarios no acuerdan mayor trascendencia a la homosexualidad, eso sí, siempre que quede reducida al ámbito de lo privado. Pero tal política de la tolerancia de las acciones privadas de los hombres pasa por alto que los dominios privados no bastan para la expresión entera de la personalidad, a no ser que se limite lo vinculado a la libre orientación sexual a la posibilidad de mantener relaciones sexuales en la intimidad (Meccia, op. cit.).

La tolerancia, entonces, no basta para dejar de ver al otro como una amenaza latente, y no da cumplimiento con las altas exigencias igualitarias contenidas en nuestro marco constitucional.

Si el derecho de las minorías sólo alcanza para que sus miembros reciban tolerancia, poco se ha avanzado en el camino al respeto sincero y acabado por los planes de vida de las personas.

Partiendo del régimen constitucional de la Ciudad de Buenos Aires, es claro que no hay orientaciones sexuales o géneros buenos y malos: la opción sexual y el género son cuestiones extramORALES. No hay un marco normativo que permita establecer géneros normales y patológicos.

Se trata de admitir que la libertad y el reconocimiento son muy importantes para la dignidad humana. "La verdadera injusticia siempre ha de encontrarse en el punto preciso en que nos ponemos del lado del bien y ponemos a otras personas del lado del mal" (Theodor Adorno, citado por Judith Butler, *Dar Cuenta de sí mismo*, cit., pág. 143). El menosprecio de la sexualidad socava la autoestima y las capacidades expresivas y creativas necesarias para desarrollarse.

XVII. Que si las categorías de "malo", "normal", "desviado", "inocuo" o "peligroso" no son predicables respecto a las opciones sexuales, si la perpetuación de tales categorías sólo tiene como finalidad menospreciar a grupos minoritarios para luego justificar su exclusión de algunos beneficios sociales, entonces, deberíamos preguntarnos cómo superar tales categorías a través de decisiones racionales.

Un paso importante al que una decisión judicial puede tender es al reconocimiento público de la existencia de la estigmatización y del sufrimiento infligido, y la ilicitud de las discriminaciones en que se apoyan.



No se trata de saber si son posibles otras formas de vida familiar y afectiva distintas de la tradicional. Porque las tenemos delante nuestro y sabemos que existen. Se trata de saber si es posible un marco legal suficientemente genérico para adoptar sus institutos a estas realidades.

De lo que se trata entonces es de advertir el contrasentido de unos derechos que se predicán como universales pero dejan a un grupo de personas excluido de su goce.

XVIII. Que, para finalizar, cabe coincidir con el argumento del GCBA en relación a que no hubo ilegalidad en su actuar.

Sin embargo, la premisa que funda su análisis está incompleta, lo que altera el razonamiento final. Concretamente, si bien los órganos del Gobierno deben cumplir con la ley vigente, los actos del GCBA realizados de conformidad con el Código Civil sólo se presumen legales, y eso no implica que no sean manifiestamente ilegítimos, si contradicen el contenido de la Constitución local y nacional. Una interpretación contraria que subsuma la legitimidad de los actos o las omisiones en su mera adecuación a la ley— implicaría que el control constitucional difuso encomendado al Poder Judicial desaparezca. En otras palabras, sostener la confusión entre legalidad y legitimidad socavaría el fundamento de la división de poderes y atomizaría la fuerza normativa de la Constitución.

Como sabemos, hay cláusulas constitucionales que garantizan la igualdad de las personas; los artículos del Código Civil atacados por los actores las contradicen. El Gobierno no tenía potestades para invalidar tales normas, pero ello no es obstáculo para admitir en sede judicial la pretensión de los actores.

Al respecto, cabe tener en cuenta el mandato del tercer párrafo del artículo 11 de la CCBA, de acuerdo con el cual: "La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad".

Entre las autoridades de la Ciudad destinadas a cumplir este mandato está el Poder Judicial, a través de medios tales como el control judicial de constitucionalidad.

Entre los obstáculos "de cualquier orden" están, vale recordarlo, los obstáculos legales. La declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas no hace más que remover un obstáculo ilegítimo que, al limitar la igualdad y la libertad, impide el pleno desarrollo de la persona y su efectiva participación en la vida política, cultural, económica y social de la comunidad, y alienta la perpetuación de conductas homofóbicas, en clara oposición al régimen constitucional vigente.

XIX. Que, por otro lado, el representante del Gobierno de la Ciudad sostiene que la pretensión de los actores puede ser satisfecha apelando al instituto de la unión civil (fs. 38).

En ese sentido, el artículo 4º de la ley 1.004, establece que "para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges".



Tal como afirma la demandada, la norma aludida permite registrar uniones voluntarias conformadas por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. Sin embargo, más allá de que otorga algunos beneficios en el ámbito de la Ciudad, carece del valor simbólico del matrimonio. Si bien muchas parejas pueden elegir quedar fuera de la carga simbólica asociada al matrimonio y, en su caso, optar por este nuevo instituto regulado en el ámbito local, el asunto se vincula con la decisión que se tome como pareja, y finalmente, con que tales opciones estén disponibles para todas ellas sin discriminación.

La legislación que concede a parejas que se apartan del parámetro sexual mayoritario el goce de algunos de los beneficios que otorga el régimen matrimonial, pero de manera segregada, no supera el problema de la discriminación.

Si el problema de la exclusión matrimonial se redujera a la imposibilidad de acceder a determinados bienes, la solución bien podría ser el diseño de este tipo de regímenes separados. Pero tal solución parece desconocer que, históricamente, el concepto de "iguales pero separados" ha servido como una forma de camuflar el repudio hacia grupos excluidos. La pretensión de los actores consiste en que la pareja que conforman adquiera el mismo estatus público de las unidas en matrimonio.

Más allá de la cuestión vinculada a los menores beneficios que acuerda la ley 1.004 frente al régimen matrimonial, no puede pasarse por alto que, en términos simbólicos, resulta ciertamente insuficiente, pues el mero mantenimiento de un régimen exclusivo para parejas heterosexuales refuerza el estereotipo, la estigmatización y la falta de aprobación y reconocimiento frente a diferentes sexualidades. La exclusión del régimen matrimonial sugiere que el compromiso y los sentimientos de los actores es inferior y, como consecuencia, no es merecedor de los derechos que el marco normativo garantiza a todos por igual.

La exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio no es un inconveniente tangencial sino que representa una forma radical de afirmar que la pareja de los actores no merece el pleno reconocimiento estatal.

Nuestro marco constitucional otorga a los actores derechos que van más allá de la mera privacidad, el derecho a ser reconocidos como iguales y tratados dignamente.

Es por eso que la opción contemplada en la ley 1.004 no basta, en el caso, para satisfacer el principio de igualdad.

Al momento de debatir la aprobación de la ley 1.004, los legisladores locales tuvieron muy presentes sus limitaciones frente a las potestades que el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional otorga al Congreso Nacional en materia de derecho común. Pero, dentro de su ámbito de actuación fueron explícitos al considerar que "hay ciudadanos y ciudadanas que están fuera del sistema sólo por su orientación sexual" (Latendorf, 33º sesión ordinaria, Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, Despacho 2604, VT 55, pág. 26).



XX. Que no es posible saber qué sucederá con el matrimonio frente a los cambios que se avecinan. Sin embargo, es posible prever que la inclusión de minorías sexuales en su seno le permitirá ser fuente de nuevas curas para las viejas enfermedades sociales, como el miedo, el odio y la discriminación.

Por las razones expuestas, y oída la señora fiscal, FALLO:

1. Declarando la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil en cuanto impiden que los señores Alejandro Freyre y José María Di Bello puedan contraer matrimonio;
2. Ordenando a las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas que celebre el matrimonio de los actores, en caso de que así lo soliciten;
3. Imponiendo las costas en el orden causado, atento a que las autoridades del Registro Civil carecían de facultades para apartarse de las normas vigentes.

Regístrese, notifíquese —a la señora fiscal en su despacho— y, oportunamente, archívese.



Sentencia que acoge tramitación de acción de nulidad en contra del fallo que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, e impide la celebración de la ceremonia

Tribunal: Juzgado Nacional de 1ra Instancia Civil n° 85

Procedimiento: Acción de nulidad de cosa juzgada

Causa: EXP. n° 102699 / 2009

Fecha: 30 de noviembre de 2009

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. A fs. 172, los actores Sabrina Melisa Lebed y Miguel Jorge Haslop, promueven acción para que se declare la nulidad de la casa juzgada irrita, respecto del fallo dictado en sede del Juzgado N°15 del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos, el 10 de noviembre del corriente, en autos "Freyre, Alejandro c/ G.C.B.A. s/ Amparo art. 14 CCABA, Expte N° 34.292/0" que decretó la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil y autorizó al Registro Civil que celebre el matrimonio dos personas del mismo sexo. Asimismo solicitan como medida cautelar que el citado Registro se abstenga de la celebración de un matrimonio por existir impedimentos legales, y hasta que se resuelva el presente proceso.

II. En la especie se plantea la nulidad del pronunciamiento del amparo tramitado en sede Contenciosa Administrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires que se califica como cosa juzgado "írrita" proceso que consiste en una acción autónoma declarativa invalidatoria de ese fallo.

El Superior Tribunal de Justicia tiene decidido que "los pronunciamientos pasados en autoridad de cosa juzgada pueden ser revisados cuando se configuran supuestos extraordinarios que justifique la necesidad de remover los vicios esenciales y graves que la afectan (L.A. N°42 fo. 121/124 N° 53). "La cosa juzgada es, en definitiva, el atributo de la sentencia tendiente a consolidar la seguridad jurídica, pero no es razón natural que ella sea sostenida y quede perpetuada cuando la distorsión del fallo respecto al valor inminente de justicia resulte grave y con ello se comprometa el orden social. Sin embargo, tratándose de supuestos de excepción, para que el fallo pueda ser despojado de su condición de "res judicata" debe quedar acabadamente demostrado que el sentenciante incurrió en grave error en la fijación de la plataforma fáctica de la contienda, arribando a una solución notoriamente injusta... (L.A, N° 48, Fo. 56/58 N° 22)

Se me atribuye competencia para intervenir en esta causa en razón de que este Juzgado entiende exclusivamente en materia de familia y en consecuencia en lo atinente al matrimonio civil reglado por el Código Civil.-

Argumentan los actores que se habrían violado derechos sustanciales en la sentencia que se dice ilícita - al afectar según ellos una institución jurídica como es el matrimonio - dictada en un fuero incompetente y sin el debido contralor y defensa del Estado a través de sus representantes. En sustento de la legitimación para petitionar como lo hacen invocar los arts., 14, 43 Y ccs., de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos



incorporados por el art., 75 inc. 22 de la C. N. en los que se considera a la familia elemento natural y fundamental de la sociedad con derecho a la protección de la sociedad y del Estado, como también el derecho del hombre Y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello y el acceso a la justicia. Finalmente desconocen que exista conflicto entre la norma del art., 172 del Código Civil y las disposiciones de rango constitucional, y niegan la discriminación a la que hace referencia el fallo.

Tratándose los actores, de ciudadanos a quienes se les reconoce el derecho fundamental de petionar ante las autoridades, en el caso, se intenta la defensa de una institución que afecta el interés general y al orden público como lo es el matrimonio, célula del Estado concluyo que, en base a la legislación positiva nacional e internacional corresponde admitir su legitimación para accionar.-

En efecto, el art. 8 inc 1 y ccs. del Pacto de San Jose de Costa Rica, expresa que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.

Ello concuerda con el derecho consagrado por nuestro artículo 14 de la Constitución Nacional que garantiza el derecho de petionar ante las autoridades. A su vez el artículo 43 se refiere a intereses o derechos de incidencia colectiva.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su articulado sienta el principio de que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado y se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con su libre y pleno consentimiento. De allí que cualquier integrante de la sociedad esta legitimado para actuar en defensa de estos derechos garantizados por los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional (art., 75 inc.22).-

El incumplimiento o la lesión a estos derechos fundamentales garantizados por los Estados firmantes, acarrearán la responsabilidad internacional del estado incumplidos, sea cual fuera la categoría del funcionario que lesionó el derecho o incumplió los deberes de su función, tanto en lo que se refiere al acceso a la justicia como al respeto de instituciones de orden público que ha de garantizar nuestro Estado, al que no debemos exponer a una responsabilidad en el ámbito internacional. No puedo soslayar que ya en el año 1992 ("Ekmekdjian c/ Sofovich") se ha reconocido legitimación a un ciudadano para actuar y que ello sirvió de base para la reforma constitucional. Discrepando respetuosamente con la Señora Fiscal, sostengo que por aplicación de la doctrina derivada del fallo "Halabi" igualmente corresponde legitimar a los presentantes.

En consecuencia tengo a los actores por presentados, parte y con el domicilio procesal constituido.

III.- En atención a que la demanda se promueve solo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de las facultades que me son propios, dispongo que se integre la litis con los Señores Alejandro Freyre y Jose Maria Di Bello, actores en el aludido amparo, de conformidad con lo previsto por el art.89 y ccs., del Código Procesal.



En consecuencia córrase traslado de la demanda que tramitará por la vía ordinaria por el plazo de sesenta días al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (conf. art. 338 del Código Procesal) en la persona del Ingeniero Mauricio Macri y por quince días a los Señores Alejandro Freyre y Jose Maria Di Bello, quienes notificados en legal forma deberán comparecer y contestarla bajo apercibimiento de ley, dentro del plazo fijado. Hágase saber la prueba ofrecida. Notifíquese personalmente o por cédula en los términos de los arts. 339 y ccs., del Código Procesal.

IV.- Medida cautelar:

El peligro en la demora está dado por la urgencia que el caso conlleva.

Acerca de la verosimilitud del derecho cabe señalar que ha quedado acreditado, que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires al contestar la demanda en el Juzgado N° 15 Contencioso Administrativo y Tributario en el Expte 34.292/09, a fs, 31/43vta, ha reconocido que carece de funciones judiciales para declarar la inconstitucionalidad de ambos artículos (172 y 188 del Código Civil) y que tampoco puede decidir sobre materias que atento lo prescripto por el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional son de competencia exclusiva del Estado Nacional. Agrega que si el Gobierno de la Ciudad, a través del respectivo organismo administrativo hubiera otorgado el turno solicitado, la falta de uno de los elementos formales- la diversidad de sexos- habria concluido en la inexistencia del matrimonio. Sostiene además que la acción de amparo interpuesta procura utilizar al Poder Judicial para interferir en las potestades conferidas al Congreso Nacional y que la decisión de modificar el Código Civil, es privativa y exclusiva del Poder Legislativo.

La inexistencia del matrimonio según Zannoni, tendria lugar si fuere celebrado sin que se reúnan los tres elementos estructurales: diversidad de sexos, consentimiento pleno y libre e intervención del oficial público. Entiendo que el Gobierno de la Ciudad quiso referirse a ello al aludir al matrimonio inexistente por falta de "elementos formales" que según la doctrina serían substanciales.

Segun el Dr. Bidart Campos, decir y reiterar que la Constitución inviste fuerza normativa propia y que es aplicable por sí misma, con la consecuencia de que vincula inmediatamente a los jueces, presupone como primerísima condición que el tribunal que hace justiciable a la Constitución y que ha de conferirle aplicabilidad directa en todas sus partes, debe actuar dentro de la esfera de la competencia que esa misma Constitución le depara. O en otros términos debe aplicar siempre e inmediatamente la Constitución solamente en aquellos casos en que esa competencia le otorga la oportunidad ("El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa" Ed. Ediar, p.412 y ss.).- Esta situación no se configuraria en la especie en principio, al provenir la resolución que decretó la inconstitucionalidad, de un tribunal en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Gobierno de Buenos Aires.

Habiendo tenido a la vista el dictamen de la Señora Fiscal del Fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad, Dra Maria del Carmen Giocco del 28 de octubre de 2009, surge claro por las razones que allí se explican que el planteo de inconstitueionalidad incoado por los actores debería ser rechazado. Ella sostuvo asimismo que la negativa a otorgar un turno para contraer matrimonio importa



una aplicación de la normativa civil vigente y califica de "razonable" y cuestiona también la vía elegida.

Ante ello, es mi convicción de que la verosimilitud del derecho, se encuentra "prima facie", acreditada.-

La decisión que adopte, no ha de ser interpretada como un adelanto de opinión sobre el fondo del asunto, ni discriminación alguna hacia la cohabitación estable de personas homosexuales, que pertenece a la esfera de la intimidad de cada uno que resguarda el artículo 19 de la Constitución Nacional y a quienes la legislación porteña les confiere la opción de celebrar la Unión Civil.

Ante ello, con el carácter de medida cautelar innovativa y lo dispuesto por el art., 232 y ccs. del Código Procesal y oída la Sra. Fiscal,

RESUELVO: Suspender en forma provisoria la Celebración del acto programado por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para el día martes primero de diciembre de 2009 a las 14 hs. en la sede de Coronel Díaz y Berutti, en relación a los señores Alejandro Freyre y Jose Maria Di Bello hasta tanto recaiga pronunciamiento firme en los presentes. Notifíquese por cédula con habilitación de días y horas inhábiles, por Secretaría, designando al efecto oficial notificadora "ad hoc" a la Señora Secretaria de este Juzgado Dra. María Elisa Arias, quien deberá realizar la diligencia en la persona del Señor Director General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas dr. Alejandro Augusto Lanús, calle Uruguay 753 1er piso, y en el caso de no encontrarlo deberá individualizar al receptor o destinatario y a la sra. Fiscal en su despacho.



Declaración de la Sociedad Argentina de Derecho Canónico sobre la sentencia que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo

SADEC

■ ■ ■ Sociedad Argentina
de Derecho Canónico

COMUNICADO DE PRENSA

Ante el reciente fallo de primera instancia que, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, declaró inconstitucional los arts. 172 y 188 del Código Civil argentino, La Junta Directiva de la Sociedad Argentina de Derecho Canónico, emitió el siguiente comunicado:

ASOMBROSO ACTO DE IRRESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL

La Junta Directiva de la Sociedad Argentina de Derecho Canónico estima que la declaración de inconstitucionalidad de dos artículos del Código civil argentino por parte de una jueza del fuero contencioso-administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya legitimidad jurídica es más que cuestionable, ha dado lugar además a un asombroso acto de irresponsabilidad institucional consistente en la negativa a impugnarlo por parte de las autoridades públicas competentes.

La Sociedad Argentina de Derecho Canónico recuerda que el matrimonio no es una unión cualquiera entre personas humanas. Ninguna ideología, disposición legal, decisión judicial o resolución administrativa puede cancelar del espíritu humano la certeza de que el matrimonio existe únicamente entre dos seres humanos naturalmente diversos y complementarios, que por medio de su recíproca y soberana donación, tienden a la más íntima unión amorosa y vital.

Se trata de una verdad evidenciada por la razón y reconocida en los hechos por todas las grandes culturas del mundo, desde los tiempos más remotos hasta el presente.

La pretensión de otorgar tutela legal de las uniones homosexuales mediante su equiparación legal al matrimonio, con acceso a sus derechos propios, implica introducir en el núcleo mismo del ordenamiento jurídico un factor de confusión conceptual severamente desestabilizante y, por tanto, contrario a las exigencias de la justicia y al bien común. Todo tipo de cooperación formal a la promulgación o aplicación de medidas tan gravemente lesivas merece el rechazo más terminante e incisivo.

Constituye una falacia esgrimir el principio del respeto y la no discriminación de las personas. Distinguir entre personas o negarle a alguien un reconocimiento legal o un servicio social es efectivamente inaceptable sólo si se opone a la justicia. No atribuir el estatuto social y jurídico de matrimonio a formas de vida que no son ni pueden ser matrimoniales no solo no se opone a la justicia, sino que, por el contrario, es requerido por ésta.



Por otra parte, sostener que el ordenamiento jurídico debe necesariamente tutelar el derecho de cada persona a elegir libremente con quien formar pareja y ser feliz manifiesta el desconocimiento más absoluto de la naturaleza y del cometido del Derecho. Insistir en dicha tesis constituye un auténtico desatino. El Derecho, en efecto, tiene por objeto la justicia de las relaciones humanas, no el sentimiento de felicidad. En la exacta medida en que impera la justicia se garantiza el bien común. Un error conceptual en esta materia tiene inevitables y gravísimas consecuencias sociales.

En efecto, una cosa es que cada ciudadano pueda desarrollar libremente actividades de su interés y preferencias y que tales actividades puedan enmarcarse en los derechos civiles comunes de libertad; otra cosa muy diferente es que actividades que no representan una contribución significativa o positiva para el desarrollo de la persona y de la sociedad deban recibir un reconocimiento legal específico y cualificado.

Las uniones matrimoniales revisten interés público originario por estar en la raíz del parentesco y de todas las facultades, incompatibilidades y relaciones jurídicas que nacen de él. Por eso el ordenamiento les confiere un reconocimiento institucional. Las uniones homosexuales, por el contrario, no exigen una específica atención por parte del ordenamiento jurídico, porque no son portadoras de específica trascendencia social. Dichas uniones, desde el punto de vista público, son insignificantes y, por consiguiente, resultan en su especificidad irrelevantes para el ordenamiento jurídico.

Los convivientes homosexuales, por el simple hecho de su convivencia, no pierden el efectivo reconocimiento de los derechos comunes que tienen como personas y ciudadanos. Como todos los ciudadanos, también ellos, gracias a su autonomía privada, pueden siempre recurrir al derecho común para obtener la tutela de situaciones jurídicas de interés recíproco. Por el contrario, constituye una grave injusticia sacrificar el bien común e introducir la confusión en el derecho de familia, con el fin de obtener bienes que pueden y deben ser garantizados por vías que no dañen a la generalidad del cuerpo social.

Junta Directiva

Prof. Dr. Nelson C. Dellaferrera.
Prof. Dr. Hugo Adrián v. Ustinov.

Buenos Aires, 19 de noviembre de 2009.



D. Extracto de la sesión del Senado en la que se discutió el veto presidencial al proyecto de ley sobre Creación de Instituto Nacional de Derechos Humanos¹¹

Sesión 65ª, en miércoles 11 de noviembre de 2009
Creación de Instituto Nacional de Derechos Humanos.

El señor **NOVOA** (Presidente).- Corresponde ocuparse en las observaciones, en segundo trámite constitucional, formuladas por Su Excelencia la Presidenta de la República al proyecto de ley que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, con informes de las Comisiones de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía y de Hacienda, y urgencia calificada de "discusión inmediata".

(...)El señor **HOFFMANN** (Secretario General).- Se presentaron 15 observaciones al proyecto, las cuales dicen relación, principalmente, al concepto de derechos humanos; a los estatutos del Instituto; a la remisión de su informe anual a las Naciones Unidas y a la Organización de los Estados Americanos; a la facultad de deducir querrela y recursos de protección y amparo.

Asimismo, se refieren a la remoción de los Consejeros del Instituto a requerimiento del Presidente de la República o de la Cámara de Diputados; al monto mínimo de la pensión de viudez, y a la ampliación de los beneficios de reparación a los menores calificados como víctimas indirectas.

La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía consigna en su informe la aprobación de todas las observaciones formuladas por el Ejecutivo.

Las recaídas en el artículo 2º, en el numeral 5 del artículo 3º, en la segunda frase del artículo 7º y en los artículos transitorios 7º y 11, nuevo, fueron acordadas por tres votos a favor (Honorable señores Ávila, Letelier y Sabag) y dos en contra (Senadores señores Chadwick y Kuschel).

Por su parte, la Comisión de Hacienda se pronunció respecto de las observaciones propias de su competencia y aprobó por unanimidad la atinente al artículo 5º transitorio, y por mayoría, las recaídas en los artículos 7º, 11 y 12 transitorios.

(...) Hay que recordar que las observaciones se discuten en general y particular a la vez, se votan separadamente -una por una; o sea, deberemos efectuar 15 votaciones-, y no procede dividir la votación a su respecto.

La **primera observación** dice:

¹¹ El extracto sólo contiene los vetos formulados al proyecto por el Ejecutivo y el resultado de la votación. El texto completo de la discusión se encuentra en la página del Centro (www.celir.cl, sección Fuentes Normativas/Chile/Otros). Para ver el resumen del último texto del proyecto, véase el Boletín del Centro del mes de octubre (cfr. Boletín Jurídico CELIR UC, Año V, n° 1, Octubre 2009. pág. 20).



"AL ARTÍCULO 2°

"1) Agrégase en su inciso primero, a continuación de la expresión "en el territorio de Chile", y el punto seguido (.) que le precede, la siguiente expresión:

", establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional".

Esta observación fue aprobada en la Comisión de Derechos Humanos con los votos a favor de los Senadores señores Ávila, Letelier y Sabag, y en contra, de los Honorables señores Chadwick y Kuschel.

(...) La **segunda observación**, dice lo siguiente:

"Agrégase en su inciso segundo, a continuación del punto final (.), que pasa a ser punto seguido (.), la siguiente expresión:

"Con todo, los estatutos deberán ajustarse a los principios internacionales que rigen a las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos.".

Esta norma fue aprobada con los votos favorables de los Senadores señores Ávila, Letelier y Sabag. Votaron en contra los Honorables señores Chadwick y Kuschel.

(...) La **tercera observación** del Ejecutivo recae en el artículo 3° y consiste en agregar, en el numeral 1, el siguiente inciso segundo, nuevo:

"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 5°, dicho informe anual también podrá ser remitido a las Naciones Unidas y a la Organización de Estados Americanos, y a las instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos inscritas en el registro a que se refiere la letra e) del artículo 6°.".

Fue aprobada por unanimidad en la Comisión de Derechos Humanos.

(...) la **observación número 4)**, que propone agregar, en el numeral quinto del artículo 3°, el siguiente inciso segundo, nuevo:

"En ejercicio de esta atribución, además de deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas; podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución, en el ámbito de su competencia.".



En la Comisión de Derechos Humanos, esta observación fue aprobada con los votos favorables de los Honorables señores Ávila, Letelier y Sabag y los votos contrarios de los Senadores señores Chadwick y Kuschel.

(...) La siguiente **observación (5)** recae en el artículo 7º, que señala:

"Los consejeros sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados o diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. La Corte conocerá del asunto en pleno especialmente convocado al efecto y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio."

La observación número 5) propone reemplazar, a continuación de la palabra "República", la coma "(,)" por la letra "o".

(...) Las **observaciones signadas con los números 6), 7), 8) y 9)**, a las que daré lectura, se aprobaron en forma unánime en la Comisión. Dicen lo siguiente:

"6) Intercálense, a continuación de la palabra "incapacidad" y la coma "(,)", que le precede" -debería ser "que la precede"; pero en fin- "las siguientes expresiones:

"sobreviniente declarada judicialmente, por alguna de las causales contenidas en los números 1º, 5º, 6º, 7º, u 8º del artículo 256 del Código Orgánico de Tribunales.

"7) Intercálanse, a continuación de la palabra "manifiesta", las palabras "e inexcusable".

"8) Suprímense las expresiones "o diez de sus miembros". Se refiere a los miembros de la Cámara de Diputados.

"9) Suprímense las expresiones "mal comportamiento".

Todas estas observaciones fueron aprobadas unánimemente en la Comisión de Derechos Humanos.

(...) En seguida, la **observación número 10)** recae sobre el ARTÍCULO 5º TRANSITORIO y señala lo siguiente:

"10) Sustitúyese el guarismo "2008", por "2009".

(...) la **observación número 11)** se refiere al ARTÍCULO 7º TRANSITORIO y preceptúa:

"11) Agrégase el siguiente inciso final, nuevo:

"Con todo, el monto mínimo de la pensión de viudez, para el respectivo rango de edad, no podrá ser inferior al de la pensión mínima de viudez establecida en el artículo 26 de la ley N° 15.386, considerando las bonificaciones concedidas por las leyes N° 19.403, N° 19.539 y N° 19.953."



Este veto fue aprobado en la Comisión de Derechos Humanos por 3 votos a favor (Senadores señores Ávila, Letelier y Sabag) y 2 en contra (Honorable señores Chadwick y Kuschel). Y en la Comisión de Hacienda, fue aprobado por 3 votos a favor (Senadores señores Escalona, Ominami y Sabag) y una abstención (Honorable señora Matthei).

(...) el **veto número 12**), que propone un artículo 11 transitorio, nuevo.

"12) Agrégase, el siguiente artículo 11 transitorio, nuevo:

"Artículo 11.- Otórgase, a favor de las personas que, a la fecha de la publicación de esta ley, se encuentren individualizadas en el Anexo `Menores de edad nacidos en prisión o detenidos con sus padres¿, de la Nómina de Personas Reconocidas como Víctimas, que forman parte del Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, creada por Decreto Supremo Nº 1.040, de 2003, del Ministerio del Interior, la pensión establecida en el artículo 1º de la ley Nº 19.992. Esta pensión se regirá por las disposiciones de aquel cuerpo legal.

"La pensión establecida en el inciso anterior, se regirá, en cuanto a su proceso de otorgamiento, y su universo de beneficiarios, por lo dispuesto en el decreto supremo Nº 17, publicado el 14 de marzo de 2005, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social."

En la Comisión de Derechos Humanos fue aprobado por 3 votos a favor (Senadores señores Ávila, Letelier y Sabag) y 2 en contra (Honorable señores Chadwick y Kuschel). En la de Hacienda fue aprobado por 4 votos favorables (Senadores señores Escalona, García, Ominami y Sabag) y una abstención (Honorable señora Matthei).

(...) la **observación número 13**) señala lo siguiente:

"13) Agrégase el siguiente artículo 12 transitorio, nuevo:

"Artículo 12.- Agrégase al inciso primero del artículo séptimo de la ley Nº 19.980, la siguiente letra e):

"e) Los padres, cónyuges, la madre o padre de los hijos de filiación no matrimonial y los hijos menores de 25 años de edad, o discapacitados de cualquier edad, de las personas señaladas en la letra anterior."

Fue aprobada por unanimidad en la Comisión de Derechos Humanos, y en la de Hacienda, por 4 votos a favor (Senadores señores Escalona, García, Ominami y Sabag) y una abstención (Honorable señora Matthei).

(...) el **veto número 14**), que propone un artículo 13 transitorio nuevo, fue aprobado en la Comisión de Derechos Humanos en forma unánime.

"14) Agrégase, el siguiente artículo 13 transitorio, nuevo:

"Artículo 13.- Reemplázase el artículo 17 de la ley Nº 19.992, por el siguiente:

"Artículo 17.- Los parientes hasta segundo grado en la línea recta y hasta cuarto en la línea colateral, inclusive, de las víctimas de violaciones a los derechos humanos individualizadas en los anexos "Listado de Prisioneros



Políticos y Torturados" y `Menores de Edad Nacidos en Prisión o Detenidos con sus Padres de la Nómina de Personas Reconocidas como Víctimas, que forma parte del Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, y de aquellas individualizadas como tales conforme a leyes posteriores, y que así lo decidan, estarán exentos de realizar el Servicio Militar Obligatorio."

(...) La última **observación, signada con el número 15**), recae en el artículo 14 transitorio, nuevo. Fue aprobada por unanimidad en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, y dice:

"15) Agrégase, el siguiente artículo 14 transitorio, nuevo:

"Artículo 14.- Agrégase, al artículo 32 de la ley N° 19.123, el siguiente inciso segundo, nuevo:

"Lo dispuesto en el inciso anterior será aplicable a los parientes hasta segundo grado en la línea recta y hasta cuarto grado en la línea colateral, inclusive, de dichas víctimas, y de aquellas individualizadas como tales conforme a leyes posteriores."

(...)Cerrado el debate.

(...) --Se aprueban las observaciones acogidas unánimemente tanto en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía como en la de Hacienda.

El señor NOVOA (Presidente).- En seguida pondré en votación, una a una, las observaciones aprobadas por mayoría.

(...) --Se aprueba la observación N° 1) (15 votos a favor, 13 en contra, una abstención y un pareo), dejándose constancia de que el sistema computacional no registró el detalle de la votación.

(...) --Se aprueba la observación N° 2) (15 votos a favor, 14 en contra y un pareo).

(...) --Se aprueba la observación N° 4) (16 votos a favor, 13 en contra, una abstención y un pareo).

(...)--Se aprueba la observación N° 11) (28 votos a favor, 2 abstenciones y un pareo).

(...)--Se aprueba la observación N° 12) (29 votos a favor y un pareo).

(...)--Se aprueba la observación N° 13).



E. Sentencias de primera y segunda instancia recaídas sobre recurso de protección interpuesto por una machi mapuche¹², por corta ilegal de árboles y arbustos nativos

Tribunal: Primera Sala de Corte de Apelaciones de Temuco

Procedimiento: Recurso de protección

Causa: ROL n° 1773-2008

Fecha: 16 de septiembre de 2009

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE

A fojas 1 comparece doña (...), machi, domiciliada en (...) e interpone recurso de protección contra la Sociedad (...), representada por (...), ambos domiciliados en (...) de 2008, la recurrida ha efectuado corta ilegal de árboles y arbustos nativos, en el fundo Palermo Chico, en el límite de éste y en el predio colindante denominado Palermo Grande. Agrega que dicha tala es ilícita, por cuanto se ha verificado dentro del perímetro de 400 metros más próximos a 3 manantiales, cuyos nacimientos están en cerros del sector, infringiéndose dicha forma el art. 5 n° 1 de la Ley de Bosques, norma que prohíbe "La corta de árboles y arbustos nativos situados a menos de 400 metros sobre los manantiales que nazcan en los cerros y los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto en que la vertiente tenga su origen hasta aquél en que llegue al plano". Aduce de esta forma, que el acto es ilegal aún cuando se cuente con el plan de manejo aprobado por la CONAF, pues el art. 1 n° 12 de la Ley de Bosque Nativo y Fomento Forestal, señala que "corta no autorizada" es aquella que realizada con plan de manejo aprobado, "se ejecute en contravención a las especificaciones técnicas en él contenidas, especialmente respecto de intervenciones en superficies o especies distintas a las autorizadas". Argumenta la actora, y como segundo acto que le imputa a la recurrida, señala que ésta ha realizado plantación de especies exóticas en los lugares donde se ha llevado a cabo la corta de especies nativas, lo que está en clara contradicción con los cuerpos legales citados, especialmente el decreto ley n° 701 y su reglamento, legislación que persigue mantener el número de hectáreas plantadas con bosques nativos. Añade que esto se ve agravado pues existen comunidades indígenas colindantes, con bosques ancestrales, existiendo contaminación de aguas vitales para su existencia, más aún teniendo presente que los manantiales presentes en el predio son denominados por la etnia mapuche como "Menokos" y tienen el carácter de sagrados. A ello debe sumarse la proliferación de especies exóticas donde antiguamente recogían las yerbas medicinales, todo lo cual implica la destrucción del medio ambiente en que viven desde hace siglos. Apunta que debe tenerse en consideración el Convenio 169 recientemente ratificado por Chile, el cual establece en su Parte II art. 13, que es obligación del Gobierno respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su

¹² Las "machis" son parte primordial de la cultura y religiosidad del pueblo mapuche (pueblo indígena originario de la zona centro-sur de Chile, que en la actualidad se ubica principalmente en la IX Región y en algunas zonas de Argentina). A través de sus ritos y rogativas otorga salud, bienestar, tranquilidad y abundancia a la comunidad. Es la intermediaria entre ésta y la "tierra de los dioses".



relación con las tierras, territorios o con ambos; precisando que esta obligación existe no obstante que la propiedad no esté en manos de indígenas. Así, el art. 14 del referido Convenio establece que "Deberán tomarse medidas para salvaguardar los derechos de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que haya tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia". Termina señalando que los hechos anteriormente descritos vulneran el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, entendiendo el concepto de medio ambiente de acuerdo a cómo lo entiende la ley n° 19.300, art. 1 letra LL), esto es, incluyendo el elemento sociocultural y sus interacciones. Solicita, en consecuencia, en definitiva reestablecer el imperio del derecho, ordenando cesar las actividades de la recurrida.

Acompañó documentos a fs. 41, 67, 124, 227, 234.

A fojas 69 rola informe de la recurrida, quien solicita el rechazo del recurso de protección en base a las siguientes consideraciones. En primer lugar y en lo que dice relación a la imputación de corte ilegal por infracción al art. 5 n° 1 de la Ley de Bosques, señala que no hay acto ilegal, por cuanto 37,4 hectáreas de las 80,79 que tiene el predio, se encuentran calificadas como de aptitud preferentemente forestal, certificado así por la CONAF el año 1986. Pero además, prosigue el informante, falta un supuesto esencial para la aplicación del citado art. 5 de la Ley de Bosques, esto es, la existencia de manantiales entendiendo por tales el flujo de agua natural que surge del interior de la tierra; pues los cursos de agua existentes en el lugar no lo son, sino que son acumulaciones esporádicas de aguas lluvias que se manifiestan en períodos de alta pluviometría. Sin perjuicio de lo anterior, aclara la recurrida, que se han tomado distintas medidas de protección ambiental, de las que da cuenta un informe elaborado por una biólogo en gestión de recursos naturales y un operador forestal, documento que se acompañará y que precisa que el área a intervenir no colinda con curso de agua o vertientes permanentes, no obstante lo cual se han protegido retazos de vegetación nativa en el área a intervenir, los que se han mantenido pese a encontrarse dentro de la superficie autorizada por la CONAF para la reforestación. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, advierte la empresa que cuenta con todos los permisos y planes de manejo que el ordenamiento jurídico y la autoridad exige, de manera que se aplica en este caso la situación excepcional del art. 5 inciso final de la Ley de Bosques, que dispone que "No obstante, se podrá cortar en dichos sectores sólo por causas justificadas y previa aprobación de plan de manejo en conformidad al decreto ley 701 de 1974". Continuando con sus argumentos de defensa, señala que además en el presente caso tampoco se aplica el art. 2 N° 12 de la Ley de Bosque Nativo y Fomento Forestal, por cuanto estamos en presencia de una propiedad de aptitud preferentemente forestal, calificado así por la CONAF en el año 1986, además se cuenta con plan de manejo, y por último las actividades se han desarrollado en la superficie y respecto de las especies autorizadas. En lo que dice relación con la segunda infracción denunciada, en cuanto a la plantación de especies exóticas, señala que dicha actividad está autorizada, por lo que no es dable sostener una supuesta infracción a las normas del D.F.L. N°



70 1. En cuanto a la referencia que hace el recurso del Convenio 169 de la OIT, ratificado por Chile en septiembre de 2008, destaca que el mismo entra a regir recién el día 15 de septiembre de 2009, fecha en la que habrá de analizarse cómo el legislador ha resuelto las eventuales colisiones normativas que pudieren producirse en el derecho interno chileno. De esta forma, agrega el informante que igualmente debe rechazarse el presente recurso, pues el mismo excede los márgenes de este tipo de acción constitucional; existiendo diversas vías para instar por la persecución de las diversas infracciones si es que existieren; así cita los arts. 23 y siguientes de la Ley de Bosques y los arts. 45 y siguientes de la Ley de Recuperación de Bosque Nativo y Fomento Forestal; debiendo en este punto tenerse presente que el recurso de protección es un mecanismo cautelar de última ratio. En otro orden de ideas, destaca que en todo caso no ha existido de su parte ninguna acción u omisión arbitraria o ilegal, ni tampoco que prive, amenace o perturbe derechos fundamentales. La ilegalidad debe descartarse, pues como se ha dicho, se ha actuado ajustado a las normas legales sobre la materia, mientras que la arbitrariedad también, pues su conducta no se ha opuesto ni a la razón, la justicia o el bien común. Termina precisando que el Convenio OIT 169, el que como ya se indicó aún no está en vigencia, incluye conceptos jurídicos novedosos para el esquema jurídico que conocemos en nuestro sistema. Así, se incorpora el concepto de "derechos colectivos", diversos de los derechos individuales que constituyen la regla general de nuestro sistema, agregando a su vez otros conceptos como el de "tierra", "territorio", "pueblo", etc; lo que obligará al legislador a una tarea de compatibilización. Pero, prosigue el informante, al no encontrarse vigente el citado Convenio, debe aplicarse el concepto de derecho de propiedad en los términos clásicos propuestos y sancionados por nuestro constituyente y legislador, es decir, el derecho de propiedad tal como lo conocemos; el que puede ejercerse legítimamente sólo con las limitaciones de contenido individualista, servidumbres, por ejemplo; o de contenido social como una expropiación; lo que no ocurre en el caso de autos.

ab Solicita en consecuencia, rechazar el recurso, con expresa condena en costas.

Acompañó documentos a fojas 171.

A fojas 78 se acompaña informe de la CONADI, en la que explican los espacios y centros de significado de la cultura mapuche, en especial el denominado Menoko y que implica un espacio de tipo cultural que corresponde a un humedal y/o microsistema natural, con fuente de agua permanente y abundante vegetación arbustiva, verdaderos reservorios de flora y micro fauna tradicional, identificados por la comunidad local y revestidos de diversos significados religiosos y ceremoniales, de acuerdo al uso y costumbre tradicional mapuche. El Menoko, además, está constituido por pequeñas fuentes de aguas alimentadas subterráneamente o por un pequeño manantial rodeado de follaje, matorrales y en ocasiones por árboles. A este lugar, se le atribuye la presencia de newen (fuerza, energía y de ngen (espíritu tutelar) que mantiene y fortalece el resto de los pozos de aguas cercanos para uso de la gente del sector. Explica que atendida sus características, el Menoko no debe ser



molestado, sino más bien respetado y protegido, además es relevante, porque tiene una directa relación con el rol etno terapéutico del o de la machi, pues de estos lugares obtienen sus lawen, que son plantas medicinales que se utilizan en los procesos de sanación.

A fojas 95, rola informe de la Dirección Regional de Aguas de la Araucanía, quien concurrendo al sector objeto de esta acción, concluye que existen 3 manantiales y corresponden a sectores húmedos donde estos afloran, rodeados de vegetación nativa y finaliza señalando que corresponden a brotes concentrados de aguas subterráneas, que surgen en la superficie en formas de pequeñas corrientes y en ningún caso corresponden a acumulación esporádicas de aguas lluvias.

A fojas 101, rola informe de la CONAF, quien concluye que en una primera fiscalización no hubo una corta o explotación de corte de bosque nativo (actividad que debió realizarse con posterioridad a la fiscalización). En una segunda inspección efectuada el 28 de octubre de 2008, se detectó en la ladera sureste del cerro Rahue una corta de bosque nativo, en la cual no existe un plan de manejo aprobado por CONAF.

A fojas 129, rola informe de Carabineros de Vilcún que verifica que en un costado norte del predio existen 3 vertientes en una distancia no superior a 25 metros una de la otra, distantes aproximadamente a unos 200 metros de la línea divisoria norte del predio con la comunidad mapuche. Además, explican que hay otras vertientes a unos 300 metros al oriente de las descritas y a unos 300 metros de la línea divisoria con la comunidad mapuche, cercana a un bosque principalmente nativo que existe en el predio. Asimismo, se aprecia una plantación reciente de bosque de pino, plantación que llega a las inmediaciones de los lugares donde se encuentran emplazadas las vertientes ya señaladas.

A fojas 185, rola informe sociocultural de la comunidad Pedro Linconao, sector Rawue Padre las Casas, donde explica los sitios patrimoniales de significación cultural mapuche, entre ellos el Menoko, en similares términos a los que había expuesto el informe de la CONADI anteriormente y señala que para la comunidad mapuche, los trabajos de tala y roce realizados por el propietario del fundo Palermo, colindantes con las comunidades Linconao y Huilipan, desde las perspectivas de las comunidades, constituyen acciones contra la naturaleza y, además, atentan contra el significado simbólico y cultural de ciertos espacios y contra la espiritualidad y la vida cotidiana de la población.

A fojas 209, se trajeron los autos en relación.



PRIMERO: Que el objeto de esta acción constitucional de protección, según se desprende de fojas 1 consiste:

a) Haberse realizado una tala de árboles y arbustos nativos dentro del perímetro de 400 metros más próximos a 3 manantiales, lo que está prohibido, de acuerdo a lo establecido en el art. 5 N° 1 de la Ley de Bosques y el art. 1 N° 12 de la Ley de Bosque Nativo y Fomento Forestal.

b) Realizar plantación de especies exóticas en los lugares donde se ha llevado a cabo la corta de especies nativas, lo que está en contradicción a las leyes citadas que tienen por finalidad aumentar las masas boscosas. Estas acciones se incrementan por la existencia de comunidades indígenas colindantes con el predio en cuestión por la destrucción de sus bosques ancestrales y por la contaminación de aguas vitales, debido a la existencia de manantiales denominados Menokos. Los hechos ilícitos, según el recurrente antes señalados, vulneran la garantía del art. 19 N° 8 de la Constitución Política.

SEGUNDO: Que dicho lo anterior para dilucidar esta acción constitucional en su integralidad y tratándose el recurrente de un representante de la etnia mapuche, es necesario precisar una serie de conceptos que se irán detallando durante el fallo, puesto que no puede un Tribunal realizar lisa y llanamente aplicación de un enunciado normativo sin antes explicar el proceso intelectual a realizar. Pues de no ser así, no tendría sentido la labor de los Tribunales, de la jurisprudencia y de la interpretación. Ello sin perjuicio de velar por lo que se denomina, por la doctrina, "densidad normativa". En todo caso, el constituyente o el legislador siempre ha dejado un camino por ser de natural dominio, que los Tribunales a través de sus fallos den el alcance que corresponde a las normas jurídicas. En relación a lo dicho la Dignidad de la Persona constituye el valor supremo y el principio jurídico, que es la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional (Humberto Nogueira Alcalá, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, tomo I, editorial Librotecnia, septiembre de 2008, páginas 14 y 15). Con el mismo autor podemos decir que hoy la dignidad es la Fuente de todos los derechos fundamentales, Fuente de toda responsabilidad que afecte a los citados derechos, Fuente de toda interpretación, Fuente de toda aplicación de dichos derechos, Fuente de toda reparación, Fuente de toda trascendencia, Fuente de todo respeto, Fuente de toda manifestación cultural y Fuente primera para entender el significado del hombre. La Dignidad, como expone Haberle, (citado por Nogueira misma obra, Pág. 15) consiste en el "valor y pretensión de respeto intrínseco y simultáneamente social, al cual pertenece cada ser humano por su condición humana". Dignidad consagrada en el art. 1 de nuestra Carta Constitucional y en los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y el Pacto de San José de Costa Rica. Todos ellos vigentes como ley interna chilena. La dignidad así entendida se está refiriendo a la construcción de la sociedad democrática, liberal, occidental, que tiene como base las grandes democracias universales e históricas, como son, la inglesa, francesa y norteamericana. En modo alguno se está apuntando a la creación de un mundo



socialista o marxista (cubano, ruso, Chino entre otros), ni menos teocrático que difieren de manera notable con el respeto de las libertades de las democracias liberales occidentales.

TERCERO: Que en la misma línea, ratificando lo antes señalado, el art. 5 inciso segundo del Código Político señala que el ejercicio de la soberanía tiene como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y agrega que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos. La palabra es lugar u objeto donde se produce en forma mínima y natural el apareamiento arbitrario entre sonido y significado (Emilio Rivano Fischer, *De Las Palabras, Lingüística* Universidad de Concepción, 2003, Pág. 10). La palabra Promover, ha encontrado su sonido y significado en la Carta Fundamental. Palabra indicada que ha pasado inadvertida por los operadores del derecho en su real dimensión. La Palabra Promover que es siempre -sin descanso- una actitud positiva (nunca omisiva, negativa, ni desidiosa), es de fomento, de impulso, de creación, de defensa inmediata, de florecimiento, que los intérpretes y juristas deben en primera línea considerar al momento de pensar y aplicar los temas y normas sobre derechos humanos. Esto significa un nuevo límite para el Estado y la sociedad civil de respeto y resguardo de los derechos humanos. Luego, frente a una colisión de normas, principios o valores o frente a un conflicto jurídico, la autoridad, el particular, el Estado, debe (imperativo promover y no limitar siempre con sus actuaciones un camino que no afecte la dignidad ni los derechos fundamentales). Así, por ejemplo, si el Juez tiene la facultad de aplicar una pena entre 5 y 10 años, según la palabra Promover y el concepto dignidad, no tendría argumento ético ni constitucional para aplicar una pena de 10 años, por el sólo hecho de indicar que la ley le ha dado esa facultad. Eso es erróneo no sólo por lo ya expuesto, sino porque además, todo el orden constitucional exige siempre no sólo el promover, sino que además fundamentación, racionalidad, justicia y proporcionalidad en las decisiones y en las actuaciones de las autoridades y los particulares. No existen en verdad espacios para que la autoridad, pueda porque sí, aplicar la norma de derecho a su pura voluntad apartándose de lo que indica el constituyente. Ello atenta contra el sistema democrático y republicano de convivencia y de concepción del derecho.

CUARTO: Que en relación a la esencia del art. 19 N° 8 de la Constitución, ya Enrique Evans De la Cuadra en su obra *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile 1999, Págs. 307 y siguientes, expresa que este derecho está destinado a afianzar el proceso normal de la vida y del desarrollo del hombre en la comunidad. Se trata de existir y coexistir con otros en un ambiente de equilibrio ecológico, con la salud protegida. En la misma línea, Conicyt (Comisión Nacional de investigación Ciencia y Tecnología) durante la discusión de esta garantía en el seno de la comisión Ortúzar, expuso que el Estado debe velar porque este derecho no sea menoscabado en cualquier forma que impida ser gozado en plenitud por las generaciones actuales o futuras. La profesora Ángela Vivanco en su curso de *Derecho Constitucional Tomo II*, ed. Universidad Católica de Chile, página 300 y siguientes, respecto a vivir en un ambiente limpio de contaminación lo que se asegura es que, en ese medio



ambiente, los elementos nocivos para la vida y salud del hombre y para la preservación del ambiente tengan índices que permitan a las personas no ver amenazadas su integridad física o psíquica. En todo caso, no se trata de un medio ambiente totalmente puro. Agrega la autora que sobre la extensión de este derecho, los Tribunales de Justicia han resuelto que el medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y agrega, "el medio ambiente se afecta si se contamina o se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida". Añade que frente a este derecho se crea un deber del Estado que es velar para que el derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. El Constitucionalista José Luis Cea Egaña en su libro Derecho Constitucional Chileno, Ediciones Universidad Católica de Chile 2004, Tomo II, páginas 285 y siguientes, explica que la norma constitucional versa sobre la ecología y en un sentido amplio, la ecología estudia las relaciones del hombre con todo su habitat, es decir, el medio o ambiente material e inmaterial que lo circunda, no exclusivamente el que se refiere a la naturaleza. Precisa que en una acepción de mayor extensión la ecología absorbe la acción del hombre sobre el medio que él mismo ha creado alcanzando aspectos que exceden el tema de los recursos naturales renovables o no. Puntualiza que vivir en un ambiente libre de contaminación es la alteración de la pureza del medio físico o bien de ese ambiente físico en su esencial interacción con el medio sea psíquico, moral o social. Para el autor del texto constitucional se desprende cierta tendencia a la aceptación de la ecología en su visión extensa y por lo tanto comprensiva de la contaminación en su acepción amplia, aunque estima que los Tribunales como la Comisión de Estudio han optado por una acepción restringida a lo que debe entenderse por medio natural, pero aclara que en la Ley de Bases se hallan preceptos que permiten defender el concepto amplio de medio ambiente, art. 2 letras g) y h). También se refiere a los deberes del Estado mencionados precedentemente. El tratadista Alejandro Silva Bascuñán en su libro Derecho Constitucional, editorial Jurídica de Chile 2008, Tomo XII, páginas 89 y siguientes, señala que la materia que incide en el derecho es el medio ambiente y esta expresión puede entenderse, según el Diccionario, como un conjunto de condiciones culturales, económicas y sociales en que vive una persona. Este término se vincula al vocablo habitat que significa lugar de condiciones apropiadas para que viva un organismo, especie o comunidad animal o vegetal. Cita al profesor André Bordialí en su trabajo El derecho fundamental a vivir en un ambiente adecuado, explicando dicho autor que en doctrina hay tres concepciones sobre lo que debe entenderse por medio ambiente: 1) la restringida, que estaría conformada sólo por aquellos elementos físicos que constituirían el soporte indispensable para la existencia de la vida humana (agua, aire y suelo); 2) la intermedia reconocería como elementos del medio ambiente sólo las cosas físicas o naturales excluyendo el sustrato cultural que rodea al ser humano; y 3) la amplia incluiría elementos físicos vivos y no vivos de cualquier índole y elementos socio culturales. Silva Bascuñán también cita al profesor Soto Kloss, quien refiriéndose a la contaminación expresa que ella ha de significarle al ser humano, a la persona un detrimento, un menoscabo, un agravio en su naturaleza humana, sea en su corporeidad



(integridad física) o en su constitutivo psicológico (integridad psíquica), de allí que ha de ser su ambiente el que se ve afectado, en el que vive, en el que desarrolla sus tareas, labores o actividades, sea cuales sea, sea lugar de trabajo, su casa, en su descanso, o esparcimiento o recreación. Precisa Silva Bascuñán que este derecho asegura junto con su objeto directo o propio a favor del titular que lo ejerce un valor general que excede a lo que su goce representa para él mismo como es simultáneamente el beneficio colectivo, constituye un instrumento para garantizar una cierta calidad de vida y, por ende robustece otros derechos que reconoce la Carta a las personas, en especial, el derecho a la misma vida, art. 19 n° 1 y el derecho a la protección a la salud, artículo 19 n° 9. Los autores Mario Verdugo y Emilio Pfeffer, en su libro Derecho Constitucional, Editorial Jurídica, Tomo II, páginas 204 a 206, tienen una posición similar a la expuesta por los anteriores autores y agregan que la preservación del patrimonio ambiental es tarea de todos los habitantes, aunque de modo especial el Estado debe velar para que no se vea afectado, al mismo tiempo que debe tutelar la preservación de la naturaleza y precisa que por preservar se entiende conservar los recursos naturales renovables y de áreas geográficas que han permanecido libre de la transformación y manipulación humanas. Además, la jerarquía que le da la Constitución a este derecho se aprecia en la facultad que se le otorga al legislador para establecer restricciones específicas al ejercicio de otros derechos o libertades para proteger el medio ambiente, así en concordancia con lo anterior se encuentra el concepto de función social de la propiedad definido en el inciso 2° del n° 24 del art. 19. Ahora bien, entre los bienes jurídicos que pueden justificar las limitaciones al dominio se encuentra la conservación del patrimonio ambiental. Finalmente, en relación a la cita de autores sobre esta materia, Humberto Nogueira Alcalá en su obra Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Editorial Librotecnia 2008, Tomo II, páginas 627 a 671, indica que la Constitución no precisa el contenido del derecho que se asegura, el cual queda como un concepto constitucionalmente indeterminado. Su determinación queda entregada a la determinación jurisprudencial y a la configuración del legislador, el cual en la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio ambiente en su título 1 art. 2 letra II) entiende por medio ambiente el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones en permanente modificación por la acción humana y natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones. Esta concepción ha sido recogida en el derecho latinoamericano, Ecuador, México, Brasil, en sus diversas leyes y en doctrina latinoamericana a modo de ejemplo, en Brasil, José da Silva en su obra Derecho Ambiental Constitucional, define medio ambiente como la interacción del conjunto de elementos naturales, artificiales y culturales que propician el desenvolvimiento equilibrado de la vida en todas sus formas. Precisa Nogueira que se puede sintetizar las definiciones anteriores en cuanto coinciden en que el medio ambiente es un conjunto de relaciones y no de elementos, el cual comprende y no solo envuelve al hombre, abarcando los elementos naturales y culturales o artificiales por igual: seres humanos, entorno, componentes bióticos, abióticos y culturales. Argumenta el autor que el derecho a un medio ambiente libre de contaminación es un concepto de carácter antropomórfico en



la medida en que son los seres humanos quienes definen la calidad del entorno deseable y quienes han convertido ámbitos antes jurídicamente irrelevantes en derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, todo lo cual responde a una perspectiva de calidad de vida y a las posibilidades de desarrollo de la vida humana en un contexto de recursos finitos y de un entorno cuya contaminación tolerable es limitada, especialmente teniendo presente una perspectiva de solidaridad intergeneracional. Por lo que estima que el derecho de las personas que se protege en el art. 19 n° 8 es el de vivir en un determinado medio ambiente, el cual debe ser adecuado para la vida humana, el desarrollo de la persona y sus potencialidades en sus diversos ámbitos, en interacción con el medio y el entorno, donde los grados de contaminación del medio ambiente se mantengan en un rango y por períodos que no degraden el ambiente del que forma parte la vida y el desarrollo humano. Agrega que es utópico pensar en la total ausencia de contaminación, pero se debe mantener una naturaleza preservada y un respeto por el equilibrio ecológico.

QUINTO: Que según lo razonado, es claro que existe una tendencia a considerar el concepto de medio ambiente en una forma más extensa de la que originalmente se consideró. En este sentido, esta Corte asume que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación debe considerarse en forma amplia, como lo ha expuesto entre otros de manera más precisa el profesor Humberto Nogueira y no sólo por los fundamentos dados por dicho autor, sino porque el fenómeno social denominado Derecho, es una creación realizada por el hombre y para el hombre. Para que sea un instrumento para alcanzar objetivos que permitan crear las condiciones de desarrollo material y espiritual más altas posibles, en definitiva obtener el bien común y una mejor calidad de vida. Si no hay un medio ambiente adecuado para vivir, resulta ilusorio que el hombre sea digno en libertad e igualdad y pueda disfrutar el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Además, debe ser considerado en forma amplia y holística, por los deberes que impone el art. 19 N° 8 al Estado. Esto es velar para que no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza, puesto que al no tutelarla ni preservarla el medio ambiente, sin duda, puede verse afectado vulnerando esta garantía. Si no se admite una concepción amplia, no se divisa cómo el Estado puede cumplir sus deberes Constitucionales indicados. En todo caso, no existe en el medio ambiente un grupo, o persona aislada, un elemento vivo o inerte que no esté relacionado con su entorno. El medio ambiente parafraseando al Biólogo Humberto Maturana (quien se refería al Lenguaje) es el todo.

SEXTO: Que en la perspectiva anterior y en una revisión de la legislación internacional sobre el medio ambiente, podemos indicar que el Estado de Chile ha suscrito más de 20 tratados internacionales que cita el profesor Nogueira en la obra anteriormente indicada, que naturalmente permiten precisar el derecho en cuestión. A su vez existen otros acuerdos internacionales, como es, la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente o declaración de Estocolmo de 1972. En su considerando tercero señala que la capacidad del hombre para transformar todo lo que le rodea, debe ser usada con discernimiento a fin de llevar a todos los pueblos los beneficios del



desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea e imprudentemente, puede causar daños incalculables al ser humano y su medio. En la declaración final expone que el hombre tiene derecho a la libertad y a la igualdad y al disfrute de las condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y, además, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para generaciones presentes y futuras. Por su lado, esta declaración fue confirmada por la de Río de Janeiro de 1992 y proclama entre otros principios que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible; tienen derecho a vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza; el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de la generaciones presentes y futuras. En esta misma línea el Convenio sobre la Diversidad Biológica publicado en el diario oficial 6 de mayo de 1995, en su preámbulo, indica que las partes contratantes están conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes. Conscientes asimismo de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera, afirmando que la conservación de la diversidad biológica es de interés común de toda la Humanidad. Igualmente observan que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica. Del mismo modo, se reconoce la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos. En el art. 2, indica que la Diversidad biológica es la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; Por ecosistema se entiende un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional. Por Hábitat, es el lugar o tipo de ambiente en el que existen naturalmente un organismo o población. En el art. 8 dentro de las obligaciones de cada Estado, se indica: letra a) Se establecerá un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica; letra d) Promoverá la protección de ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales; letra e) Promoverá un desarrollo ambientalmente adecuado y sostenible en zonas adyacentes a áreas protegidas, con miras a aumentar la protección de esas zonas; letra j) cada país con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente. Finalmente, la Resolución 61-295 de 2 de octubre



de 2007 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que en su art. 29 destaca el derecho a la conservación y protección del medio ambiente. Asimismo, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de la misma Asamblea citada de 13 de septiembre de 2007, en cuanto los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente. De esta forma, de lo expuesto en el concierto del Derecho Internacional, de manera consensuada y oficial existe acuerdo desde 1972 al menos, de la protección del medio ambiente en una concepción amplia. Y también es un tema pacífico la promoción y fomento para dicha protección que deben asumir los Estados y en especial con las comunidades indígenas.

SEPTIMO: Que en materia de legislación nacional en relación al tema en estudio podemos ver lo siguiente: a) Ley de Bosques Decreto ley Nº 656 de 1925 (Decreto Supremo 4.363 de junio de 1931). En sus arts. 2 y 5 ya en esa época estipulaba y estipula normas para la protección de los terrenos de aptitud preferentemente forestal y para los bosques naturales y artificiales y prohibiciones para corta de árboles y arbustos. Todo lo que queda sujeto a los planes de manejo aprobados por la Corporación Nacional Forestal. b) Decreto ley Nº 2.565 de 3 de abril de 1979 que sustituye Decreto Ley 701 de 1974. En su art. 1 señala que esta ley tiene por objeto regular la actividad forestal en suelos de aptitud preferentemente forestal y en suelos degradados e incentivar la forestación, en especial, por parte de los pequeños propietarios forestales y aquella necesaria para la prevención de la degradación, protección y recuperación de los suelos del territorio nacional. Y su reglamento explica el plan de manejo a que debe sujetarse el bosque nativo. c) Ley 20.283 de 30 de julio de 2008 sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal. Art. 1 dispone que esta ley tiene como objetivo la protección, la recuperación y el mejoramiento de los bosques nativos, con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental. En su título III denominado de las normas de protección ambiental, art. 15, expresa que la corta de bosques nativos deberá ser realizada de acuerdo a las normas que se establecen en este título sin perjuicio de aquellas establecidas en la ley 19.300, con los objetivos de resguardar la calidad de las aguas, evitar deterioro de los suelos y la conservación de diversidad biológica. d).-Ley 19.300 de 9 de marzo de 1994 sobre bases generales del medio ambiente. Destacar en este respecto los siguientes arts.: 1. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regulan por dicha ley, sin perjuicio de lo establecido en otras normas legales. 2 letra a) Biodiversidad o diversidad biológica. La variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas. Letra b) Conservación del Patrimonio ambiental. El uso y aprovechamiento racional o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país, que sean únicos, escasos o representativos con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración. Letra e) Daño ambiental. Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno más de sus componentes. Letra



g) Desarrollo sustentable. El proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras. Letra II) medio ambiente ya citada en el motivo cuarto por Humberto Nogueira. e) Ley 19.253 (ley indígena) de 5 de octubre de 1993. En su art. 1 explicita que el Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. Reconoce como Etnia a la Mapuche. En su inciso 3º, agrega que es deber de la sociedad en general y del Estado respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, sus familias, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación. Art. 7. El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena. Finalmente, el art. 28 del mismo cuerpo legal expresa que el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará la protección del patrimonio cultural e histórico indígena. f).- Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en su Septuagésima Sexta Reunión, promulgado por el Decreto Supremo N° 236 de 14/10/2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Publicado en el Diario Oficial de fecha 14 octubre 2008, que entra en vigencia en nuestra patria el 15 de Septiembre de 2009 sobre Pueblos indígenas y Tribales en países independientes (de la organización internacional del Trabajo). Así el art. 4 N° 1 dispone que se deberán adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Art. 5. Deberá reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propias de dichos pueblos. En el mismo sentido el art. 8. Luego el art. 13. Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna u otra manera y en particular. N° 2. Que la utilización del término tierras deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera. g).- Se debe también considerar el art. 2 de la "Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial", promulgada en Chile por D.S. N° 747, de 26 de Octubre de 1971, publicada en el Diario Oficial el 12 de Noviembre de 1971, de acuerdo a la cual los Estados Partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de



los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron. h).- El art. 4 N° 16 del Decreto Ley N° 2.763 de 1979, modificado por ley N° 19.937, Ley Orgánica del Sector Salud, que establece que cabe al Ministerio de Salud el formular políticas que permitan incorporar un enfoque de salud intercultural en los programas de salud en aquellas comunas con alta concentración indígena. i).- El art. 21 del Decreto N° 135 de 2004, del Ministerio de Salud, que contiene el Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud que establece que es función de éste formular políticas que permitan incorporar un enfoque de salud intercultural en los programas de salud, permitiendo y favoreciendo la colaboración y complementariedad entre la atención de salud que otorga el Sistema y la que provee la medicina indígena, que permita a las personas, en aquellas comunas con alta concentración indígena, obtener resolución integral y oportuna de sus necesidades de salud en su contexto cultural.” j).- Con todo, esta exigencia estaba ya consagrada en la ley 19.253 y en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, por lo que la exigencia a todos los órganos del Estado, entre los que obviamente se incluyen los entes jurisdiccionales, de dar protección contra la violación de los derechos de las etnias originarias, es plenamente vigente en nuestra patria. l).- Las Resolución Exenta N° 261 del 28 de Abril del 2006 del MINSAL que aprueba la Norma General Administrativa N° 16 sobre Interculturalidad en Salud. Ella tiene rango obligatorio para todo el Sector de Salud Pública, incluyendo a los Municipios, quienes de acuerdo al Estatuto de Atención Primaria deben respetar las normas técnicas del MINSAL. Particularmente importante son los fundamentos 5° y 6° de la normativa cuando señalan: a.-) El Estado de Chile, de conformidad con las normas legales vigentes y tratados internacionales promulgados como ley de la República, se encuentra en el deber de respetar, reconocer y proteger los sistemas de salud de las culturas indígenas y b.-) El Ministerio de Salud en el marco de los acuerdos adoptados en relación al Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas y de la Política de Nuevo Trato, asumió el compromiso de efectuar el reconocimiento expreso de la validez de los sistemas de salud de los pueblos indígenas de Chile. De lo expuesto en materia de legislación nacional, se desprende lo mismo que en el derecho internacional una protección y conservación por parte del derecho del medio ambiente y en el caso que nos ocupa, del respeto, protección cuidado y desarrollo o de los pueblos indígenas en todas sus manifestaciones, en especial, el respeto por su cultura, por el desarrollo de su medicina ancestral, como se aprecia nítidamente en las normas del Ministerio de Salud.

OCTAVO: Que según el ensayo del abogado Roberto Contreras, citando a varios autores, indica que los Sistemas de Salud no formales (Cultural, Etnomédico, Tradicional, Medicina Antropológica, etc.) son “sistemas terapéuticos adaptados a ámbitos y contextos socioculturales y geográficos concretos que responden a las necesidades de salud de los grupos” (Alfonso



Julio, Aparicio Mena). El mismo autor Contreras, indica que el Dr. Marcos Meeroff, define que la medicina antropológica considera al enfermo en sus facetas somática, psíquica y sociocultural, es decir, una medicina holística que considera los tres aspectos del proceso mórbido; enfermedad, padecimiento y predicamento. Se indica que la respuesta sanitaria de los Pueblos Indígenas a sus problemas de salud, debe ser abordada como un sistema, es que podemos definir a estos, como un conjunto articulado de representaciones y conocimientos con las que cada pueblo vive la salud, la enfermedad, la vida y la muerte de la persona, lo que determina sus formas de prevenir y fortalecer los factores protectores y disminuir los agresores para mantener el equilibrio, prolongar la vida y asegurar la trascendencia. Finalmente, el mismo autor, indica que la UNESCO asimismo ha señalado que la medicina tradicional indígena forma parte del patrimonio cultural intangible de la humanidad.

NOVENO: Que expuesta la relación de todos los antecedentes anteriores, esto es doctrina jurisprudencia, derecho nacional e internacional, es nítido cómo se ha configurado conciencia sobre la protección del medio ambiente y, además, se ha legislado en sostener una concepción amplia del medio ambiente. Y especial atención deben tener los Estados en la protección y preservación de las tierras y culturas indígenas en todas sus manifestaciones.

DÉCIMO: El derecho como se desprende con claridad del art. 1 y el capítulo tercero de la Constitución Política del Estado, está compuesto por normas, valores y principios. Además, el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional, del profesor Humberto Nogueira que comprende los derechos consagrados expresamente por la Constitución, los que establecen el derecho convencional internacional a través del art. 5 inciso 2 de nuestra Constitución, los principios imperativos del Derecho Internacional citados y los derechos implícitos, reconocidos en el art. 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, debe considerarse, que de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 27, en cuanto una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

DECIMO PRIMERO: Que ya está dilucidado en la doctrina y jurisprudencia, que la persona como estrategia puede decidir interponer las acciones que estime pertinentes para la defensa de sus derechos. No es posible prohibir a una persona la interposición o no de la acción de protección. Es su derecho para defender sus intereses y ello sin perjuicio de otras acciones que establezca el ordenamiento. Precizando que el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y expedito ante los Jueces y Tribunales competentes a fin que lo amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales. De la misma forma, siguiendo al Profesor Eduardo Soto Kloss en su obra sobre Recurso de



Protección, no es argumento válido señalar que en la actuación que hace la recurrida, se han tenido las autorizaciones legales, ello porque esa posición es sólo un punto de partida. Esto es, se puede indicar que se tiene la autorización de la autoridad o de la Ley, pero si en el hecho es patente que se está perjudicando a la persona o al medio ambiente, obviamente que dicha argumentación no tiene sentido y su actuar se transforma en ilícito y es deber del Estado y de los Tribunales de Justicia proteger los derechos conculcados.

DÉCIMO SEGUNDO: Que se debe precisar que la acción interpuesta en modo alguno está rebatiendo o negando el concepto de derecho, el concepto de Constitución Política, el concepto de orden público económico, el concepto de derecho de propiedad, ni tampoco ha desconocido ley alguna. Lo que hace el recurrente es utilizar los instrumentos jurídicos para defender sus derechos e intereses, tal como lo establece el orden jurídico nacional.

DÉCIMO TERCERO: Que en la misma línea anterior, si bien es cierto como se ha expuesto ut supra, tanto los autores como la legislación señalan que no existe un medio ambiente puro o no contaminado que sería el ideal, la recurrente tampoco aspira a esto, medio ambiente absolutamente puro, sólo está pidiendo precisa y detalladamente que la explotación en el predio del recurrido se ciña a la Ley de Bosques, a la Ley de Fomento Forestal y a lo que establece nuestra Constitución. En este sentido, es el pueblo indígena, etnia mapuche, quien luego de la formación de la República "Estado Nación - ha tenido que someterse al igual que todos los chilenos al derecho que emana de los órganos de dicha República, esto es, desde ya ha tenido que vivir en un medio ambiente, según la concepción expuesta más arriba, no ideal ni puro, sino en un medio ambiente con una intervención que en sus tradiciones y manifestaciones culturales no estaba acostumbrado. Pero aún así, el actor sólo pide que las explotaciones en el predio del recurrido se ciñan a la legislación nacional. Legislación nacional que ya en 1925, tanto en la Constitución como en la Ley de Bosques, le asignaba a la propiedad una función social, imponiéndole limitaciones. No existe un derecho de propiedad como tácitamente lo pretende indicar el recurrido en forma absoluta, ni siquiera los autores de la corriente liberal inglesa, como John Locke se imaginaba un derecho de esa forma. Incluso, este autor planteaba que uno debiera tener lo justo y necesario para llevar una vida adecuada. Lo que hay que recalcar que tanto en las leyes de bosques citadas como en nuestra Constitución en el art. 19 n° 8, el constituyente señaló que la Ley puede establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente y dentro de esas restricciones, el 19 N° 24 en su inciso segundo es clarísimo y consagra la conservación del patrimonio ambiental, por lo que según todos los principios, valores y normas señaladas en los precedentes considerandos se debe tener especial cuidado al analizar las manifestaciones culturales, en este caso, de la etnia mapuche.

DÉCIMO CUARTO: Que es claro que de acuerdo a lo que se ha expuesto del significado de los Menokos, el Derecho a Vivir en un medio libre de contaminación para la actora se ha visto afectado, puesto que se vulnera la



integridad física y psíquica de esa etnia, se agravia en su naturaleza humana y la calidad de vida y en la protección de sus sistemas de salud, puesto que el Menoko es un lugar, espacio cultural, que no debe ser molestado, sino que siempre protegido. Y lo que pide la machi no es que se acabe la explotación forestal ni el uso de las facultades del derecho de propiedad, sino que el dueño de esa tierra se ciña a la ley forestal. Además, no existiendo en la tradición cultural mapuche plantación de especies exóticas que sustituyan al bosque nativo, como sucede hoy, obviamente que se está afectando su derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación si la incorporación de plantas exóticas está dentro de las distancias para no realizar tala ni corta de bosques señaladas en las leyes forestales citadas. Se debe precisar que en la contestación de la acción de protección el denunciado, en primer lugar, niega que existan manantiales. En segundo lugar, que se haya hecho una corta y tala ilegal y, en tercer lugar, no discute en modo alguno que la explotación forestal de corte y de tala está afectando los manantiales en las distancias señaladas por la ley forestal.

DÉCIMO QUINTO: Que tomando como base el concepto amplio de medio ambiente indicado, el significado de Menoko, de medicina antropológica, de tierra para el mundo indígena relacionado con los valores Dignidad y Libertad y apreciados de acuerdo a la sana crítica, todos los antecedentes acompañados es claro que, como además de aprecia a fs. 49 y 59, en estos momentos (sin perjuicio de otras acciones legales para discutir en forma lata) se ha cometido un acto ilícito, ello en primer lugar por lo expuesto en el informe del organismo especialista en la materia, como lo es la Dirección de Aguas de la Araucanía a fojas 95, que declara que en el lugar materia de estudio, existen 3 manantiales, manantiales que según el informe de la CONADI de fojas 208 y de fojas 78, representan espacios culturales de carácter sagrado para la etnia Mapuche y, en especial, con el rol etnoterapéutico del o la machi. Asimismo, es ilícito, pues en el predio materia de autos, se están realizando talas de árboles y arbustos nativos dentro de un perímetro de los 400 metros que nazcan de los cerros y de los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto que la vertiente tenga su origen hasta a aquel en que llega al plano, art. 5 N° 1 de la Ley de Bosques. Asimismo, es ilícito de acuerdo a lo informado por CONAF a fojas 101, en cuanto en la ladera sureste del cerro Rahue se realiza una corta de bosque nativo, sin que exista un plan de manejo, art. 2 del Decreto Ley 701. De la misma forma, la conducta del recurrido no sólo es ilícita por atentar contra las disposiciones expuestas, sino que además a lo que se ha señalado referente a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que establece la Constitución y también por lo señalado en la Ley de Bases sobre el Medio Ambiente, respecto a la definición que allí se menciona de este medio ambiente. A lo señalado en el convenio sobre la diversidad biológica respecto a preservar y proteger dicha diversidad y la cultura de las poblaciones indígenas y en el mismo sentido, el Convenio de toda forma de discriminación racial. Igualmente, respecto a la protección que debe dar la sociedad y el Estado a la cultura y a las tierras indígenas. En todo caso, los antecedentes acompañados por la recurrida a fs. 171 no logran ser mejores y precisos que los ya indicados, puesto que como expresó él en su contestación niega la existencia de los manantiales y,



por otro lado, tienen un concepto de propiedad que está muy lejano de lo que establece nuestra Constitución, la doctrina y el Derecho Constitucional. Finalmente, como expresa Gregorio Peces Barba en su libro Estudio sobre Derecho Fundamentales, Editorial Eudeba en una posición integradora, se debe indicar que todos los derechos fundamentales, son derechos de libertad, es decir, todos los derechos fundamentales pretenden facilitar la autonomía de las personas y su desarrollo integral creando esas condiciones de libertad. Si no se protegen ni promueven como en este caso, dentro de lo que nos señala imperativamente nuestra Constitución el medio ambiente adecuado y las manifestaciones culturales de la etnia mapuche no divisa esta Corte de Justicia de qué manera estos ciudadanos chilenos puedan alcanzar la libertad. Por los fundamentos expuestos latamente es claro que se ha vulnerado el derecho establecido en el art. 19 N° 8 de la Constitución Política.

Y visto además lo dispuesto en el art. 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se declara que se HACE LUGAR al Recurso de Protección interpuesto a fojas 1 y siguientes por (...), en contra de la Sociedad (...), representada legalmente por (...), en cuanto el recurrido se abstendrá de realizar tala de árboles y arbustos nativos dentro del perímetro de 400 metros más próximos a los 3 manantiales señalados en el recurso que se encuentran en cerros existentes en el sector. Asimismo, no podrá realizar corta de árboles y arbustos sin que cuenten con el plan de manejo aprobado por la CONAF, la que considerará en su momento el impacto de la plantación exótica sustituyendo al bosque nativo respecto de los manantiales aludidos, para su otorgamiento.

No se condena en costas al recurrido por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Regístrese comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre.

Rol N° 1773-2008

Pronunciada por la Primera Sala.

Presidente Ministro Sr. Julio César Grandón Castro, Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre y Abogado Integrante Sr. Roberto Contreras Eddinger. Se deja constancia que el Ministro Sr. Julio César Grandón Castro no firma, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa, por encontrarse con permiso.

En Temuco, a dieciséis de septiembre de dos mil nueve, notifiqué por el estado diario la resolución que antecede.



Tribunal: Corte Suprema de Chile

Procedimiento: Apelación recurso de protección

Causa: ROL n° 7287/2009

Fecha: 30 de noviembre de 2009

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de diecisiete de marzo último, escrita a fojas 261 y siguientes.

Se previene que el Ministro señor Pierry y la Ministra señora Araneda si bien concurren a confirmar la sentencia en alzada, estuvieron por eliminar todos sus fundamentos, a excepción del primero; y teniendo únicamente presente el mérito de los documentos de fojas 101 a 109 de los que aparece que la Corporación Nacional Forestal dispuso la paralización de labores de acuerdo con la legislación forestal.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Brito y la prevención de sus autores.

Rol N° 7287-2009

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Adalís Oyarzún, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y la Sra. Mónica Maldonado Fiscal Judicial. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro señor Brito por estar en comisión de servicios. Santiago, 30 de noviembre de 2009.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a treinta de noviembre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



F. Declaración del Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile sobre promoción del matrimonio

Valoremos el Matrimonio, un Bien para Chile

1. La Cámara de Diputados está tramitando en estos momentos un proyecto de ley relativo a la regulación de las uniones de hecho entre personas de distinto sexo. Creemos nuestro deber de pastores hacernos presente con palabras que estimulen la reflexión fundada en la búsqueda del bien común.
2. Sobre la base del respeto de los derechos de las personas, que emanan de su dignidad esencial, invitamos a toda la ciudadanía y a los parlamentarios en particular, a formularse algunas preguntas para comprender mejor esta situación. Reflexionando con serenidad y libertad, sin dejarse llevar por los intentos de mostrar ante la opinión pública que se trata de una realidad social urgentemente necesitada de regular por ley, podremos formarnos un mejor juicio al respecto.
3. ¿Por qué dar un estatuto jurídico especial a quienes, pudiendo casarse, prefieren no hacerlo? Aparece ciertamente una contradicción establecer una ley para resolver posibles problemas patrimoniales y de herencia que ya tienen solución segura y clara en las normas actualmente existentes que regulan el matrimonio, como puede comprobarse en la amplia legislación sobre esta materia. Hay también otras normas que permiten regular las relaciones entre personas, incluyendo la disolución de las mismas.
4. Respetando la libertad de las personas, ¿no correspondería más bien alentar a los jóvenes a casarse? ¿Por qué no promover que aquellos que han optado por una convivencia regularicen su situación viviendo en matrimonio?
5. Desde otro punto de vista, ¿por qué elegir en medio de un tiempo electoral intenso, inmediatamente antes del receso parlamentario, sin la necesaria serenidad para un debate de ideas maduro, votar apresuradamente asuntos que interesan a toda la sociedad, en una materia que es, por su naturaleza, compleja y de consecuencias muy importantes para los ciudadanos del presente y del futuro?
6. No podemos permanecer indiferentes ante una legislación que, de esta manera, disminuye el valor y el sentido del matrimonio como unión permanente entre un hombre y una mujer, que contribuye al bien de la sociedad y no sólo se ocupa de intereses privados de los que lo contraen.



7. Pedimos a quienes han sido elegidos por la ciudadanía para darnos leyes que nos conduzcan al bien común, no dejarse llevar por apresuramientos muy peligrosos. A quienes son cristianos les invitamos fraternalmente a reflexionar las enseñanzas sobre los valores de una sociedad fundada en el Evangelio y a ponderar las dolorosas consecuencias sociales y personales que puede provocar el debilitamiento de la institución del matrimonio.
8. Tratándose de decisiones trascendentes, dirigimos la mirada a la Virgen del Carmen, Reina y Patrona de Chile, para que con su cuidado maternal proteja a las familias de nuestra Patria y cuide la calidad de nuestra convivencia social.

El Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile

† Alejandro Goic Karmelic
Obispo de Rancagua
Presidente

† Gonzalo Duarte García de Cortázar
Obispo de Valparaíso
Vicepresidente

† Francisco Javier Errázuriz Ossa
Cardenal Arzobispo de Santiago

† Ricardo Ezzati Andrello
Arzobispo de Concepción

† Santiago Silva Retamales
Obispo Auxiliar de Valparaíso
Secretario General

Santiago, 2 de noviembre de 2009



G. Declaración de la 98ª Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal de Chile

Chile, una Mesa para Todos

1. En un clima de fraterna comunión, los Obispos de la Conferencia Episcopal de Chile hemos vivido nuestra 98ª Asamblea Plenaria. A la luz de la Palabra de Dios, hemos mirado el servicio de la Iglesia en nuestra Patria, en el proceso de la Misión Continental, cuyo objetivo es anunciar a Cristo, rostro humano de Dios y rostro divino del hombre; y hemos hecho el propósito de contribuir, con todas nuestras fuerzas, a que Chile sea una "Mesa para todos".

2. Hemos dialogado con franqueza sobre el caminar de nuestra patria, que se apresta a vivir el año Bicentenario y se proyecta hacia el futuro con un nuevo Gobierno y un Poder Legislativo renovado. Nuestro diálogo ha sido animado con las luminosas palabras que el Papa Benedicto XVI ha ofrecido en su última Carta Encíclica *Caritas in Veritate*, sobre el desarrollo integral de los pueblos. En ella, el Papa ha querido poner en evidencia que el verdadero desarrollo incluye siempre al ser humano en plenitud y a toda la humanidad; no se limita al solo aspecto económico; exige, además, una visión trascendente y espiritual de la persona; pide un especial cuidado por la vida humana y su genuina libertad, por la promoción de auténticas relaciones, especialmente familiares, por la calidad de su educación, el crecimiento de sus competencias y el ejercicio de una justicia y solidaridad que alcancen a todos. Ha recordado, además, la responsabilidad social del Estado y de la empresa para que el crecimiento sea equitativo para todos los ciudadanos. Con mucha fuerza, ha proclamado que el desarrollo auténtico necesita de Dios: "...sin Él, o se niega el desarrollo, o se le deja únicamente en manos del hombre, que cede a la presunción de la auto-salvación y termina por promover un desarrollo deshumanizado" (*Caritas in veritate*, 11).

3. ¿Cómo lograr un desarrollo que lleve a Chile a ser una "Mesa para todos"? Creemos que la primera e indispensable condición debe ser la de trabajar juntos, sin que nadie quede excluido y donde todos puedan aportar sus talentos creativos y eficientes que permitan superar las desigualdades sociales que aún persisten en nuestro país, a fin de que cada compatriota tenga un sitio reservado en ella. En esta ocasión y para contribuir al desarrollo integral del país, invitamos a un compromiso más activo, a través del ejercicio ciudadano responsable en el proceso electoral en marcha. Alentamos a todos a buscar información adecuada y participar de los debates en torno a asuntos relevantes para el país, como la vida, la dignidad humana, el matrimonio y la familia, la educación, el trabajo, la salud, la vivienda, el respeto por el medio ambiente, la preocupación por nuestros pueblos originarios, la convivencia pacífica e intercultural, iluminada a la luz del Evangelio. También pedimos a las propias candidaturas ofrecer al país con mayor nitidez y profundidad propuestas y proyectos para estos ámbitos.



4. A quienes nos solicitan mayor orientación para el necesario discernimiento ético ante las elecciones, les reiteramos que la proximidad del Bicentenario de la Independencia, es tiempo oportuno para recuperar lo mejor de nuestras tradiciones republicanas: aquellos grandes valores que constituyen nuestra identidad y que no pueden quedar a merced de minorías ocasionales o bulliciosas. Entre estos valores, son imprescindibles el apoyo a la familia y el respeto a la vida desde la concepción, pasando por todas las etapas de su desarrollo, hasta la muerte natural; la superación de la miseria y del desempleo; el desarrollo económico y humano que contribuya a una mayor equidad social y a la generación de fuentes de trabajo estables; el acceso a una educación libre, integral y de calidad, sobre todo para los pobres; políticas de salud pública que honren la dignidad de las personas; y la superación de los gravísimos problemas producidos por la droga. Cada uno habrá de votar, desde una conciencia bien formada, en modo coherente con las convicciones más profundas del cristianismo. La oración nos dará la sabiduría del mejor proceder para el bien de Chile.

5. Por nuestra parte, continuaremos en la tarea de alentar la fe, la esperanza y la caridad de los discípulos del Señor, convencidos de que la persona de Jesús y el Mensaje de su Evangelio, no sólo da sentido a la vida personal, sino que ayuda a desplegar las mejores virtudes de la vida social. Con el Papa Benedicto XVI creemos que "la caridad en la verdad (...) es la principal fuerza impulsora del auténtico desarrollo de cada persona y de toda la humanidad" (*Caritas in veritate*, 1).

6. En este mes de María, agradecemos los 25 años de la firma del Tratado de Paz y Amistad con nuestro hermano pueblo argentino, animado por el querido Siervo de Dios Juan Pablo II. A la Virgen María, Reina de la Paz, confiamos el bien de Chile en esta hora, cuando nos preparamos para el tiempo de Adviento, de gozosa espera del Salvador. Que ella nos renueve el optimismo en Cristo, su hijo, la verdadera esperanza.

Los Obispos de la Conferencia Episcopal de Chile

Punta de Tralca, 20 de noviembre de 2009



Centro de Libertad Religiosa Derecho UC

Facultad de Derecho UC, 4° Piso

Av. Libertador Bdo. O'Higgins 340. Santiago de Chile

tel: (56 - 2) 354 2943 - (56 - 2) 354 2955 *código postal:* 8331010

e-mail: celir@uc.cl www.celir.cl