



Centro UC
Derecho y Religión

AÑO XIII • Nº 4 • ENERO 2018

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE
Facultad de Derecho

BOLETÍN JURÍDICO

Observatorio de libertad religiosa de América Latina y El Caribe

TEMAS DESTACADOS

CHILE

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA/
Protocolo para la
manifestación de la Objeción
de Conciencia personal e
institucional en el marco de la
Ley de aborto

COSTA RICA

IDENTIDAD DE GÉNERO/
Respuesta de la CIDH sobre
obligaciones del Estado en
relación a identidad de género
y derechos de vínculos entre
parejas del mismo sexo

ESTADOS UNIDOS

**LIBERTAD RELIGIOSA Y NO
DISCRIMINACIÓN /**
Sentencia que ratifica sanción a
pasteleros por negarse a hacer
torta a matrimonio de pareja
homosexual, por motivos
religiosos

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

**Editor
René Cortínez C., S.J.**

**Investigación
M. Josefina Silva S.**

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

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

ÍNDICE GENERAL

CHILE

I. NORMAS JURÍDICAS PUBLICADAS

LEYES

MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA
Ley número 21.065.- Declara feriado el día 16 de enero de 2018 en la Región Metropolitana, con motivo de la visita del Papa Francisco. **5**

DECRETOS

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES
Decreto número 3, de 2018.- Autoriza emisión postal conmemorativa. **5**

MINISTERIO DE SALUD

Decreto número 7, de 2017.- Aprueba texto que actualiza las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. **6**

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Decreto número 201, de 2017.- Promulga Acuerdo con las Naciones Unidas para la Asistencia Técnica en la Adquisición de Productos y Servicios Relativos a la Salud Reproductiva (extracto). **10**

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Subsecretaría de Justicia
Decreto exento número 78, de 2018.- Aprueba reforma de estatutos de Alferazgo del Santuario de Livilcar de la Virgen de Las Peñas. **14**

RESOLUCIONES

MINISTERIO DE SALUD

Resolución exenta número 61, de 2018.- Aprueba protocolo para la manifestación de objeción de conciencia personal y para la objeción de conciencia invocada por instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario. **15**

MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO

Extracto de resolución exenta número 4.509, de 2017.- Autoriza a Pontificia Universidad Católica de Valparaíso para realizar pesca de investigación. **17**

MINISTERIO DE HACIENDA

Extracto de circular número 63, de 2017.- Donaciones a la Conferencia Episcopal. **17**

CONCESIONES DE RADIODIFUSIÓN SONORA. **18**

II. PROYECTOS DE LEY EN TRÁMITE

Modifica la ley N° 20.584, que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, con el objeto de permitir la muerte digna o eutanasia. **19**

Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida. **20**

Modifica la ley N° 17.798, Sobre Control de Armas, con el objeto de prohibir la fabricación y comercialización de globos de papel elevados mediante el uso de fuego. **21**

PROYECTOS DE LEY EN TRÁMITE QUE HAN SIDO PUBLICADOS EN EL BOLETÍN. **22**

III. DOCUMENTOS

A. "Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia personal y para la objeción de conciencia invocada por instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario" aprobado por el Ministerio de Salud. **29**

B. Proyecto de Ley presentado por la Cámara de Diputados que "Modifica la ley N° 20.584, que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, con el objeto de permitir la muerte digna o eutanasia". **41**

C. Proyecto de Ley presentado por la Cámara de Diputados que "Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida". **46**

D. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó recurso de protección presentado por pareja del mismo sexo femenino con Acuerdo de Unión Civil, que solicitó al Registro Civil la inscripción de ambas con el carácter de madres en la partida de nacimiento del hijo biológico de una de ellas. **59**

E. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó recurso de protección presentado por alcaldesa de Caldera contra decreto del Ministerio del Interior que limitó los espectáculos masivos en la región con motivo de la visita papal. **64**

F. Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental que rechazó reclamo presentado por religiosas del Monasterio de Carmelitas Descalzas del Amor Misericordioso y de la Virgen del Carmen, en contra de la aprobación del proyecto "Central El Canelo de San José de Maipo" (extracto). **69**

G. Tercer Informe de la Corte Suprema, a la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, sobre el Proyecto de ley de identidad de género que analiza las modificaciones al artículo 8° que regula las solicitudes de cambio de sexo y nombre de menores de 18 años. **82**

BOLIVIA

A. Proyecto de Ley presentado por el presidente Evo Morales y aprobado por ambas Cámaras, que “abroga” [sic] el Código del Sistema Penal y ordena la creación de un Consejo Nacional de Reforma del Sistema Penal. **99**

COSTA RICA

A. Comunicado de la Conferencia Episcopal sobre la Respuesta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a la consulta sobre “Identidad de género, e Igualdad y No discriminación a parejas del mismo sexo” solicitada por el gobierno. **103**

SANTA SEDE

A. Comunicado sobre el Decreto promulgado por la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica respecto al nombramiento de un Comisario Apostólico para intervenir en el Sodalicio de Vida Cristiana. **106**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A. Respuesta a la Opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica sobre las obligaciones del Estado en relación a la identidad de género y los derechos relacionados con el vínculo entre parejas del mismo sexo (extracto). **107**

CANADÁ

A. Comunicado de la Conferencia de Obispos Católicos sobre el mandato del gobierno que obliga a las organizaciones que se acojan al programa de empleos de verano del Estado, a respetar los derechos y libertades establecidos en la Constitución, incluidos derechos reproductivos y la no discriminación por orientación sexual o identidad de género y expresión. **130**

B. Mandato del Gobierno que obliga a las organizaciones que se acojan al programa de empleos de verano del Estado, a respetar los derechos y libertades establecidos en la Constitución, incluidos derechos reproductivos y la no

discriminación por orientación sexual o identidad de género y expresión. **131**

ESTADOS UNIDOS

A. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Oregón que ratificó sanción impuesta por el Ministerio del Trabajo a pasteleros que se negaron a hacer una torta de matrimonio a pareja homosexual, debido a sus creencias religiosas (extracto). **133**

FRANCIA

A. Sentencia del Consejo de Estado que autoriza a los médicos a desconectar a una menor en estado vegetal, en contra de la voluntad de sus padres. **148**

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

A. Comunicado de la Sentencia que rechazó un requerimiento de paternidad solicitado por la pareja del mismo sexo de una mujer tras el nacimiento de su hijo biológico. **156**

CHILE

I. Normas Jurídicas Publicadas

LEYES

MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA
Ley número 21.065.- Declara feriado el día 16 de enero de 2018 en la Región Metropolitana,
con motivo de la visita del Papa Francisco
Diario Oficial: 10 de enero de 2017

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente

Proyecto de ley:

“Artículo único.- Declárase feriado el 16 de enero de 2018 para la Región Metropolitana de Santiago, con motivo de la visita de Su Santidad el Papa Francisco.”.

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévase a efecto como Ley de la República.

Santiago, 5 de enero de 2018.- MICHELLE BACHELET JERIA, Presidenta de la República.- Mario Fernández Baeza, Ministro del Interior y Seguridad Pública. Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Atentamente, Mahmud Aleuy Peña y Lillo, Subsecretario del Interior.

[Volver al índice](#)

DECRETOS

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES
Decreto número 3, de 2018.- Autoriza emisión postal conmemorativa
Diario Oficial: 12 de enero de 2017

Santiago, 3 de enero de 2018.- Con esta fecha se ha decretado lo que sigue:
Núm. 3.

Vistos:

El reglamento para la comercialización de los sellos postales y otras especies filatélicas, contenido en el decreto supremo N° 1.080, de 1971, del Ministerio del Interior; y las facultades que me confiere el artículo 32 N° 6 de la Constitución Política de la República de Chile.

Considerando:

1) Que la Empresa de Correos de Chile ha solicitado emitir sellos postales conmemorativos de la visita del Papa Francisco a nuestro país, con fecha 11 de diciembre de 2016; 2) Que resulta conveniente destacar mediante una emisión postal la visita de Su Santidad Francisco a nuestro país;

Decreto:

Artículo 1.- Autorízase a la Empresa de Correos de Chile, por esta única vez, para que efectúe una emisión postal con la efigie de Su Santidad Francisco, con motivos o expresiones alusivas a la visita a Chile que efectuará esta máxima Autoridad Eclesiástica.

Artículo 2.- Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, no regirán las prohibiciones contempladas en los incisos segundo y tercero del artículo 9 del reglamento señalado en los vistos.

Anótese, tómese razón, comuníquese y publíquese.- MICHELLE BACHELET JERIA, Presidenta de la República.- Paola Tapia Salas, Ministra de Transportes y Telecomunicaciones. Lo que transcribo para su conocimiento.- Saluda atentamente a Ud., Rodrigo Ramírez Pino, Subsecretario de Telecomunicaciones.

[Volver al índice](#)

MINISTERIO DE SALUD
Decreto número 7, de 2017.- Aprueba texto que actualiza las Normas Nacionales sobre
Regulación de la Fertilidad
Diario Oficial: 5 de enero de 2017

Núm. 7.- Santiago, 1 de febrero de 2017.

Visto:

Lo dispuesto en los artículos 1º, 4º, 6º, 7º, 32 N°6, 33 inciso primero y 35 de la Constitución Política de la República; lo establecido en los artículos 1º, 4º y 6º del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y las leyes N° 18.933 y N° 18.469; en los artículos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 25 y 27 del decreto supremo N° 136, de 2004, del Ministerio de Salud, Reglamento Orgánico de esta Cartera de Estado; lo establecido en el decreto supremo N° 3, de 2011, Reglamento del Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos de Uso Humano; la ley N° 20.418, que fija normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en materia de Regulación de la Fertilidad y su reglamento; la ley N° 20.422, que establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad; ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, promulgada por decreto supremo N° 201, del año 2008; Convenio N° 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Mundial del Trabajo, promulgado por decreto N° 236, del año 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores; lo indicado en la resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, y

Considerando:

1) Que, el Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible.

2) Que, los derechos sexuales y reproductivos corresponden a una parte constitutiva de los derechos humanos¹.

3) Que, los derechos sexuales y reproductivos constituyen un derecho básico de las parejas e individuos, de decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamiento de sus hijos e hijas y tener la información, educación y medios para hacerlo.

4) Que, las actividades de Planificación Familiar tienen por objeto lograr una adecuada salud reproductiva integral, con la finalidad de reducir la mortalidad materna e infantil y el embarazo no planificado.

5) Que, la regulación de la anticoncepción constituye una política ministerial, que data desde 1967, a través de la formulación de la política de Población y de Salud Pública, que ha permitido que los matrimonios, las parejas y la mujer tengan un número de hijos con el espaciamiento y la oportunidad deseada.

6) Que, corresponde la revisión y actualización de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, aprobadas por decreto N° 48, del 26 de enero de 2007, y complementado por decreto N° 53, de 5 de mayo de 2008, ambos del Ministerio de Salud, de modo de incorporar los cambios legislativos y de regulación internacional, y aquello que la evidencia científica recomienda.

7) Que, en el orden nacional, con posterioridad a la entrada en vigencia de las mencionadas normas, fueron aprobadas en nuestra Nación las siguientes leyes con directa incidencia en la materia:

a) Ley N° 20.418, que fija normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en materia de Regulación de la Fertilidad, publicada el 28 de enero de 2010.

b) Ley N° 20.422, que establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, publicada el 10 de febrero de 2010.

c) Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, publicada el 24 de abril de 2012.

8) Que, en el orden internacional, la presente actualización incorpora adecuaciones referentes a diversos instrumentos que tuvieron origen o fueron suscritos por nuestro país, con posterioridad a la aprobación de las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad, entre ellos:

a) La Observación General N° 15, del Comité de los Derechos del Niño, que, en el año 2013, señaló que en virtud de su autonomía progresiva, los niños pueden someterse "a determinados tratamientos e intervenciones médicos sin el permiso de un progenitor, cuidador o tutor, como la prueba del VIH y servicios de salud sexual y reproductiva, con inclusión de educación y orientación en materia de salud sexual, métodos anticonceptivos y aborto en condiciones de seguridad".

¹ La negrita es nuestra.

b) Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada en el año 2008, incorporando el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos y el espaciamiento entre los nacimientos, basado en el acceso a la información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad.

c) Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989 (ratificado en 2008) obliga a los Estados a desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, acciones para proteger sus derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales y respetar su integridad. En su artículo 7 establece que el mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo y nivel de salud y educación deberá ser prioritario en los planes de desarrollo regional.

9) Que, también en el presente documento se recoge la resolución exenta N° 2.326m [sic] del año 2000m del Ministerio de Salud, incorporando su contenido con las actualizaciones pertinentes. En ese sentido, y para mayor resguardo de la autonomía del hombre o mujer que solicita el procedimiento, se elimina el requisito de firma del Director del Servicio en el consentimiento informado; se incorpora referencia a la ley N° 20.422, con la finalidad de asegurar que frente a una persona con discapacidad sensorial, sea visual o auditiva, se disponga de los medios alternativos de comunicación para prestar su consentimiento; y, en el caso de personas que padecen de una enfermedad discapacitante que les produzca carencia de discernimiento, se cambia la remisión al decreto 570 del año 2000, del Ministerio de Salud, por la normativa dispuesta en la Norma General Técnica N° 71, aprobada por resolución exenta N° 1.110, de 2004, del Ministerio de Salud, que establece Normas de Esterilización Quirúrgica en Personas con Enfermedad Mental. Finalmente, se incorpora un anexo con formulario de "Consentimiento Informado" especialmente diseñado para estos efectos.

10) Que, por su parte, se han registrado cambios en las orientaciones clínicas de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que publicó la 5ª versión de los Criterios Médicos de Elegibilidad para el Uso de Métodos Anticonceptivos en junio de 2015, la cual actualiza las versiones de años anteriores e incorpora nuevas tecnologías anticonceptivas y nueva evidencia científica.

11) Que, se cuenta con evidencia científica actualizada respecto del uso de tecnologías anticonceptivas en poblaciones específicas.

12) Que, se han detectado cambios en el perfil epidemiológico de la mortalidad materna con aumento de muertes por causas obstétricas indirectas.

13) Que, en esta versión se incorpora la aplicación de anticoncepción en el posparto y posaborto en atención cerrada.

14) Que, urge contar con normativa respecto a la prevención de embarazos no previstos en situaciones de emergencia.

15) Que, se mantiene la necesidad de contar con normativa respecto a servicios de regulación de la fertilidad.

16) Por lo expuesto, vengo en dictar el siguiente:

Decreto:

1°. Apruébase el texto que actualiza las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, las que están compuestas por las Normas Técnicas y Guías Clínicas sobre Fertilidad, todas elaboradas por el Ministerio de Salud.

2°. Establécese que el texto que se aprueba en virtud de este acto administrativo, consta en un documento de 261 páginas, que se adjunta, y forma parte del presente decreto, cuyo original, debidamente visado por la Subsecretaría de Salud Pública, se mantendrá en poder del Jefe(a) de la División de Prevención y Control de Enfermedades, de la citada Subsecretaría del Ministerio de Salud.

3° Déjese sin efecto el decreto N° 48, del 26 de enero de 2007, del Ministerio de Salud, que aprobó las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, y su complementario, decreto N° 53, de 5 de mayo de 2008.

4° Déjese sin efecto la resolución exenta N° 2.326, del año 2000, del Ministerio de Salud, que fija directrices para los Servicios de Salud sobre esterilización femenina y masculina, y reemplácese por la regulación que al respecto se contiene en la página 138 del texto que por este acto se aprueba.

5° Publíquese en la página web del Ministerio de Salud: www.minsal.cl, el texto de las "Normas Nacionales Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad".

6°. Remítase, una vez afinada su tramitación, un ejemplar del texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, a los Servicios de Salud, Establecimientos Experimentales de Salud y a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud de todo el país, a fin que sea cumplida íntegra y obligatoriamente por los organismos, instituciones y los funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de los Servicios de Salud, conforme lo dispuesto en el artículo 2° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y las leyes N° 18.469 y N° 18.933.

Anótese, tómese razón y publíquese.- MICHELLE BACHELET JERIA, Presidenta de la República.- Carmen Castillo Taucher, Ministra de Salud.- Mario Fernández Baeza, Ministro del Interior y Seguridad Pública.- Paula Narváez Ojeda, Ministra Secretaria General de la Presidencia (S). Transcribo para su conocimiento decreto Afecto N° 7, de 01-02-2017.- Saluda atentamente a Ud., Jaime Burrows Oyarzún, Subsecretario de Salud Pública.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA División Jurídica
Cursa con alcances el decreto N° 7, de 2017, del Ministerio de Salud

N° 44.463.- Santiago, 22 de diciembre de 2017.

Esta Contraloría General ha dado curso al decreto supremo del epígrafe, mediante el cual se Aprueba Texto que Actualiza las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, por cuanto se ajusta a derecho. No obstante, cumple con hacer presente que el texto que se aprueba en la especie no forma parte integrante del acto administrativo en estudio -como se indica en su numeral 2- toda vez que no se incluye en el cuerpo de éste, acompañándose como un documento independiente del mismo, y que una copia de aquél se mantendrá en esta Contraloría General (aplica criterio contenido en el dictamen N° 14.032, de 2010). Asimismo, cabe manifestar que las enmiendas que se efectúen a los actos administrativos que han sido retirados del trámite de toma de

razón y que posteriormente son reingresados, como ocurre en la especie, deben ser salvadas al margen de cada una de ellas mediante timbre y firma de la autoridad o ministro de fe competente, con el objeto de velar por la integridad y autenticidad del acto, y a fin de que exista constancia de que el jefe superior del respectivo servicio haya dispuesto o tomado conocimiento de las mencionadas enmiendas, lo cual no se ha verificado respecto de todas las modificaciones realizadas en el documento en examen. Por otra parte, en relación con las normativas invocadas en los vistos del decreto en análisis, cumple precisar que el Reglamento del Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos de Uso Humano fue aprobado mediante el decreto N° 3, de 2010 -no de 2011, como se señala- del Ministerio de Salud, y que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, fue promulgada por el decreto supremo N° 201, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores -cartera de Estado que se omite.

Con los alcances que anteceden se ha tomado razón del decreto del rubro.
Saluda atentamente a Ud., Jorge Bermúdez Soto, Contralor General de la República.

A la señora Ministra de Salud Presente.

[Volver al índice](#)

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Decreto número 201, de 2017.- Promulga Acuerdo con las Naciones Unidas para la Asistencia Técnica en la Adquisición de Productos y Servicios Relativos a la Salud Reproductiva (extracto)²

Diario Oficial: 19 de enero de 2017

Núm. 201.- Santiago, 3 de noviembre de 2017.

Vistos:

Los artículos 32, N° 15, y 54, N° 1), inciso cuarto, de la Constitución Política de la República.

Considerando:

Que con fecha 6 y 25 de septiembre de 2017, se suscribió, en Santiago, entre el Gobierno de la República de Chile y las Naciones Unidas, el Acuerdo para la Asistencia Técnica en la Adquisición de Productos y Servicios Relativos a la Salud Reproductiva. Que dicho Acuerdo fue adoptado en el marco del Acuerdo Básico sobre Asistencia Técnica, suscrito con las Naciones Unidas y diversas Agencias Especializadas de esa Organización, publicado en el Diario Oficial de 24 de octubre de 1960; y el Acuerdo de Asociado en la Implementación entre el Gobierno de Chile y las Naciones Unidas para la Implementación por parte del Ministerio de Salud de Chile de los Planes de Trabajo Financiados por el UNFPA 2015-2018 en virtud del Marco de Asistencia para el Desarrollo del Sistema de Naciones Unidas en Chile, publicado en el Diario Oficial de 27 de diciembre de 2016.

² El Decreto completo está disponible en <http://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2018/01/19/41961/01/1336834.pdf>

Decreto:

Artículo primero: Promúlgase el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y las Naciones Unidas para la Asistencia Técnica en la Adquisición de Productos y Servicios Relativos a la Salud Reproductiva, suscrito en Santiago el 6 y 25 de septiembre de 2017; cúmplase y publíquese copia de su texto en el Diario Oficial.

Anótese, tómese razón, regístrese y publíquese.- MICHELLE BACHELET JERIA, Presidenta de la República.- Heraldo Muñoz Valenzuela, Ministro de Relaciones Exteriores.- Carmen Castillo Taucher, Ministra de Salud. Lo que transcribo a Us. para su conocimiento.- José Miguel Cruz Sánchez, Embajador, Director General Administrativo.

ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE CHILE Y LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ASISTENCIA TÉCNICA EN LA ADQUISICIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS RELATIVOS A LA SALUD REPRODUCTIVA

El Gobierno de la República de Chile, en adelante el "Gobierno", y las Naciones Unidas, en adelante "UN", a los que se hace referencia de manera conjunta como las "Partes" e, individualmente, a cada uno de ellos como "Parte", acuerdan lo siguiente:

Considerando:

Que, el Acuerdo Básico Sobre Asistencia Técnica entre el Gobierno de la República de Chile, las Naciones Unidas y sus Agencias Especializadas, suscrito el 15 de enero de 1957 y publicado en el Diario Oficial de 24 de octubre de 1960, en adelante el "Acuerdo Básico sobre Asistencia Técnica", servirá de fundamento legal para la celebración e interpretación del presente Acuerdo.

Teniendo presente también, el Acuerdo de Asociado en la Implementación entre el Gobierno de Chile y las Naciones Unidas para la Implementación por parte del Ministerio de Salud de Chile de los Planes de Trabajo Financiados por el UNFPA 2015-2018 en virtud del Marco de Asistencia para el Desarrollo del Sistema de Naciones Unidas en Chile, suscrito con fechas 9 de noviembre de 2015 y 13 de septiembre de 2016, publicado en el Diario Oficial de 27 de diciembre de 2016.

Que, el Fondo de Población de las Naciones Unidas (en lo sucesivo y por sus siglas en inglés "UNFPA"), es un órgano subsidiario de UN, establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas según resolución 3019 (XXVII) de fecha 18 de diciembre de 1972.

Que, de conformidad con el Reglamento Financiero 2.2. T.i. y 15.3. de UNFPA establecido por su Consejo Ejecutivo, UN actuando a través de UNFPA puede desempeñar servicios de adquisiciones relacionados con el mandato de UNFPA a solicitud y en representación de terceras partes, incluyendo gobiernos (en lo sucesivo "Servicios de Adquisiciones").

Que, el Gobierno puede adquirir productos para salud reproductiva, población e insumos relacionados, así como servicios bajo los términos de este Acuerdo.

Que, las Partes reconocen las condiciones de servicios establecidas por UN actuando a través de UNFPA para la adquisición en representación y a solicitud de gobiernos y otros terceros, de productos y servicios relativos a la salud reproductiva, población u otros relacionados, y que entre otros estipulan, que cuando el Cliente deseara hacer uso de los servicios de adquisiciones, deberá establecer contratos de servicios de adquisición específicos utilizando el sistema de pedido electrónico en línea, disponible en <https://www.unfpaprourement.org/>.

Que, el presente mecanismo de cooperación técnica se fundamenta en los principios de equidad en el acceso, la aplicación de normas internacionales de calidad a los productos, la integración de los sistemas nacionales de distribución y la transparencia en la gestión de las compras de los productos.

Por lo cual, las Partes acuerdan lo siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO: Propósito y definiciones

UN, actuando a través de UNFPA, se compromete a asistir al Gobierno, a su solicitud, para la adquisición de productos y servicios de salud reproductiva, población u otros relacionados, de conformidad con lo dispuesto en los reglamentos y normas financieras del UNFPA, así como los términos y condiciones del presente Acuerdo. El Gobierno acepta las "Condiciones de Servicios", así como las condiciones que puedan ser modificadas, revisadas o actualizadas, y publicadas en <http://www.unfpa.org/resources/service-conditions>, o en otra dirección de internet que en lo eventual podría determinar UN (en lo sucesivo "las Condiciones de Servicios"). Las Partes acuerdan que al Artículo 15.1 de las "Condiciones de Servicios", respecto a "Indemnización", debe agregarse la siguiente frase final: "Queda entendido que la responsabilidad del Cliente no se considerará que incluye reclamaciones motivadas por actos u omisiones dolosas o gravemente culposas imputables a los expertos, agentes o funcionarios de UNFPA, de conformidad con el artículo 1.6 del Acuerdo Básico sobre Asistencia Técnica". Las Partes acuerdan que el Artículo 18 de las "Condiciones de Servicio" respecto a "Arreglo de Litigios" es suprimido enteramente y reemplazado por el siguiente: **"Cualquier disputa, controversia o reclamo entre las Partes derivado o relacionado al Contrato de Servicios de Adquisiciones se atenderá de acuerdo con las provisiones relevantes al Acuerdo Básico sobre de Asistencia Técnica."**³ Salvo que se disponga lo contrario en el presente Acuerdo, todas las definiciones contenidas en las "Condiciones de Servicios" serán también aplicadas a este Acuerdo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ejecución

La ejecución del presente Acuerdo por parte del Gobierno se encomienda al Ministerio de Salud, el cual podrá celebrar los respectivos contratos de servicios de adquisiciones, así como protocolos y otros acuerdos complementarios, en el ámbito de su competencia, a fin de implementarlo. Por la parte de UN, el UNFPA es encomendado con la ejecución de las actividades previstas en el presente Acuerdo sobre la base del Reglamento Financiero aprobado por la Junta Ejecutiva del UNFPA. Para todos los efectos, cada vez que en las "Condiciones de Servicios" se aluda al "cliente" se entenderá dicha referencia al Gobierno y cada vez que se aluda a las "Partes" se entenderá dicha referencia a UNFPA y al Gobierno.

ARTÍCULO TERCERO: Disposiciones generales

Cualquier notificación, solicitud o aprobación requerida o permitida que se tenga que conceder o realizar bajo el presente Acuerdo deberá hacerse por escrito entre las Partes. Las Partes declaran que ningún funcionario de UN ha recibido ni recibirá ningún beneficio, directo o indirecto, por parte del Gobierno a causa del presente Acuerdo que el incumplimiento de esta disposición se considerará como incumplimiento de una cláusula esencial del presente Acuerdo. Las Partes acuerdan que UNFPA y el Gobierno tendrán el estatus jurídico de contratista independiente con respecto el uno del otro. Ninguna disposición del presente Acuerdo será

³ El destacado es nuestro.

interpretada como el establecimiento de una relación de empleador y empleado o de jefe y agente entre las Partes, o entre UNFPA y Gobierno. El Gobierno no cederá o ejecutará ninguna disposición de este Acuerdo, o parte de él, ni de ninguno de los derechos, demandas u obligaciones estipulados en este Acuerdo, salvo previa autorización por escrito de UN. Los servicios suministrados bajo el presente Acuerdo, no son exclusivos. Ninguna disposición del presente Acuerdo se considerará como renuncia, ni expresa ni tácita, a las prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO CUARTO: Adquisiciones con UNFPA

Cualquier Servicio de adquisiciones ofrecido en virtud de este Acuerdo por UNFPA, se realizará de conformidad y sujeto a las "Condiciones de Servicios" aplicables y vigentes, las que forman parte integrante del presente Acuerdo, sujetos a las modificaciones que se indican en el Artículo Primero del presente Acuerdo. La Factura pro forma elaborada por UNFPA al Ministerio de Salud, junto con la confirmación de pedido del Ministerio de Salud y las Condiciones de Servicio, constituirán en cada caso el contrato entre UNFPA y el Ministerio de Salud para los Servicios de Adquisición (en lo sucesivo el "Contrato de Servicios de Adquisición").

[...]

7. ADQUISICIÓN DE SUMINISTROS Y SERVICIOS; SUMINISTROS DISPONIBLES EN EL INVENTARIO DEL UNFPA

7.1 Los Suministros y Servicios serán adquiridos por el UNFPA de conformidad con las regulaciones, reglas y procedimientos del UNFPA referentes a las adquisiciones. 7.2 Suministros y Servicios incluidos en el Catálogo serán adquiridos de conformidad y con sujeción a las descripciones y especificaciones indicadas en el Catálogo, a no ser que las Partes acuerden lo contrario en el Contrato de servicios de adquisición. Suministros y Servicios no incluidos en el Catálogo serán adquiridos de conformidad y con sujeción a las descripciones y especificaciones convenidas entre las Partes en el Contrato de servicios de adquisición. 7.3 El Cliente entiende que, de conformidad con su mandato, el UNFPA mantiene un inventario de suministros de salud reproductiva y otros productos relativos a la población. El UNFPA podrá cumplir con sus obligaciones establecidas en el Contrato de servicios de adquisición utilizando los suministros disponibles en su inventario.

[Volver al índice](#)

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
Subsecretaría de Justicia
Decreto exento número 78, de 2018.- Aprueba reforma de estatutos
de Alferazgo
del Santuario de Livilcar de la Virgen de Las Peñas
Diario Oficial: 19 de enero de 2017

Santiago, 12 de enero de 2018.- Hoy se decretó lo que sigue:
Núm. 78 exento.

Vistos:

Estos antecedentes, lo establecido en la cuarta disposición transitoria de la ley N° 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública; en el decreto supremo de Justicia N° 924, de 1981, sobre materias que serán suscritas por las autoridades que se indican con la fórmula "Por orden del Presidente de la República"; en la resolución de la Contraloría General de la República N° 1.600, de 2008; y lo informado por el Consejo de Defensa del Estado,

Decreto:

1.- Apruébanse las reformas que ha acordado introducir a sus estatutos la entidad denominada "Alferazgo del Santuario de Livilcar de la Virgen de Las Peñas", con domicilio en la Provincia de Arica, Región de Arica y Parinacota y personalidad jurídica concedida por decreto supremo de Justicia N° 2.000, de 11 de julio de 1963, en los términos que dan testimonio las escrituras públicas de fechas 17 de junio de 2010, 23 de febrero de 2012, 11 de julio de 2013, 1 de diciembre de 2014, 29 de junio de 2016 y 4 de julio de 2017, otorgadas ante los notarios públicos de Arica, don Armando Sánchez Risi, la primera, la segunda y la tercera, don Julio César Aguilar Fuentes, suplente del titular don Víctor Manuel Warner Sarria, la cuarta y don Rodrigo Fernando Lazcano Arriagada, la quinta y la última.

2.- Declárase que de conformidad a las reformas aprobadas por el presente decreto, la entidad se denominará en lo sucesivo "Alferazgo del Santuario de Livilcar Virgen de Las Peñas".

Anótese, comuníquese y publíquese.- Por orden de la Presidenta de la República, Jaime Campos Quiroga, Ministro de Justicia y Derechos Humanos. Lo que transcribo para su conocimiento.- Le saluda atentamente, Nicolás Mena Letelier, Subsecretario de Justicia.

[Volver al índice](#)

RESOLUCIONES

MINISTERIO DE SALUD

Resolución exenta número 61, de 2018.- Aprueba protocolo para la manifestación de objeción de conciencia personal y para la objeción de conciencia invocada por instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario

Diario Oficial: 27 de enero de 2017

(Resolución)

Núm. 61 exenta.- Santiago, 22 de enero de 2018.

Visto:

Lo dispuesto en el artículo 19, Nº 6 y Nº 9 inciso primero de la Constitución Política de la República; en el artículo 1º y en el artículo 4º, número 14, ambos del decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 2.763, de 1979, y de las leyes Nº 18.933 y Nº 18.469; en el artículo 119 ter del Código Sanitario, introducido por la ley Nº 21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales; en la ley Nº 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud; ley Nº 19.628 sobre protección de la vida privada; en la sentencia Rol 3729 - 2017 del Tribunal Constitucional; y en la resolución Nº 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, y

Considerando:

1. Que, al Ministerio de Salud le compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección, recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar las acciones.
2. Que, el artículo 119 ter del Código Sanitario señala que el médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa.
3. Que, el mismo artículo 119 ter, citado precedentemente establece que, del mismo derecho que se reconoce al médico cirujano, gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención.
4. Que, en lo pertinente al objeto de este acto, el mencionado artículo dispone además que el Ministerio de Salud dicte los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia; y que dichos protocolos deben asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con las disposiciones de la ley Nº 21.030.
5. Que, como consecuencia de lo prescrito en las disposiciones legales referidas en los numerales precedentes, la finalidad última del protocolo que por este acto se aprueba es asegurar la atención de las pacientes que requieran interrupción de su embarazo en alguna de las causales de interrupción voluntaria del embarazo cuya despenalización la Ley Nº 21.030 regula. Para este efecto, también por mandato legal, el protocolo que se aprueba debe contener reglas que permitan ejecutar la objeción de conciencia por quienes según el artículo 119 ter del Código Sanitario, tengan derecho a objetar en conciencia.

6. Que, la objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución⁴.

7. Que, el artículo 4 N° 14 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, establece para el Ministerio de Salud la función de: "Establecer, mediante resolución, protocolos de atención en salud. Para estos efectos, se entiende por protocolos de atención en salud las instrucciones sobre manejo operativo de problemas de salud determinados. Estos serán de carácter referencial, y sólo serán obligatorios, para el sector público y privado, en caso de que exista una causa sanitaria que lo amerite, lo que deberá constar en una resolución del Ministerio de Salud."

8. Que, en relación con lo anterior, la ejecución de la objeción de conciencia está íntima e indisolublemente ligada al manejo operativo de la interrupción voluntaria del embarazo, desde el momento en ésta incide en la integración del equipo de salud al tener ella la virtud de que el médico o integrante del equipo de salud que puedan objetar, se sustraigan legítimamente de concurrir a la intervención clínica.

9. Que, evidentemente el protocolo que por este acto se aprueba es de amplio espectro o alcance en su aplicación en el sector público y en el sector privado, pues se origina en el cumplimiento del mandato de una ley y es fundamental para la disponibilidad y acceso de la prestación sobre la cual se establece.

10. Que, por lo anteriormente señalado, dicto la siguiente:

Resolución:

1. Apruébase el documento denominado "Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia personal y para la objeción de conciencia invocada por instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario", cuyo texto se adjunta y forma parte integrante de la presente resolución, el que consta de 9 páginas, todas ellas visadas por el Subsecretario de Salud Pública.

2. Publíquese, por la Subsecretaría de Salud Pública, el texto íntegro de "Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia personal y para la objeción de conciencia invocada por instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario", y el de la presente resolución, en forma conjunta, en el sitio www.minsal.cl, a contar de la total tramitación de esta última.

3. Remítase, un ejemplar impreso de esta resolución y del "Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia personal y para la objeción de conciencia invocada por instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario" a los Servicios de Salud, a los Establecimientos de Salud de Carácter Experimental, a los Establecimientos de Autogestión en Red, a los establecimientos de salud pertenecientes o dependientes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública; y a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud del país.

4. Remítase por los Secretarios Regionales Ministeriales de Salud la presente resolución y el texto del protocolo que se aprueba a los establecimientos privados de salud ubicados en la región en la que respectivamente ejercen la autoridad sanitaria.

Anótese y publíquese.- Carmen Castillo Taucher, Ministra de Salud. Transcribo para su conocimiento resolución Ex. N° 61, de 22-01-2018.- Saluda atentamente a Ud., Jaime Burrows Oyarzún, Subsecretario de Salud Pública.

[Volver al índice](#)

⁴ El destacado es nuestro.

MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO

Extracto de resolución exenta número 4.509, de 2017.- Autoriza a Pontificia Universidad Católica de Valparaíso para realizar pesca de investigación

Diario Oficial: 13 de enero de 2017

(Extracto)

Por resolución exenta N° 4.509, de 29 de diciembre de 2017, de esta Subsecretaría, autorizase a la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso para efectuar una pesca de investigación de conformidad con el proyecto "Distribución, abundancia y características biológicas de peces demersales en las subáreas estadísticas 48.1 (parte norte) y 48.2, años 2018-2020".

El objetivo de la pesca de investigación, que por la presente resolución se autoriza, consiste en recopilar datos para estimar la composición de especies, abundancia, biomasa y composición de tamaño de las especies presentes en el área de estudio y recolección de muestras de trabajos complementarios.

La presente autorización será publicada de conformidad con lo establecido en el artículo N° 174 de la Ley General de Pesca y Acuicultura y será efectuada en la temporada de captura 2017-2018, desde el 6 de enero de 2017 hasta el 15 de marzo de 2018, ambas fechas inclusive, o hasta que se alcance el límite de captura que se señala a continuación, lo que ocurra primero.

Su zona de estudio corresponderá a la Subárea estadística 48.1, al norte de las islas Shetland del sur e isla Elefante y a la Subárea 48.2 en islas Orcadas del sur, ambas comprendidas en el ámbito de competencia de la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA).

Podrá participar en la presente pesca de investigación la nave PAM "Cabo de Hornos", realizando tareas de prospección, exploración y muestreo, pudiendo extraer 50 toneladas de los recursos indicados en la resolución extractada en cada una de las Subáreas.

La peticionaria designa como persona responsable de la presente pesca de investigación a don Alex Paz Becerra. El texto íntegro de la presente resolución se publicará en el sitio de dominio electrónico de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura.

Valparaíso, 29 de diciembre de 2017.- Paolo Trejo Carmona, Subsecretario de Pesca y Acuicultura (S).

[Volver al índice](#)

MINISTERIO DE HACIENDA
Extracto de circular número 63, de 2017.- Donaciones a la Conferencia Episcopal⁵
Diario Oficial: 5 de enero de 2017

Extracto de Circular del Servicio de Impuestos Internos N° 63, de fecha 29 de diciembre de 2017, referida al tratamiento tributario de las donaciones a que se refiere la ley N° 21.047, de 2017, efectuadas a la Conferencia Episcopal de Chile.

El texto íntegro de esta Circular está publicado en el sitio web del Servicio de Impuestos Internos (www.sii.cl) y, además, aparecerá en el Boletín del SII en diciembre, de 2017.

[Volver al índice](#)

CONCESIONES DE RADIODIFUSIÓN SONORA

Todas las resoluciones y decretos fueron dictados por la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

NORMA	MATERIA	CONCESIONARIO	PUBLICACIÓN
Decreto exento número 913, de 2017	Otórgase una concesión de radiodifusión comunitaria ciudadana, para la comuna de Puerto Montt, X Región	Iglesia Misionera Adonay ⁶ (RUT N° 65.022.922-3)	10 de enero de 2017

[Volver al índice](#)

⁵ El texto completo de la Circular en: http://www.sii.cl/normativa_legislacion/circulares/2017/circu63.pdf

⁶ Entidad constituida en octubre de 2009 en Puerto Montt. Entre sus propósitos se encuentran: “*Los propósitos de la organización son los siguientes: A. Difundir el Evangelio del Señor Jesucristo por todos los medios legítimamente aprobados por la Biblia, estableciendo para ello templos, institutos bíblicos, canales de televisión, librerías, casas editoras, radioemisoras, establecimientos de asistencia social y de beneficencia privada y acción social y, en general, por cualquier medio de difusión pública de ideas que no sean contrarias a la ley y la moral. B. Promover y desarrollar acciones de beneficencia privada y de solidaridad y acción social. C. Promover el culto religioso a Dios y la comunión cristiana entre los miembros a través de la enseñanza de la doctrina cristiana, con base en las Sagradas.*”
<http://anfitrion.cl/GobiernoTransparente/minjusticia6/NP/INFORMACION/2009/10/43073.html>

II. Proyectos de Ley en Trámite

SÍNTESIS DESCRIPTIVA PROYECTOS DE LEY:

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

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

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

LIBERTAD RELIGIOSA

Modifica la ley N° 20.584, que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, con el objeto de permitir la muerte digna o eutanasia

N° de Boletín: 11577-11

Fecha de Ingreso: miércoles 17 de enero de 2017

Cámara de origen: Cámara de Diputados

Iniciativa: Moción

Autor: Miguel Ángel Alvarado; Pepe Auth; Karol Cariola; Loreto Carvajal; Guillermo Ceroni; Cristina Girardi; Felipe Letelier; Daniel Melo; Vlado Mirosevic; Manuel Monsalve

Descripción: Tres artículos. Proyecto que tiene por objeto legislar sobre el derecho a una “muerte asistida” o “muerte digna”, entre otras denominaciones para referirse a la eutanasia, con el fin de modificar la ley que regula los derechos y deberes de los pacientes (Ley N°20.584), y llenar el vacío que en esta materia existe. Indica que, la ley no hace mención expresa a este “derecho”, sino que lo deja sujeto a limitaciones externas, ajenas a la persona. El proyecto considera la experiencia internacional en esta materia, tomando como referencia los recientes casos de muerte asistida en países como España y Colombia, y la aprobación en 2016 de la ley que legaliza la eutanasia en Canadá. Indica que “Chile no está ajeno a esta realidad médica habitual en los diversos recintos hospitalarios del país”, no obstante el tema aun no se ha debatido. Entre los argumentos para legislar a favor de la ley, expone el aumento de la esperanza de vida en el país, que conlleva el crecimiento de la población adulta mayor y la posibilidad de prevalencia de enfermedades crónicas o incapacitantes.

El proyecto se fundamenta en los derechos de libertad individual y autodeterminación resguardados por la Constitución, y en el “ejercicio de la libertad en conciencia de personas que se hayan en ciertas circunstancias”. Cita también la ley que da derecho al consentimiento informado, que incluye el someterse a tratamiento como

el derecho a retirarse del mismo (Ley N°20.584). El proyecto considera el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales médicos al respecto.

Urgencia: Sin Urgencia.

[Volver al índice](#)

**Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada
como mecanismo de reproducción asistida**

N° de Boletín: 11576-11

Fecha de Ingreso: miércoles 10 de enero de 2017

Cámara de origen: Cámara de Diputados

Iniciativa: Moción

Autor: Miguel Ángel Alvarado; Loreto Carvajal; Guillermo Ceroni; Daniella Cicardini; Daniel Farcas; Marcela Hernando; Vlado Mirosevic; Manuel Monsalve; Marco Antonio Núñez

Descripción: Veintitrés artículos. Proyecto que tiene por objeto “regular el derecho de las personas a optar como técnica o mecanismo de reproducción humana asistida, a la gestación por subrogación o gestación subrogada. En el contexto de enriquecer las formas en las que las personas escogen desarrollar y disfrutar de la familia y al mismo tiempo fomentar la natalidad” (Artículo 1°). El proyecto se fundamenta en los principios de “dignidad, libertad, solidaridad, igualdad ante la ley o de trato, el interés superior del hijo o hija o niños y niñas” resguardados en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile. Además se inspira en el principio de “altruismo y gratuidad” regulados en la Ley N°19.451 sobre trasplante y donación de órganos, así como en otros principios que el mismo proyecto elabora (por ejemplo: la efectividad y seguridad de la tecnología y procedimientos para la reproducción humana asistida; el resguardo a la salud y bienestar de las mujeres sometidas a estos tratamientos, entre otros).

Entre los argumentos que justifican el proyecto, se encuentran los datos estadísticos sobre la sociedad chilena en la actualidad (encuesta CASEN), encuesta INJUV, principalmente), particularmente aquellos que hacen referencia a la postergación de la maternidad, y a la diversificación en los tipos de familia. Esto último incluye la figura de la convivencia civil como una opción para la concepción y crianza de los hijos, ya sea por parejas hetero u homosexuales. También se fundamenta en las políticas llevadas a cabo en el país para el tratamiento de la infertilidad, desde 1992.

El proyecto busca regular la maternidad sobrogada con el fin de evitar “que se convierta en un negocio el encargo de una gestación, y se vulneren los derechos de las mujeres”, citando para ello la experiencia internacional al respecto. En síntesis, el proyecto incluye la idea de legislar, principalmente sobre:

- Derechos y obligaciones de los implicados,
- Regulación de casos excepcionales, como: malformaciones o enfermedades graves en el recién nacido, fallecimiento de alguno de los futuros padres o la gestante en el transcurso del embarazo, etc.,
- Forma del contrato,
- Filiación de las partes,
- Personas que pueden acogerse a la técnica o los modelos de familia posibles,

- Elección de la gestante,
- Compensación a la gestante.

Urgencia: Sin urgencia.

[Volver al índice](#)

Modifica la ley N° 17.798, Sobre Control de Armas, con el objeto de prohibir la fabricación y comercialización de globos de papel elevados mediante el uso de fuego

N° de Boletín: 11558-02

Fecha de Ingreso: miércoles 03 de enero de 2017

Cámara de origen: Cámara de Diputados

Iniciativa: Moción

Autor: Fidel Espinoza | Hugo Gutiérrez | Enrique Jaramillo

Descripción: Artículo único. Proyecto que tiene por objeto suprimir la fabricación y comercialización de los llamados “globos de deseos”, utilizados como elementos simbólicos para lanzar al aire durante ciertas ceremonias⁷, dada su alta peligrosidad como causantes de incendios. Se indica que dichos perjuicios han afectado principalmente las regiones de Tarapacá y Coquimbo, en el norte del país.

Se propone prohibir su fabricación y uso, modificando la Ley N°17.798 sobre Control de Armas y Explosivos.

Urgencia: Sin urgencia.

[Volver al índice](#)

⁷ En el Boletín Jurídico de Junio de 2017 (Año XII, N°8), se publicó una ordenanza de la Municipalidad de Pozo Almonte que prohibió el uso de “globos de los deseos” en la Fiesta religiosa de La Tirana. Ver: <http://derechoyreligion.uc.cl/es/docman/boletin-juridico/2017-1/1111-boletin-juridico-junio-2017/file>

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

MATRIMONIO Y DERECHO DE FAMILIA

Matrimonio

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo.	11422-07	Senado	Primer Trámite constitucional / Senado	Año XII n°11 Septiembre 2017
			Urgencia: Sin urgencia	
Modifica el Código Civil para eliminar el parentesco por afinidad una vez disuelto el matrimonio.	10637-07	Diputados	Primer trámite constitucional/ C. Diputados	Año IX n°7 Mayo 2016
			Urgencia: Sin urgencia.	

Derecho de Familia

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Modifica la ley N° 19.620, para permitir la adopción de menores por parte de los convivientes civiles.	11447-18	Diputados	Primer trámite constitucional / C. Diputados	Año XII n°11 Septiembre 2017
Modifica la ley N°19.968, que Crea los Tribunales de Familia, para dar rápida y efectiva tramitación a las denuncias de violencia intrafamiliar deducidas por terceros.	11213-18	Senado	Segundo trámite constitucional/C. Diputados	Año XII n°7 Mayo 2017
			Urgencia: Simple	

Derechos de la Infancia

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Crea la Defensoría de los Derechos de la niñez.	10584-07	Senado	Trámite en Tribunal Constitucional/Senado	Año XII n°7 Mayo 2017
Urgencia: Suma				
Sistema de garantías de los Derechos de la niñez.	10315-18	Diputados	Segundo Trámite Constitucional / Senado	Año X n°11 Septiembre 2015
Urgencia: Simple				
Otorga nuevas atribuciones al Ministerio de Desarrollo Social en materia de niñez y crea la Subsecretaría de la Niñez, dependiente del mismo ⁸ .	10314-06	Senado	Comisión Mixta por rechazo de modificaciones/ C. Diputados	Año XII n°9 Julio 2017
Urgencia: Suma				

DERECHO Y RELIGIÓN

A. Derecho a la Vida

Protección del recién nacido

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Establece medidas de protección a la lactancia materna y su ejercicio.	9303-11	Senado	Segundo trámite constitucional/ C. Diputados	Año IX n° 6 Abril 2014
Urgencia: Sin Urgencia				

⁸ Proyecto publicado el 29 de septiembre de 2015 y no reseñado en el Boletín Jurídico. El proyecto consta de un artículo permanente que se refiere a la modificación de la Ley N° 20.530 y, en especial, a la creación de la Subsecretaría de la Niñez (artículos 1°, 2°, 3°, 6°, 7°, 8°, 16° de la ley e intercala un Título III "Del Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez y del Consejo Nacional de los niños"). Establece, además, disposiciones transitorias para su efectiva implementación.

Modifica el Código Penal para aumentar la pena al delito de abandono de un recién nacido.	9643-18	Diputados	Primer trámite constitucional/ C. Diputados/ Comisión de la Familia y Adulto Mayor	Año X n°1 Octubre 2014
			Urgencia: Sin Urgencia	

B. Religiones y Creencias en el espacio público

Protección penal de la libertad religiosa

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Tipifica el delito de incitación a la violencia.	11424-17	Diputados	Primer trámite constitucional / C. Diputados	Año XII n°11 Septiembre 2017
Modifica el Código Penal, para incorporar el delito de incitación al odio o a la violencia contra personas que indica.	11331-07	Diputados	Primer trámite constitucional / C. Diputados	Año XII n°9 Julio 2017
Adecua la ley penal en materia de amnistía, indulto y prescripción de la acción penal y la pena a lo que dispone el derecho internacional respecto de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o de guerra.	9773-07	Senado	Primer trámite constitucional/Senado	Año X n° 3 Diciembre 2014
			Urgencia: Simple	
Equipara el tratamiento que el Estado y sus agentes, les deben a las distintas iglesias existentes en Chile y, resguarda la objeción de conciencia.	9563-07	Senado	Primer trámite constitucional/Senado	Año XI n°9 Julio 2016
			Urgencia: Sin Urgencia	

Modifica el artículo 19 N° 6 ° de la Constitución Política de la República para asegurar la igualdad de trato a las iglesias, culto y creencias religiosas y garantizar el derecho de objeción de conciencia.	9716-07	Senado	Primer trámite constitucional/Senado	Año XI n°9 Julio 2016
Urgencia: Sin Urgencia				
Introduce modificaciones en materia de libertad de religión y culto.	5074-07	Diputados	Primer trámite constitucional/Senado	Año XI n°9 Julio 2016
Urgencia: Sin Urgencia				

C. Igualdad y No Discriminación

Sexo, Raza y Religión

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Modifica la ley N°19.253, que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para otorgar al pueblo pewenche el reconocimiento como etnia indígena principal de Chile.	11352-17	Diputados	Primer trámite constitucional / C. Diputados	Año XII n°11 Septiembre 2017
Modifica la ley N°19.253, que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para otorgar al pueblo chango el reconocimiento como etnia indígena de Chile.	11335-17	Diputados	Segundo trámite constitucional / Senado	Año XII n°11 Septiembre 2017
Modifica diversos cuerpos legales con el objeto de establecer medidas en materia de educación y trabajo que garanticen la igualdad de género.	11181-18	Diputados	Primer trámite constitucional / C. Diputados	Año XII n°11 Septiembre 2017

Modifica el Código sanitario para incorporar y regular el uso medicinal de productos derivados de cannabis.	11327-11	Diputados	Primer trámite constitucional / C. Diputados	Año XII n°11 Septiembre 2017
Declara feriado el 24 de junio de cada año, Día Nacional de los Pueblos Indígenas.	11300-06	Diputados	Primer trámite constitucional / C. Diputados	Año XII n°9 Julio 2017
Modifica la ley N°18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, respecto de la prohibición de parentesco entre el alcalde y los concejales en caso de pertenecer a pueblos indígenas.	11242-06	Diputados	Primer trámite constitucional / C. Diputados	Año XII n°9 Julio 2017
Crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas ⁹ .	10526-06	Diputados	Segundo trámite constitucional/ Senado	Año XII n° 8 Julio 2017
			Urgencia: Simple	
Crea el Ministerio de los Pueblos Indígenas.	10687-06	Diputados	Segundo Trámite Constitucional/ Senado	Año XI n°7 Mayo 2016
			Urgencia Suma	
Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.	8924-07	Senado	Segundo trámite constitucional/ Diputados	Año VIII n°7 Mayo 2013
			Urgencia: Discusión inmediata.	

⁹ Proyecto de ley presentado el día 14 de enero de 2016 y no reseñado en el Boletín Jurídico. Consta de 21 artículos y 5 artículos transitorios. Según dispone el artículo 1 se crearán nueve Consejos de Pueblos Indígenas, los cuales se constituirán como corporaciones de Derecho Público de carácter autónomo, representativo, participativo y de consulta. A cada Consejo le corresponderá la representación de los intereses, necesidades y derechos colectivos del respectivo pueblo indígena, especialmente ante los órganos del Estado, constituyendo una instancia de participación en todos los ámbitos de la política pública, y en particular, respecto a los procesos de consulta y participación de los pueblos indígenas conforme a lo dispuesto en el Convenio N° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de la OIT. Para mayor detalle sobre el Proyecto y su tramitación pinchar en el número de boletín en la tabla.

Modifica Código del Trabajo, en materia de discriminación e igualdad de remuneraciones, de hombres y mujeres.	9322-13	Senado	Primer Trámite Constitucional/Senado.	Año IX n°6 Abril 2014
---	-------------------------	--------	---------------------------------------	--------------------------

D. Propiedad

Patrimonio Cultural

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Establece el derecho real de conservación.	5823-07	Diputados	Tercer trámite constitucional/Diputados Urgencia: Simple	Año III n°6 Abril 2008
Que deroga inciso final del numeral 24°, de Art. 19 de la Carta Fundamental y, asegura a todas las personas, el derecho al agua y a su acceso en cantidad y calidad suficientes, para satisfacer las necesidades individuales y colectivas.	9321-12	Senado	Primer trámite constitucional/Senado Urgencia: Sin urgencia	Año IX n°6 Abril 2014
Reforma el Código de Aguas.	7543-12	Diputados	Segundo Trámite Constitucional / Senado Urgencia: Sin urgencia	Año XII n°2 Noviembre 2016

E. Derecho de Información y Opinión

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Modifica ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, para exigir a los diarios electrónicos, el cumplimiento de las exigencias establecidas, para los medios de comunicación social.	9461-19	Diputados	Segundo trámite constitucional/Senado Urgencia: Sin Urgencia	Año IX n° 9 Julio 2014

Modifica la pena para la radiodifusión no autorizada.	10456-15	Senado	Primer trámite constitucional/Senado	Año XI n°3 Diciembre 2015
---	--------------------------	--------	--------------------------------------	------------------------------

Urgencia: Simple

F. Educación

Educación y su protección

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Crea el Sistema de Educación Pública y modifica diversos cuerpos legales.	10368-04	Diputados	Trámite de aprobación / C. Diputados	Año XI n°2 Noviembre 2015

Urgencia: Simple

G. Varios

NOMBRE DEL PROYECTO	N° BOLETÍN	CÁMARA DE ORIGEN	ESTADO DE TRAMITACIÓN	BOLETÍN JURÍDICO
Modifica Art. 2° de ley del Instituto Nacional de Derechos Humanos, con el objeto de definir los hechos constitutivos de violación de los derechos humanos.	9572-17	Senado	Primer trámite constitucional / Senado	Año XI n°8 Junio 2016
			Urgencia: Sin urgencia.	
Modifica la ley General de Urbanismo y Construcciones, con el objeto de especificar el tipo de infraestructura exenta de la obligación de contar con un permiso municipal.	10011-14	Diputados	Tercer trámite constitucional/ C. Diputados.	Año XI n°9 Julio 2016
			Urgencia: Sin urgencia	
Modifica Código Sanitario, con el objeto de exigir que normas destinadas al consumo humano del agua, consideren los estándares determinados por la Organización Mundial de la Salud.	9285-11	Diputados	Segundo trámite constitucional/ Senado	Año XI n°9 Julio 2016
			Urgencia: Sin urgencia	

[Volver al índice](#)

III. Documentos

A. “Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia personal y para la objeción de conciencia invocada por instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario” aprobado por el Ministerio de Salud



APRUEBA “PROTOCOLO PARA LA MANIFESTACIÓN DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA PERSONAL Y PARA LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA INVOCADA POR INSTITUCIONES EN EL MARCO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 119 TER DEL CÓDIGO SANITARIO”.

SANTIAGO, 22 ENE 2018

EXENTA Nº 61 /

VISTO, lo dispuesto en el artículo 19, Nº6 y Nº9 inciso primero de la Constitución Política de la República; en el artículo 1º y en el artículo 4º, número 14, ambos del Decreto con Fuerza de Ley Nº1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº2.763, de 1979, y de las leyes Nº18.933 y Nº18.469; en el artículo 119 ter del Código Sanitario, introducido por la Ley Nº21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales; en la Ley Nº20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud; Ley Nº19.628 sobre protección de la vida privada; en la sentencia Rol 3729 – 2017 del Tribunal Constitucional; y en la Resolución Nº1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República; y

CONSIDERANDO,

1. Que, al Ministerio de Salud le compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección, recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar las acciones.
2. Que, el artículo 119 ter del Código Sanitario señala que el médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa.
3. Que, el mismo artículo 119 ter, citado precedentemente establece que, del mismo derecho que se reconoce al médico cirujano, gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención.

4. Que, en lo pertinente al objeto de este acto, el mencionado artículo dispone además que el Ministerio de Salud dicte los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia; y que dichos protocolos deben asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con las disposiciones de la Ley N°21.030.
5. Que, como consecuencia de lo prescrito en las disposiciones legales referidas en los numerales precedentes, la finalidad última del protocolo que por este acto se aprueba es asegurar la atención de las pacientes que requieran interrupción de su embarazo en alguna de las causales de interrupción voluntaria del embarazo cuya despenalización la Ley N°21.030 regula. Para este efecto, también por mandato legal, el protocolo que se aprueba debe contener reglas que permitan ejecutar la objeción de conciencia por quienes según el artículo 119 ter del Código Sanitario, tengan derecho a objetar en conciencia.
6. Que, la objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución.
7. Que, el artículo 4 N°14 del DFL N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, establece para el Ministerio de Salud la función de: "Establecer, mediante resolución, protocolos de atención en salud. Para estos efectos, se entiende por protocolos de atención en salud las instrucciones sobre manejo operativo de problemas de salud determinados. Estos serán de carácter referencial, y sólo serán obligatorios, para el sector público y privado, en caso de que exista una causa sanitaria que lo amerite, lo que deberá constar en una resolución del Ministerio de Salud".
8. Que, en relación con lo anterior, la ejecución de la objeción de conciencia está íntima e indisolublemente ligada al manejo operativo de la interrupción voluntaria del embarazo, desde el momento en ésta incide en la integración del equipo de salud al tener ella la virtud de que el médico o integrante del equipo de salud que puedan objetar, se sustraigan legítimamente de concurrir a la intervención clínica.
9. Que, evidentemente el protocolo que por este acto se aprueba es de amplio espectro o alcance en su aplicación en el sector público y en el sector privado, pues se origina en el cumplimiento del mandato de una ley y es fundamental para la disponibilidad y acceso de la prestación sobre la cual se establece.
10. Que, por lo anteriormente señalado, dicto la siguiente:

RESOLUCIÓN

1. **APRUEBASE** el documento denominado "Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia personal y para la objeción de conciencia invocada por instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario", cuyo texto se adjunta y forma parte integrante de la presente resolución, el que consta de 9 páginas, todas ellas visadas por el Subsecretario de Salud Pública.
2. **PUBLÍQUESE**, por la Subsecretaría de Salud Pública, el texto íntegro de "Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia personal y para la objeción de conciencia invocada por instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario", y el de la presente resolución, en forma conjunta, en el sitio www.minsal.cl, a contar de la total tramitación de esta última.
3. **REMÍTASE**, un ejemplar impreso de esta resolución y del "Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia personal y para la objeción de conciencia invocada por instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario" a los Servicios de Salud, a los Establecimientos de Salud de Carácter Experimental, a los Establecimientos de Autogestión en Red, a los establecimientos de salud pertenecientes o dependientes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública; y a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud del país.
4. **REMÍTASE** por los Secretarios Regionales Ministeriales de Salud la presente resolución y el texto del protocolo que se aprueba a los establecimientos privados de salud ubicados en la región en la que respectivamente ejercen la autoridad sanitaria.

ANÓTESE Y PUBLÍQUESE



DISTRIBUCIÓN:

- Jefe de Gabinete Ministra de Salud
- Jefe de Gabinete Subsecretario de Salud Pública
- Jefe de Gabinete Subsecretaría de Redes Asistenciales
- Directores de Servicios de Salud del país
- Directores de Establecimientos de Autogestión en Red
- Directores de Establecimientos de Salud de Carácter Experimental
- Superintendente de Salud
- Intendente de Prestadores de Salud
- Secretarías Regionales Ministeriales de Salud del país
- Jefa de División de Prevención y Control de Enfermedades
- Jefa de División de Gestión de Redes Asistenciales
- Oficina de Bioética de la Subsecretaría de Salud Pública
- División Jurídica
- Oficina de Partes

Protocolo para la manifestación objeción de conciencia personal y para la objeción de conciencia invocada por instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario.

I. OBJETO Y FINALIDAD.

Este protocolo regula la ejecución de la objeción de conciencia, para asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción voluntaria de su embarazo en el marco de las causales que contempla el artículo 119 del Código Sanitario, esto es: cuando la mujer se encuentre en riesgo vital de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida; el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal; y cuando sea resultado de una violación, dentro de los plazos establecidos en el artículo 119 número 3 del Código Sanitario.

La objeción de conciencia es de carácter excepcional, por lo que, en cuanto al alcance de la misma, este protocolo se ciñe estrictamente a las disposiciones del artículo 119 ter del Código Sanitario, introducido por la Ley 21.030, única norma legal de nuestro ordenamiento jurídico que establece un procedimiento para objetar en conciencia y de cuyas disposiciones se desprende que implica el derecho de abstenerse de cumplir la obligación de atención que asiste al *"médico requerido para interrumpir el embarazo"* en alguna de las causales de interrupción voluntaria y al *"resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención"*.

II. OBLIGACIONES DEL ESTABLECIMIENTO DE SALUD.

1. OBLIGACIONES GENERALES

- a. El establecimiento de salud está obligado a asegurar atención médica oportuna a la mujer – adolescente o adulta– que se encuentren en algunas de las tres causales de interrupción voluntaria del embarazo previstas en el artículo 119 del Código Sanitario.
- b. El establecimiento de salud debe contar con al menos un equipo de salud disponible para realizar interrupción voluntaria del embarazo. Si, por una situación excepcional, el establecimiento no cuenta con personal que otorgue la atención solicitada, será responsable de asegurar la derivación inmediata de la paciente a otro establecimiento de salud para que el procedimiento le sea realizado de manera que el acceso a la atención y la calidad asistencial del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no sufran menoscabo. Sin embargo, esta circunstancia no libera al establecimiento de salud de su obligación de dar atención a la mujer en cualquiera de las tres causales de interrupción voluntaria del embarazo, para cuyo efecto, debe siempre procurar los medios para salir de la imposibilidad y quedar en condiciones de asignar o reasignar en forma inmediata otro profesional disponible para otorgar la prestación a la paciente, salvo lo dispuesto en el Punto IV de este Protocolo. Todo mayor costo que se produzca por la derivación o se derive de ésta será de cargo del establecimiento de salud.
- c. Establecer un procedimiento específico para la coordinación expedita y oportuna para la reasignación o derivación de las mujeres que solicitan interrupción voluntaria del embarazo, en caso que no cuente con facultativos que puedan entregar la prestación en su establecimiento. Para ello, adoptará todas las medidas que sean necesarias para que el ejercicio de la objeción de conciencia no afecte de modo alguno el acceso, la calidad y la oportunidad de la prestación médica de interrupción del embarazo.
- d. Difundir y capacitar a sus equipos tratantes, en el manejo del procedimiento de reasignación o derivación respectivo.

2. OBLIGACIONES RESPECTO DE LA PACIENTE.

- a. Si un médico cirujano o un integrante del equipo de salud, que sea objetor y lo haya manifestado previamente, en los términos establecidos por la ley y este protocolo, es requerido para realizar o intervenir en una interrupción voluntaria del embarazo, el establecimiento de salud tiene la responsabilidad de reasignar de inmediato otro médico cirujano o integrante del equipo de salud, igualmente calificado, que otorgue la prestación solicitada. Todo mayor costo que se produzca por la reasignación o se derive de ésta será de cargo del establecimiento de salud.
- b. De conformidad con lo dispuesto en la letra a) del inciso primero del artículo 8 de la Ley N° 20.584, el establecimiento de salud es responsable de arbitrar medidas que permitan a la paciente que manifieste su voluntad de interrumpir el embarazo en el marco de las causales de interrupción voluntaria del embarazo, sea informada sobre la calidad de objetor del médico cirujano que la atiende y de la del resto del personal de salud cuya intervención sea necesaria para realizar el procedimiento de interrupción. Esto, sin perjuicio de observar todas las disposiciones de la Ley N° 20.584 y en particular las de su Título II, sobre derechos de las personas en su atención de salud.
- c. Asimismo, en caso de que alguna de estas personas ejerza objeción de conciencia, el establecimiento de salud será responsable de informar a la paciente sobre la disponibilidad de reasignación de un médico o personal de salud que realice el procedimiento dentro del mismo recinto. Si fuera necesario derivar a la paciente a otro establecimiento de salud, se entregará a la paciente información suficiente, oportuna, veraz y comprensible sobre el procedimiento de derivación que va a efectuar.
- d. En el ejercicio de sus respectivas atribuciones legales o corporativas, el director del establecimiento de salud – o quien ejerza la función equivalente cualquiera sea su denominación –, arbitrará los medios necesarios para mantener personal disponible para la ejecución de esta prestación, en función de la demanda de la misma.
- e. En el caso de los establecimientos de salud que invoquen objeción de conciencia de conformidad con el Punto IV de este Protocolo, no obstante ella, deberán prestar atención en las situaciones a las que se refieren los literales b., c. y d. del Punto III N°3 de este Protocolo. Asimismo, la misma responsabilidad tendrá el establecimiento de salud que, no habiendo invocado la objeción de conciencia, coyunturalmente sólo disponga de médicos y demás personal de salud que sean objetores.

3. OBLIGACIONES RESPECTO DEL OBJETOR.

- a. No podrá discriminarse arbitrariamente a ninguna persona que, conforme a la ley, haya declarado su condición de objetor de conciencia. No se podrán hacer exigencias, imponer consecuencias negativas ni generar ninguna clase de incentivos que busquen el desistimiento o revocación de la manifestación.
- b. El establecimiento de salud es responsable de poner a disposición de los médicos cirujanos y del personal de salud que trabajen en él, en el área clínica pertinente, los medios e información sobre las condiciones, requisitos y procedimientos establecidos en la ley y en el presente protocolo para el ejercicio de la objeción de conciencia. Además, deberá poner a disposición de estas personas, el formulario a que se refiere el Punto III N°4 de este protocolo.
- c. El director del establecimiento de salud facilitará el ejercicio del derecho a objetar en conciencia, cuando así sea requerido, y dará a su presentación y firma del formulario, la expedición que el caso exige, salvo situaciones de fuerza mayor.



- d. El director del establecimiento debe proveer por escrito, a quien objete en conciencia, el contenido mínimo de la información que debe entregar a la mujer en estas circunstancias.
- e. Es deber del director del establecimiento respetar la libre manifestación de objeción de conciencia y de supervigilar el cumplimiento de los deberes de información del objetor respecto de la mujer – adolescente o adulta– que solicite de interrupción, incluida aquella que es necesaria para la reasignación o derivación inmediata.

4. OBLIGACIONES RESPECTO DEL NO OBJETOR.

- a. No podrá discriminarse arbitrariamente a ninguna persona que decida no objetar de conciencia. No se podrán hacer exigencias, imponer consecuencias negativas ni generar ninguna clase de incentivos que busquen obtener la declaración de objeción.
- b. El establecimiento de salud deberá tomar las medidas necesarias para que el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de médicos cirujanos y de personal de salud no tenga como consecuencia una sobrecarga de trabajo u otro tipo de perjuicios laborales para el personal no objetor.
- c. El establecimiento de salud que invoque objeción de conciencia, respetará a aquella persona que no manifestando objeción de conciencia personal, concurra a procedimientos de interrupción del embarazo en otros establecimientos de salud.

III. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA PERSONAL.

1. PERSONAS QUE PUEDEN MANIFESTAR OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

De acuerdo al artículo 119 ter del Código Sanitario, pueden manifestar objeción de conciencia:

- a. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el artículo 119 del Código Sanitario.
- b. El resto del personal que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención, a saber:
 - i. Los profesionales que contribuyen directamente al proceso de interrupción del embarazo: matrones, enfermeros, arsenaleros que deben prestar asistencia.
 - ii. Los técnicos de enfermería responsables de ejecutar un procedimiento directamente vinculado con la interrupción del embarazo al interior del pabellón quirúrgico.

El personal que ha manifestado objeción de conciencia y es requerido para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al director del establecimiento que la mujer solicitante debe ser reasignada o derivada; ello sin perjuicio de sus obligaciones de atención en los casos de las letras b., c. y d. del Punto III N°3 siguiente, cuando corresponda.

Serán considerados objetores sólo aquellas personas que manifiesten su objeción de conciencia en conformidad a lo establecido en el artículo 119 ter del Código Sanitario y en el presente protocolo.

2. REVOCACIÓN DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

- a. Quien haya manifestado objeción de conciencia podrá siempre dejarla sin efecto, manifestándose por escrito al director del establecimiento en el mismo documento en el que consignó su objeción u otro adherido al mismo.
- b. Quien siendo objetor de conciencia desee abandonar su calidad de tal, no estará impedido de realizar el procedimiento de interrupción o de desarrollar funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención por no haber revocado su manifestación, sin perjuicio de formalizar con posterioridad su revocación conforme al párrafo anterior.

3. CASOS EN QUE NO PROCEDE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

- a. La objeción de conciencia no se extiende a las funciones de gestión y dirección en el establecimiento de salud, cualquiera sea la denominación y rango de su ámbito de acción y responsabilidad en esos roles.

Cuando en un mismo individuo concurra la dualidad de función clínica y de dirección o gestión, la condición de objetor no puede en caso alguno interferir en el desempeño de su rol directivo ni en el cumplimiento de las responsabilidades que como tal tenga, y en lo pertinente a este protocolo, para asegurar el cumplimiento de la obligación de atención que se debe proporcionar a la mujer, en el marco de la Ley N° 21.030.

- b. El médico cirujano que haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo o de concurrir a la prestación de salud, cuando la mujer se encuentre en la causal del N°1 del artículo 119 del Código Sanitario, requiera atención médica inmediata e impostergradable y no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención.
- c. La objeción de conciencia no procede respecto de actos de información, diagnóstico, toma e informe de exámenes, derivación, así como tampoco respecto de los demás de preparación ni de los cuidados posteriores al procedimiento de interrupción del embarazo, sea que estos últimos se requieran regularmente en el procedimiento, o bien, su necesidad de entregarlos surja de complicaciones en la condición de salud de la mujer.
- d. Para el resto del personal del equipo de salud, la objeción de conciencia no procede respecto de los actos que, aun vinculados con la interrupción del embarazo, deban realizarse fuera del pabellón quirúrgico.

4. PROCEDIMIENTO PARA MANIFESTAR OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

- a. Para poder hacer efectiva la objeción de conciencia, ésta debe manifestarse por escrito ante el director del establecimiento de salud, en forma previa a la recepción de una solicitud de interrupción voluntaria del embarazo y no de manera sobreviniente o intempestiva, de modo de ofrecer a la dirección del establecimiento un tiempo adecuado para administrar el recurso humano.

- b. La manifestación de objeción de conciencia se hará en un formulario tipo, que el establecimiento de salud pondrá a disposición de quienes deseen manifestar su objeción, para cuyo efecto deberá ser firmado por el objetor y el director del establecimiento ante quien se presente, en dos ejemplares originales, quedando uno en poder del objetor y otro en el de la dirección del establecimiento de salud. El formulario debe ser llenado en letra imprenta y contener todos los datos de identificación del objetor, esto es:

- a. Nombre completo del objetor;
- b. Número de cédula de identidad o número de pasaporte del objetor;
- c. Indicación del título profesional o técnico, según corresponda;
- d. Cargo o función que desempeña el objetor;
- e. Identificación completa del establecimiento de salud. En el caso que el establecimiento de salud pertenezca al sector público, deberá indicar el Servicio de Salud cuya red asistencial integra;
- f. Fecha y hora de la manifestación de la objeción;
- g. Indicación de la o las causales de interrupción respecto de las cuales se objeta.
- h. Declaración sobre el conocimiento de la Ley N° 21.030.
- i. Nombre del director del establecimiento;
- j. Firmas del objetor y del director del establecimiento, las que deben corresponder a la de sus respectivas cédulas de identidad o pasaporte.
- k. Sello o timbre del establecimiento.

- c. Los documentos en los que conste la manifestación de objeción de conciencia, deberán ser conservados por la dirección del establecimiento en un mismo registro, foliado en orden correlativo según la fecha de ingreso. Se realizará un respaldo digital de las declaraciones recibidas y archivadas.
- d. Quien dé o haya dado a conocer su decisión de manifestar objeción de conciencia sin sujetarse a lo dispuesto en los literales precedentes, particularmente sin haberla hecho constar por escrito o manifestándola en forma sobrevenida a la intervención que se le solicite respecto de un caso de interrupción voluntaria, no será considerado objetor. En el evento de que el establecimiento no ponga a disposición del personal el formulario tipo, valdrá como objeción la manifestación escrita del objetor que contenga los elementos descritos precedentemente, en cuyo caso el director del establecimiento de salud no podrá negarse a firmarla.
- e. La persona que se encuentre entre quienes pueden manifestar objeción de conciencia y exprese su intención de hacerlo podrá solicitar una entrevista con un abogado del establecimiento de salud o también del Servicio de Salud, en el caso del sector público, a fin de aclarar dudas, particularmente sobre el contenido y alcances efectivos de la Ley N° 21.030 y del presente protocolo, de lo cual se dejará constancia en el formulario contenido en el Anexo de este protocolo.
- f. Cumplidos los requisitos y el procedimiento señalado precedentemente el director del establecimiento no podrá rechazar, denegar o desconocer la objeción de conciencia invocada.
- g. El establecimiento no podrá difundir la manifestación de objeción ni la condición de objetor o de no objetor de una persona, atendido su carácter de dato personal. Ello no obstará al necesario conocimiento que determinados funcionarios del mismo deban tener para la administración y gestión adecuadas del personal de salud para asegurar la atención de las solicitantes; así como tampoco obstará al conocimiento que se dé esas condiciones a la mujer –adolescente o adulta– que soliciten interrupción de su embarazo.

5. EFFECTOS DE LA MANIFESTACIÓN DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA.

- a. La manifestación de la objeción de conciencia se hará efectiva desde el momento en que el formulario establecido para ello se firme por el objetor y el director del establecimiento; siempre, en la medida en que contenga todos los datos y menciones indicadas en el Punto 4 precedente.
- b. La objeción de conciencia tendrá lugar sólo respecto las causales de interrupción expresamente indicadas en el formulario en que se haga la manifestación, es decir, puede manifestarse para una, dos o el total de las causales, señalando su numeral o contenido.
- c. La persona que manifieste su calidad de objetor de conciencia ante un empleador o establecimiento al que pertenezca, mantendrá dicha calidad ante todo otro empleador o establecimiento en que trabaje, sea este público o privado; en consecuencia, quien tenga la calidad de objetor en el sector público, la tendrá también en el sector privado, y así inversamente.
- d. Si la persona desempeña funciones en más de un establecimiento, ya sea, público, privado o de las instituciones de Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, debe presentar la declaración en cada uno de ellos.

6. OBLIGACIONES DEL OBJETOR DE CONCIENCIA.

- a. Prestar atención de salud oportuna, informando claramente y con antelación su condición de objetor para ejecutar interrupción voluntaria del embarazo, en caso de que se sospeche o confirme la concurrencia de alguna de las causales reguladas por la Ley.
- b. Entregar a la mujer que se encuentra en alguna de las tres causales descritas por el artículo 119 del Código Sanitario, en forma objetiva, el diagnóstico y la información mínima requerida en su situación, particularmente la dispuesta en el inciso décimo del artículo 119 del Código Sanitario y

aquella referida al proceso de reasignación o derivación que corresponda, además de toda otro antecedente indicado por el director del establecimiento de acuerdo al Punto 1.3.c.

- c. Conocer el proceso de reasignación o derivación fijado por el establecimiento al que pertenece.
- d. Asistir a la mujer en el proceso de reasignación o derivación, según corresponda y otorgar las prestaciones que aseguren las condiciones de salud de la solicitante. Se releva de estas obligaciones al objetor sólo cuando se dé inicio a la atención de la mujer por parte del personal a quien se le ha reasignado o derivado.
- e. Regularizar su decisión de revocar la objeción de conciencia para una o más causales, cuando haya concurrido a la ejecución de una interrupción voluntaria del embarazo habiendo objetado formalmente en forma previa.
- f. Prestar atención post intervención a las necesidades de salud que pueda experimentar la solicitante.
- g. Ejecutar las prestaciones necesarias cuando se presente riesgo vital, en cuyo caso no se admite la objeción de conciencia.

IV. OBJECION DE CONCIENCIA INVOCADA POR INSTITUCIONES.

1. Los establecimientos públicos de salud no pueden invocar objeción de conciencia.
2. Los establecimientos públicos de salud así como aquellos privados que se encuentren adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud mediante la celebración de convenios a los que se refiere el decreto con fuerza de ley N° 36 de 1980, del Ministerio de Salud, no pueden invocar objeción de conciencia, en la medida en que el objeto de dichos convenios contemple prestaciones de obstetricia y ginecología. En consecuencia, dicha objeción no afectará la vigencia, ni la posibilidad de suscribir los convenios que digan relación con otras prestaciones y/o tengan por efecto otras áreas de especialidad.
3. La manifestación de objeción de conciencia personal y la objeción de conciencia invocada por una institución son independientes una de la otra. En consecuencia, la segunda no supone la primera ni deviene en obligación para el médico ni para el personal del equipo de salud.

Los médicos y el personal que trabajen en una institución de salud que haya invocado objeción de conciencia tendrán plena libertad para no objetar o para manifestar individualmente dicha objeción de acuerdo a los términos del artículo 119 ter y de este protocolo.

En ningún caso, la invocación de objeción de conciencia por instituciones puede significar desmedro alguno de la libertad del personal de salud que individualmente manifieste su objeción de conciencia. En caso alguno la institución de salud objetora o sus directivos podrá exigir, presionar o establecer cualquier tipo de incentivos a su personal de salud para que manifieste objeción de conciencia. Asimismo, deberán respetar la decisión de quien no manifieste objeción, especialmente cuando en dicha calidad, concurra a procedimientos de interrupción del embarazo en otros establecimientos de salud.

4. Sin perjuicio de lo anterior, habiéndose formalizado la invocación de la objeción de conciencia por parte de una institución de salud, ésta puede exigir a su personal de salud que respete la decisión institucional de no ofrecer prestaciones de interrupción legal del embarazo dentro de sus instalaciones. Esta exigencia no puede extenderse a prestaciones de salud respecto de las cuales no existe derecho a invocar la objeción de conciencia, como son, entre otras, la entrega de información a que se refiere el artículo 119 del Código Sanitario, la realización de diagnósticos y la atención posterior a la interrupción del embarazo.

5. Si todos los médicos cirujanos y personal de un establecimiento de salud autorizado para objetar de conciencia lo hicieran, no se entenderá por ello que la institución invoca o debe invocar objeción de conciencia.
6. Para invocar objeción de conciencia, las instituciones de salud deberán enviar al Ministerio de Salud una comunicación que informe sobre la decisión de sus órganos competentes de invocar institucionalmente la objeción de conciencia. La Oficina a cargo de Bioética del ministerio de Salud, evaluará los antecedentes presentados.
7. La comunicación en que una institución invoque objeción de conciencia, indicará:
 - a. Nombre de la persona jurídica;
 - b. Certificado de vigencia de la persona jurídica;
 - c. Copia de los estatutos sociales;
 - d. Individualización de los miembros que componen su Directorio;
 - e. Copia autorizada del acta en que conste dicho acuerdo y de la documentación que acredite las facultades de quienes concurrieron en dicho acuerdo para celebrarlo;
 - f. Identificación de los establecimientos o sedes comprendidos en la objeción de conciencia, con indicación de sus domicilios;
 - g. Declaración de no tener convenio vigente en virtud del cual se adscriba al Sistema Nacional de Servicios de Salud, con objeto total o parcial para prestaciones del área de obstetricia y ginecología;
 - h. Indicación de la o las causales sobre las que invocan objeción de conciencia;
 - i. Indicación del fundamento de la negación de entrega prestaciones en base a creencias, valores, ideario; y la expresión de la relación concreta entre aquellos y sus estatutos;
 - j. Copia del protocolo de derivación inmediata para los casos de solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo que contenga las medidas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el inciso tercero del artículo 119 ter del Código Sanitario.
8. La objeción de conciencia invocada por una institución registrará desde que se dicte la resolución exenta que declare la completitud de los antecedentes presentados, o desde que hayan transcurrido 10 días hábiles contados desde la fecha de recepción de la comunicación al Ministerio de Salud; según lo que ocurra primero. La resolución será comunicada a la Intendencia de Prestadores de la Superintendencia de Salud.
9. El Ministerio de Salud podrá solicitar que se completen o aclaren los antecedentes señalados en el numeral precedente, para lo que la institución que ha invocado objeción tendrá un plazo de 5 días hábiles. Se entenderá suspendido el cómputo del plazo dispuesto en el Nº11 siguiente, de este Punto IV, hasta la recepción de los antecedentes o aclaraciones restantes.
10. Cumplidos los requisitos y el procedimiento señalado precedentemente no se podrá rechazar, denegar o desconocer la objeción de conciencia invocada por una institución.
11. Los establecimientos de salud privados que invoquen objeción de conciencia deben hacer declaración pública de la misma, darla a conocer en su sitio web institucional e informarla al público mediante avisos visibles en sus servicios clínicos de obstetricia, ginecología y de urgencia.
12. El Ministerio de Salud mantendrá en su sitio web información consolidada y actualizada disponible al público sobre los establecimientos de salud que hayan invocado objeción de conciencia.
13. La declaración de objeción de conciencia invocada por una institución podrá ser revocada en cualquier momento, por una o más causales, sin expresión de causa, lo que deberá ser comunicado al Ministerio de Salud.
14. El Ministerio de Salud mantendrá en su sitio web información consolidada y actualizada disponible al público sobre los establecimientos de salud que hayan invocado objeción de conciencia.

V. **DERECHOS DE LA MUJER RESPECTO DE LOS OBJETORES DE CONCIENCIA.**

1. Ser atendida en forma respetuosa, digna, oportuna y sin dilaciones en el marco de las causales dispuestas en la Ley N° 21.030.
2. Solicitar información de personal objetor o no objetor del establecimiento en el que se atiende en el marco de una de las circunstancias señaladas en el artículo 119 del código Sanitario.
3. Ser reasignada o derivada en forma simple y oportuna en caso de que quien la estuviere atendiendo hubiere manifestado debidamente en forma previa su objeción. O bien, a otro establecimiento, en caso de atenderse en un establecimiento que invoque la objeción institucional o, si circunstancialmente no se encontrare disponible personal para atenderla.

ANEXO.

DECLARACIÓN DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA INDIVIDUAL

Artículo 119 ter del Código Sanitario, introducido por la Ley N°21.030,
que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales

Esta Declaración de Objeción de Conciencia se enmarca en el derecho establecido en el artículo 119 ter del Código Sanitario, introducido por la Ley N°21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Tienen derecho a declarar su objeción de conciencia:

1. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo; y
2. El resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención

Identificación del objetor:

- i. Nombre completo:
- ii. Número de cédula de identidad o número de pasaporte:
- iii. Indicación del título profesional o técnico:
- iv. Cargo o función:
- v. Establecimiento de salud:
- vi. Servicio de Salud (si corresponde)

DECLARO:

1. Que conozco la Ley N°21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, a saber:

- a. La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida (Causal N°1 del artículo 119 del Código Sanitario).
- b. El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal (Causal N°2 del artículo 119 del Código Sanitario).
- c. Embarazo sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurridos los plazos dispuestos por la Ley (Causal N°3 del artículo 119 del Código Sanitario).

2. Que comprendo el contenido y alcance de la Ley; en particular, el derecho que me reconoce para declarar mi objeción de conciencia lo que permite que me abstenga realizar la interrupción voluntaria del embarazo requerida en la o las causales que posteriormente se detallan

3. Que comprendo las obligaciones que la presente declaración genera para con el establecimiento y la mujer que solicita interrupción voluntaria del embarazo al amparo de alguna de las causales mencionadas.

1) Que soy objetor en conciencia respecto de las siguientes causales de interrupción voluntaria que indico a continuación:

Firma de Objetor

Nombre, firma y sello de Director del
Establecimiento de Salud
Receptor de la Declaración

Ciudad: _____

Fecha de la Declaración: _____

Hora de la Declaración: _____

REVOCACIÓN:

Quien nuevamente suscribe este Formulario a continuación, con fecha _____ viene en revocar la presente declaración dada en el mismo para las causales N° en los siguientes términos:

Firma de Objetor que revoca declaración

Nombre, firma y sello de Director del
Establecimiento de Salud
Receptor de la Revocación

Ministerio de Salud República de Chile
(22 de enero de 2018)

[Volver al índice](#)

B. Proyecto de Ley presentado por la Cámara de Diputados que “Modifica la ley N° 20.584, que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, con el objeto de permitir la muerte digna o eutanasia”¹⁰

“Boletín N°11577-11

Valparaíso, enero de 2018

A la Honorable Cámara de Diputados;

I.- VISTOS.

Lo dispuesto en los artículos 1º, 19º Nsº 1, 4, 6 y 9, mas los arts. 63º y 65º de la Constitución Política de la República, más lo previsto en la ley N° 18.919 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y en el Reglamento de la H. Cámara de Diputados.

II.- CONSIDERANDO.

1º. Que, de diversas maneras es denominado este derecho, eutanasia, desde luego, también “muerte asistida”, “suicidio asistido”, “muerte digna”, “asesinato por compasión”. Pero un aspecto común de estas denominaciones es que ninguna de ellas reparó un instante en la percepción del paciente afectado, si el deseo de un paciente es el de poner término a su vida, en la cual ha debido enfrentar una cruenta enfermedad; más bien son denominaciones que provienen de la óptica de un juzgador ajeno, una persona probablemente sana que no ha debido colocarse en esta posición bastante extrema, pero que nos revela que hay un valor jurídico detrás digno de proteger una vez más y fundamental en todo Estado de Derecho, la libertad individual y la autodeterminación.

2º. En términos generales y desde la óptica etimológica, la palabra eutanasia significa “buena muerte” y este significado es el que queremos rescatar en esta moción, el de una muerte digna, una muerte sin dolor, luego de una vida con dolor o sufrimiento, ya que moralmente, el concepto de eutanasia no es un tema pacífico.

Desde una óptica médica la eutanasia es conceptualizada como el empleo o la abstención de procedimientos que permiten apresurar o causar la muerte de un enfermo incurable, con el fin de evitar su sufrimiento extremo.

La eutanasia admite clasificación según la forma de realizarse. Será activa o positiva y negativa o pasiva (por la acción que conlleva y pasiva o negativa por la omisión). En el primer caso, la eutanasia activa tiene lugar cuando existe un despliegue médico para producir la muerte de una persona, por ejemplo, al suministrar directamente al paciente algún tipo de droga o medicamento, también realizando procedimientos médicos que permitan causar la muerte, como una inyección letal, es decir, es un acto deliberado de personal médico de causar muerte sin sufrimiento del paciente.

Por otro lado, la eutanasia es pasiva o negativa tendrá lugar cuando la muerte se produce por la omisión de tratamientos, medicamentos, terapias o alimentos al paciente, es decir que, la muerte de paciente se producirá

¹⁰ Las citas del original han sido omitidas.

por la omisión intencional de personal médico, de las acciones médicas que permitían la prolongación artificial de la vida de paciente.

Cabe destacar que, desde la óptica médica existe una gran diferencia entre “matar” y “dejar morir”, porque media el consentimiento expreso y consiente del paciente en el segundo caso, se trata de una respuesta a los deseos del paciente; se aprecia en esta última situación que la eutanasia difiere de suicidio asistido porque la lleva a cabo un médico o personal médico, en tanto en el suicidio asistido, es la propia persona o paciente quien realiza las acciones que causan el resultado de muerte. En este sentido la expresión “muerte asistida” abarca tanto el concepto de la eutanasia (realización por parte de personal médico) como el de suicidio asistido (realización de paciente). No obstante, en la práctica los límites de cada situación no son tan claros, ya que, en la eutanasia o muerte digna, ya sea pasiva o activa, encontrar el “momento adecuado” para aplicarla es muy complejo, ya que no hay una frontera real entre “no intervenir y dejar morir de hecho” y “dejar morir en el momento aparentemente correcto”.

Es la eutanasia pasiva la que, probablemente, presenta más problemas éticos y jurídicos pues no resulta fácil establecer los límites entre lo lícito y lo ilícito y, por lo general, existe una confusión sobre lo que realmente es una omisión eutanásica y lo que únicamente significa la interrupción del tratamiento en determinadas situaciones.

3º. Que, anunciábamos que nuestra constitución política de la república consagra y protege como uno de sus más caros valores la libertad individual y la autodeterminación, lo hace por ejemplo en los arts. 1º, 19º Nsº 1, 4, 6 y 9. En la eutanasia, se trata de respetar la decisión de una persona, es decir, el derecho de una persona a decidir, quien en su sano juicio ha considerado está situación, se trata de respetar un buen morir y un bien morir, sin que influyan los pensamientos e ideales de las personas relacionadas, tampoco las consideraciones patrimoniales, ni sobre seguridad social.

4º. Que, en el último tiempo, han sido muchos los casos de pacientes que han optado por la eutanasia o muerte digna y puestos en la palestra por los medios de comunicación social, como en España y Colombia, por ejemplo. En efecto, en el año 2015 tuvo lugar en Colombia el primer caso de la eutanasia legal, practicada al Sr. Ovidio González quien sufrió durante los últimos cinco años de su vida un cáncer terminal que le estaba destruyendo el rostro y la boca y comprometía las funciones de sus órganos. Otro caso emblemático, es el caso la española Inmaculada Echeverría, quien optó por la eutanasia también, ella padecía de una distrofia muscular progresiva, lo que la hacía dependiente de un ventilador mecánico, al cual estuvo conectada por al menos 20 años, en el año 2006 solicitó ser sedada y desconectada del ventilador, falleciendo finalmente a los 51 años de edad.

A raíz de los múltiples casos, en el derecho comparado ya se le ha hecho frente a este dilema social. Así, en el año 2016 la eutanasia fue legalizada en Canadá, donde se consagró el derecho a la muerte digna para las personas que se vean afectadas graves e irremediamente por una condición médica que les cause un sufrimiento intolerable; también fue legalizado en el estado de California de los Estados Unidos de América, en ese país es legal también en el estado de Oregón, Washington, Montana y Vermont; también es una práctica legal en los Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Suiza, pero Chile no está ajeno a esta realidad médica habitual en los diversos recintos hospitalarios del país. No obstante, existir diversos países que han optado por regular este derecho, las leyes de cada país son diferentes y cada estado prevé requisitos y protocolos o practicas diversas.

5º. Que, en la actualidad, la Ley Nº 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, no establece expresamente este derecho, sino que lo sujeta a restricciones ajenas a la propia persona o paciente, limitándolo por factores externos, que se imponen, sin dejar

espacio a la disidencia, lo cual es claro de tenor de art. 16º de dicha ley, por ello que se penalizaba la muerte asistida médicamente.

6º. Por lo expuesto creemos que la eutanasia debería estar disponible para cualquier persona que sufriese una condición médica dolorosa e irremediable, lo cual incluye a aquellos pacientes con enfermedades terminales, como también pacientes aquejados por una enfermedad grave, pero que no es necesariamente terminal, sino que es incurable y no es previsible una cura en un corto o mediano plazo, también para aquellos pacientes que se encuentran próximos a morir o cuya muerte parece razonablemente previsible.

Creemos que, se precisa de un debate actualizado y de cara a la comunidad toda, en ambas cámaras, para dejar atrás la actual preceptiva restringida, donde prime el equilibrio entre la autonomía personal para los pacientes que decidan por la muerte asistida médicamente como su camino y la protección de los derechos y personas vulnerables por diversos motivos, como económicos, de salud mental, entre otros.

Este debate es oportuno por diversas razones, uno de ellos el aumento de la esperanza de vida de nuestro país, lo cual conlleva el crecimiento de la población adulta mayor, lo cual también podría aumentar la prevalencia de enfermedades crónicas o que causen incapacidad, siendo oportuno un debate sobre una muerte digna o sobre cómo será la calidad de muerte de la población, en buenas o malas condiciones.

Un proyecto de ley con este espíritu, pretende legislar sobre el ejercicio de la libertad en conciencia de personas que se hayan en ciertas circunstancias, podrá ser criticado por diversos sectores del quehacer nacional, desde las diversas religiones, concepciones políticas o morales, pero ello es normal y necesario, pero ese tipo de valores deben primar en el ámbito privado de las personas, pero en el ámbito de lo público, es deber de esta corporación legislar de manera general, común y en abstracto, previendo una regla que permita elegir un camino al paciente, una decisión consiente, racional, personal e individual.

7º. Que, debemos destacar que, el derecho al consentimiento libre e informado, consagrado en la Ley Nº 20.584, incluye el derecho a dar el consentimiento competente, desengañado y voluntario a someterse a un tratamiento como también el derecho a retirarse del mismo en todo o parte, es decir, que los pacientes, por razones de conciencia, deciden no recibir un tratamiento médico necesario para salvar sus vidas. Aun cuando, retirarse de un tratamiento pueda producirles la muerte y ello no debe constituir un delito por parte de personal médico que hubiera intervenido, con la autorización previa de paciente.

Finalmente debe también resguardarse el derecho a la **objeción de conciencia personal e individual**¹¹ que puedan tener algunos profesionales médicos a este respecto, y que deberán resolverse en cada momento garantizando, en cualquier caso, que se respeten al mismo tiempo los derechos de los pacientes y de estos médicos que se abstendrían de participar.

III. IDEAS MATRICES.

1.- Establecer en la presente moción que, la administración de fármacos letales no se considera suicidio ni asistencia al suicidio, sí muerte digna.

2.- Las drogas que se vayan a administrar por parte del personal médico, previa autorización del paciente, solo correrá para personas mayores de edad con residencia legal en el país, que sufran enfermedades terminales que

¹¹ *El destacado es nuestro.*

provocan dolor intenso o un sufrimiento significativo, que no pueden aliviarse o por una enfermedad incurable en un plazo de proyección de seis meses o cuya esperanza de vida sea inferior a seis meses.

3.- El paciente debe, conscientemente, solicitar la asistencia de la muerte, la cual deberá ser autorizada y supervisada por un médico especialista y un psiquiatra o psicólogo, pudiendo autoadministrarse la dosis de las sustancias letales o bien aplicarla el personal médico precitado.

4.- El médico debe informar al paciente acerca de su estado de salud y de su esperanza de vida. Además, un médico psiquiatra debe ser consultado sobre el caso y todos los procedimientos se deben informar a las autoridades sanitarias.

5.- Se establecerá un período de adaptación para todos los centros hospitalarios o de salud o clínicas de país de un año desde la entrada en vigencia de esta ley.

POR TODO LO ANTERIOR, es que los Diputados firmantes vienen en proponer a esta Honorable Cámara de Diputados el siguiente proyecto de ley.

PROYECTO DE LEY
QUE REGULA LA MUERTE DIGNA O EUTANASIA.

Artículo Primero: Agréguese a continuación del inciso quinto, del art.16º de la Ley Nº 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, el siguiente inciso nuevo:

Sin perjuicio de lo previsto en el inciso primero de esta norma, cuando se cumplan los requisitos siguientes, el paciente podrá solicitar al médico especialista tratante, con consulta y venía a un psiquiatra o psicólogo, tener una muerte digna, mediante la aplicación de sustancias intravenosas que le causen la muerte o mediante la renuncia al tratamiento médico que se le haya estado aplicando:

- a) El médico tratante debe informar al paciente acerca de su estado de salud y de su esperanza de vida. Además, un médico psiquiatra o un psicólogo deben ser consultados sobre el caso y en evento de solicitar el paciente una muerte digna, todos los procedimientos se deben informar a la autoridad sanitaria.
- b) La muerte digna se llevará a cabo mediante la aplicación de sustancias intravenosas, que se administrarán por parte del personal médico, mediante la autoadministración o mediante la renuncia a los tratamientos médicos que hasta la fecha se hayan estado aplicando al paciente y que en todo caso desencadenen directamente la muerte del paciente.
- c) Los pacientes que acepten la muerte digna deberán ser a la fecha de aplicación de ésta, mayores de edad, con residencia legal en el país, sufrir alguna enfermedad terminal que le provocan un dolor intenso o un sufrimiento significativo físico y/o psicológico y que no pueden aliviarse con las terapias y medicamentos disponibles de acuerdo al avance de la ciencia o por una enfermedad incurable en un plazo de proyección de seis meses o cuya esperanza de vida sea inferior a seis meses, contado desde la toma de decisión de paciente.
- d) El paciente debe, conscientemente, solicitar la asistencia de la muerte, la cual deberá ser autorizada por el médico especialista que lo trate del recinto donde se halle o del recinto público que le

corresponda al paciente y consentida por un médico psiquiatra o psicólogo de uno u otro recinto. Así mismo, el paciente deberá suscribir su aceptación de la forma prevenida en el art. 14º de esta ley.

La administración de fármacos letales en virtud de una muerte digna previamente consentida por el paciente, en conformidad al art. 14º de esta Ley, no se considerará suicidio ni asistencia al suicidio, sí muerte digna. En ningún caso se configurará respecto de personal médico interviniente el delito establecido en el art. 393 de Código Penal.

Artículo Segundo: Se establecerá un período de adaptación para todos los centros hospitalarios o de salud o clínicas de país de un año, contado desde la entrada en vigencia de esta ley. Para efectos de establecer los protocolos de aceptación, firma y su inclusión en la ficha clínica de paciente en relación al otorgamiento del consentimiento informado regulado en el art. 14º de la Ley Nº 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

Artículo Tercero: Deróguese el inc. tercero de art. 14º de la Ley Nº 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

DR. MIGUEL ÁNGEL ALVARADO RAMÍREZ
Honorable Diputado de la República, distrito Nº 9, IV Región de Coquimbo.”

Cámara de Diputados de Chile
https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12093&prmBL=11577-11
(17 de enero de 2017)

[Volver al índice](#)

C. Proyecto de Ley presentado por la Cámara de Diputados que “Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida”¹²

“Boletín N°11576-11

Valparaíso, diciembre de 2017;

I.- Vistos.

Lo dispuesto en los artículos 1°, 19º N°s 1, 2 y 9, 63º y 65º de nuestra Constitución Política de la República, más lo previsto en la ley N° 18.919 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y en el Reglamento de la H. Cámara de Diputados.

A la Honorable Cámara de Diputados sometemos la presente moción.

II.- Fundamentos:

1º.- La sociedad chilena está enfrentando una serie de cambios de diversa índole, como cambios demográficos, en la estructura de las familias, la creciente incorporación de las mujeres al mercado laboral y la adaptación a las consecuencias que todo ésto conlleva, como lo es la necesidad de compatibilizar los distintos roles que toman cada una de las personas tanto en la vida pública, como en la privada. Por otro lado, se han diversificado los tipos de familias, aumentando el número de hogares unipersonales y monoparentales y muchas parejas han optado por postergar la maternidad y paternidad o simplemente no tener hijos. Esta decisión junto al proceso de envejecimiento de la población en Chile trae consigo consecuencias en el empleo, en la necesidad de resolver como las políticas públicas se hacen cargo de la problemática que enfrenta la población adulta mayor, en términos de cuidados, mantención y tratamientos.

2º.- Los cambios reseñados han sido analizados en las diversas Encuestas de Caracterización Socioeconómica Nacional, CASEN, la cual es realizada por el Ministerio de Desarrollo Social desde el año 1990 con una periodicidad bianual o trianual con el objetivo de disponer de información relevante para conocer periódicamente la situación de los hogares y de la población, especialmente de aquellos en situación de pobreza y de aquellos grupos definidos como prioritarios por la política social, como lo son los pueblos indígenas, los adultos mayores, la diversidad sexual y, así evaluar el impacto de la política social y la distribución del gasto fiscal de los principales programas sociales.

Algunos de los temas relevantes a observar y regular, en atención a los datos proporcionados por la CASEN del año 2015, es el aumento de los hogares monoparentales y unipersonal, especialmente por adultos mayores que podrán comenzar a hacerlo porque, entre otras cosas, tendrán una mejor salud y mayor esperanza de vida, ya que, Chile es el país de América Latina con mayor esperanza de vida media, con un promedio de 80,5 años, y el segundo de todo el continente americano, sólo antecedido por Canadá (82,2 años), datos que también ha informado el estudio anual de la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre salud global, donde Chile es el único país de la región que supera los 80 años de esperanza de vida media.

3º.- Otros cambios estructurales que se han observado en la población chilena tienen que ver con la postergación de la maternidad y paternidad. Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas, en el año 1997 la edad promedio de las madres al nacimiento del primer hijo era de 22,7 años, mientras que según la encuesta CASEN del año 2015 esa edad excede los 30 años la media. Por otro lado, un análisis del INE rebela que el

¹² Las notas del original han sido omitidas.

promedio de hijos por mujer viene a la baja desde la década de los 60, cuando el nivel de fecundidad a inicios de la década de los sesenta mostraba un promedio levemente superior a 5 hijas e hijos por mujer, este promedio ha bajado sostenidamente en el último tiempo, en efecto en el año 2010 bajó a 1,92, en 2011 a 1,88, en 2012 a 1,84, en 2013 a 1,79. En 2014 la tasa de fecundidad presentó un aumento, alcanzando 1,85 hijas e hijos promedio por mujer. Este comportamiento oscilante de la tasa global de fecundidad en Chile se asemeja al de aquellos países cuya fecundidad está bajo el nivel de reemplazo.

Por otro lado, el número de hijos por mujer ha descendido desde la década de los noventa, así de 2,26 hijos por mujer en el año 1997, se bajó a 1,92 hijos en el año 2008 y según la encuesta CASEN 2015 se divide por rango etario de la mujer, el promedio de hijos nacidos vivos entre mujeres desde los 12 años de edad, revela que entre los 12 y 19 años de edad cada mujer tiene un promedio de 0,1 hijo, entre los 20 a 29 años las mujeres tienen un promedio de 0,7 hijos, entre los 30 a 39 años cada mujer tiene en promedio 1,7 hijos y entre los 40 y 49 años las mujeres tienen en promedio 2,3 hijos.

4º.- Las causas de estos fenómenos pueden ser variadas, como la expansión y desarrollo de la tecnología que permite controlar o planificar la reproducción o que los deseos y decisiones sobre la maternidad se desprenden o independizan de las necesidades de la futura vejez y de las relaciones de pareja; se pretende una vida de pareja íntimamente más satisfactoria que la desarrollada por los padres.

5º.- Con respecto a la estructura de las familias otro cambio significativo está relacionado con la vida en pareja y la creciente preferencia de convivir consensualmente en lugar de casarse. Dejando de ser el matrimonio la única institución socialmente aceptada para la concepción y la crianza de los hijos, dando paso incluso a figuras con reconocimiento legal como El Acuerdo de Unión Civil entre parejas heterosexuales y homosexuales, en conformidad a la Ley Nº 20.830, que crea el acuerdo de unión civil en Chile, a contar del año 2015.

6º.- Atendiendo a las demandas de la sociedad civil y la necesidad de contar con políticas públicas que consideren la diversidad de la población en Chile, otra materia importante que fue evaluada por la encuesta Casen del año 2015, fue el diagnóstico por temas y sectores, donde se evaluó la diversidad sexual, la encuesta incluyó materias para poder caracterizar a la población adulta (18 años o más) considerando aspectos de diversidad sexual. Arrojando como resultado que un 1,04% de la población se considera gays o lesbiana, otro 0,37% bisexuales y un 0,02% con otra orientación.

Por otro lado, según la VII encuesta nacional de la juventud en Chile, del año 2012, realizada entre jóvenes de 15 a 29 años, un 84,1% manifestó ser heterosexual, un 2,2% gays o lesbianas y un 1,1% de bisexuales. Comparándolas con encuestas similares realizadas en otros países, como en el Reino Unido, donde se realizó similar encuesta en el año 2015, entre personas de 16 años o más, informando que existen un 93,7% de heterosexuales, un 1,1% de gays o lesbianas; un 0,6% de bisexuales y un 0,4 de otra orientación.

Los cambios demográficos, como el aumento de la esperanza de vida y la disminución de la tasa de natalidad, suponen la necesidad de legislar en un futuro cercano de manera sensata y reflexiva, pero no sobre la marcha, de modo de estar preparados de enfrentar las consecuencias que estos cambios demográficos producirán, como las migraciones, la escasez de mano de obra, la necesidad de contar de cuidadores, la necesidad de mayores y mejores seguros de salud, de pensiones, la posibilidad de gestar hijos para las parejas homosexuales u homoafectivas, ya que sabemos que el gobierno de Su Excelencia la Presidenta de la República, la Presidenta Michelle Bachelet presentará a la brevedad el proyecto de ley sobre el matrimonio igualitario, iniciativa que además incluiría la adopción homoparental, estos son temas sobre los que debemos legislar; toda vez que, estos cambios, necesariamente han de influir en las futuras decisiones sobre políticas sociales y donde la regulación

del llamado “*vientre de alquiler*” o gestación subrogada, precisan de un marco legal, que será abordado en esta moción.

7º.- Considerando los factores brevemente reseñados la **maternidad por subrogación o subrogada**, más conocida como “*vientre de alquiler*” es un tema importante para esta legislatura, ya que más temprano que tarde debemos afrontar la regulación de esta nueva realidad social y establecer un marco regulatorio mínimo para evitar que haya un mercado, que se convierta en un negocio el encargo de una gestación y se vulneren los derechos de las mujeres, sobre todo considerando las recientes polémicas que se han generado en el mundo respecto de casos de personas que han recurrido al útero subrogado.

8º.- Cabe destacar que, esta técnica surgió exclusivamente para indicaciones médicas específicas de mujeres que nacieron sin útero por padecer una alteración congénita (como el Síndrome de Rokitansky) o mujeres que perdieron su útero por un accidente, como a causa de una infección o por un cáncer cervicouterino diagnosticado tardíamente, también para parejas del mismo sexo u homoafectivas, etc. En algunos casos se trata de pacientes que, pese a que no tienen su útero, sus ovarios y óvulos están completamente sanos y por ello pueden producir perfectamente embriones que podrían implantarse en el útero de otra mujer o bien pueden recibir la donación de las células respectivas o gametos. La búsqueda de soluciones médicas al problema de la infertilidad de hombres y mujeres es uno de los campos en donde se han presentado grandes avances científicos, siendo uno de ellos los tratamientos de reproducción asistida. La gestación por subrogación es una técnica de reproducción asistida, en que una mujer se ofrece a gestar el hijo de otra persona. Esto es lo que suscita la posibilidad de mercantilización del cuerpo femenino y la cosificación del bebé. El “*vientre de alquiler*” es legal únicamente en aquellos países en los que existe una ley que permite expresamente esta práctica reproductiva. Esta técnica se divide en, en tradicional y gestacional.

La primera se presenta cuando una mujer acepta quedar embarazada con la esperma de un hombre, y luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé fruto de ese procedimiento, se entiende que los padres del recién nacido son el hombre y su pareja. Por otra parte, la subrogación gestacional existe cuando la esperma de un hombre casado se integra con el ovocito o huevo de su esposa, y el embrión que resulta de dicho procedimiento se implanta posteriormente en el útero de otra mujer. Estas modalidades también se conocen con el nombre de subrogación parcial y subrogación total.

La gestación subrogada está regulada y permitida en algunos países del mundo, como por ejemplo, Estados Unidos, Rusia, Ucrania, Grecia, Georgia, Portugal y Canadá. En todos ellos esta modalidad reproductiva está permitida para extranjeros, en México está permitida solo para los nacionales y se prohíbe a los extranjeros acceder a ella, en el caso de Estados Unidos, está permitida la subrogación en algunos estados, estos son Nevada, California, Texas, Arkansas, Illinois, Virginia, Florida, New Hampshire, Delaware, Nueva Jersey, Tennessee, Utah y Washington, ya sea por una ley expresa o por la jurisprudencia de sus tribunales.

Además, cada uno de los países que permite la gestación subrogada tiene sus propias particularidades, como pueden ser permitir la gestación subrogada solo por incapacidad médica para gestar o permitirla solo en su modalidad altruista, generalmente la ley exige ciertas condiciones o requisitos para poder llevarla a cabo, incluyendo aspectos como qué personas pueden realizar la técnica, cómo se establece la filiación del menor y los derechos y obligaciones de los padres de intención o subrogantes y la mujer gestante.

Para las parejas homosexuales y los hombres solos existe legislación que les permite acceder a esta técnica de reproducción, como es el caso de la legislación canadiense y de algunos estados estadounidenses, los que permiten este método reproductivo para todos los modelos de familia independientemente de su condición sexual y estado civil. Sin embargo, este modelo de legislación si contiene exigencias basadas en el altruismo, junto a una serie de restricciones para la búsqueda de la gestante subrogada.

Según lo antedicho, elegir no legislar y hacer la vista gorda no es una opción para estos parlamentarios, ya que es perentorio proveer a la nación de un marco jurídico que ampare la filiación de ese niño o niña y a los padres genéticos ser reconocidos como padres del niño o niña.

99.- En paralelo los últimos años, a nivel internacional, se ha ido incorporando progresivamente el concepto de Salud Sexual y Reproductiva (SSR), desarrollado en un comienzo por la Organización Mundial de la Salud (OMS), aprobado en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo (1994) y ratificado progresivamente en sucesivas conferencias internacionales. La OMS., define salud sexual y reproductiva como una condición de bienestar físico, mental y social en los aspectos relativos al sistema reproductivo en todas las etapas de la vida. Implica que las personas puedan tener una vida sexual satisfactoria y segura, que tengan la capacidad de tener hijos, la libertad de decidir si quieren tenerlos, cuando y con qué frecuencia. En esta última condición está implícito el derecho de hombres y mujeres de estar informados y tener acceso a métodos de regulación de la fertilidad que sean seguros, eficaces, asequibles y aceptables y, también, el derecho a acceder a servicios de salud adecuados que permitan a la mujer llevar a término su embarazo y tener un parto de forma segura.

De acuerdo a los estándares de la OMS., la Infertilidad es considerada una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas y en mayores de 35 años, después de 6 meses de relaciones sexuales no protegidas.

Por ello, el estado de Chile desde el año 1992 asumió un rol vital en materia de tratamiento de la infertilidad o de alta complejidad, financiando a través de un convenio suscrito entre la Universidad de Chile, el Servicio de Salud Metropolitano Central y el Instituto de Investigaciones Materno- Infantil (IDIMI). En el año 2004 suscribió un convenio con los Servicios de Salud Valparaíso - San Antonio, Viña del Mar- Quillota, en Concepción y Talcahuano para incorporar las técnicas de Fertilización in vitro (FIV) Inyección Intracitoplasmática de espermios (ICSI) y Criopreservación de pronúcleos (PN) y Embriones.

En la actualidad el Ministerio de Salud elaboró la correspondiente Guía Clínica para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad, en el marco del Programa Nacional Salud de la Mujer del año 2015. Siguiendo a dicha guía, la atención integral de la salud sexual y reproductiva incluye el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al prevenir y resolver los problemas relacionados con la sexualidad y la reproducción. En este orden de ideas, resulta prudente regular aquellas situaciones en que por diversas razones médicas, de género o exististas se presta el útero por medio de un pago económico, siendo esta técnica conocida como "vientre de alquiler", y que ha provocado el desprestigio de la misma, ya que en materia de donaciones de órganos o tejidos humanos inmemorialmente se ha regido por el principio del altruismo, siendo una técnica muy valiosa porque permite que hombres y mujeres que no pueden concebir puedan tener hijos biológicos, gracias a la acción altruista de una amiga o familiar que esté dispuesta a llevar a ese bebé durante 9 meses.

La referida guía clínica en materia de Infertilidad ha demostrado que ésta es un problema de salud importante, observándose un aumento progresivo de su prevalencia, por diversos factores entre los que destaca la postergación del primer embarazo.

Un estudio realizado por el Instituto de Investigaciones Materno Infantil (IDIMI), concluye que la infertilidad en Chile afecta al 10,4% de las mujeres en edad fértil al año de matrimonio; y que a los 8 años de matrimonio permanece infértil el 4% de las parejas. Aplicando las tasas de prevalencia comunicadas en el estudio del IDIMI al total de mujeres chilenas en edad fértil (entre 15 y 44 años) que informa el INE en 2009 (3.957.257), se puede estimar que unas 411.554 mujeres, podrían presentar infertilidad y hasta 158.290 de ellas sufrirían una infertilidad de larga duración en su vida de pareja. Esto las puede llevar a solicitar servicios por infertilidad a lo

largo de sus 30 años de vida reproductiva, requiriendo de intervenciones terapéuticas de complejidad variable que deben ser implementadas en cantidad y calidad acorde a la demanda proyectada.

10º.- Sin perjuicio de lo anterior, en nuestro país no es posible para las personas que no pueden concebir y lo quieren, por las razones ya vistas, acudir a la técnica de fertilidad asistida en estudio-gestación subrogada, puesto que, la maternidad en Chile está definida por el vientre y el alumbramiento, es decir que, en Chile es madre quien da a luz a un niño o niña, ya que la maternidad genética no está considerada en nuestra legislación para determinar la filiación. La filiación entre madre e hijo o hija la determina el vientre. Por ello, en aquellos casos referidos, cuando no es posible a una persona concebir, por razones de salud o bien por su género, en caso de acudir a un útero subrogado quedarían en desamparo legal, ya que la filiación materna se fija por quien ha haya gestado al bebé y si ocurre el alumbramiento este bebé podría ser dado en adopción, pero las posibilidades que quien haya acudido al útero subrogado y aportado su material genético, pueda más tarde adoptar a ese bebé, es imposible.

11º.- Luego, los riesgos para las personas involucradas son plausibles, bien puede ocurrir que una mujer que está dispuesta a permitir en su útero la gestación de un nuevo ser mediante inseminación artificial o fecundación in vitro, de forma altruista e incluso compensando sus gastos y cuidando su salud, la madre biológica, no sería quien lleva en su útero las células preclivadas y permitirá la gestación, pero se corre el riesgo de que durante el embarazo la mujer altruista cambie de opinión y quiera conservar el bebé como su hijo una vez que nazca. Otra posibilidad de riesgo, es que el bebé desarrolle alguna enfermedad durante la gestación o tenga alguna enfermedad congénita y que los padres biológicos decidan no tenerlo y lo entreguen en adopción o que una vez nacido y entregado el bebé a sus padres genéticos, tiempo después la madre que prestara su útero acuda a tribunales para pedir se le devuelva a su hijo o hija, estando arrepentida de haberlo entregado.

En una situación normal sin que ocurran eventos como los recién descritos, también existen riesgos involucrados, son los riesgos propios a los que se ve expuesta cualquiera mujer embarazada y que podrían influir y cambiar el parecer de los involucrados.

En las situaciones descritas, sería necesario contar con una legislación de fondo sobre filiación y contratos que prevean y regulen aquellos casos como los descritos, contratos que resguardan legalmente a cada una de las partes y al bebé, por ello queremos regular esta materia y ofrecer garantías a las personas.

12º.- En términos generales, la filiación es la relación de parentesco que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. La filiación puede ser matrimonial y no matrimonial, también puede haber Filiación Adoptiva (Art.179º inc. 2º del Código Civil) y la Filiación del Hijo Concebido Mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Art.182º Código Civil); la única diferencia es la forma de adquirirla. El fundamento de toda filiación es el vínculo de sangre que existe entre el padre o madre y el hijo. Los efectos de la filiación son fundamentales en la vida de las personas, se trata del conjunto de derechos y obligaciones que derivan de la filiación y que comprenden los siguientes aspectos:

- La autoridad paterna.
- La patria potestad.
- El derecho de alimentos.
- Los derechos hereditarios.

La filiación materna, entre madre e hijo se basa en el embarazo y el parto, ambos hechos notorios, dotados de certeza e identidad, con respecto a la paternidad, cuando es matrimonial se aplica la “presunción de paternidad”, conforme a la cual el derecho presume que es el padre, el hombre casado con la madre, es decir,

cuando nace un hijo respecto de una mujer casada, se atribuye la paternidad a su marido, si este no está de acuerdo debe impugnar esa paternidad acreditándolo.

La filiación del Hijo Concebido Mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Art.182 Código Civil) se atribuye a la mujer y hombre que se han sometido a las técnicas de reproducción humana asistida, siendo ellos la madre y padre. Esta filiación no puede ser impugnada por ninguna acción judicial ni declarase otra distinta. Esta última norma sobre las técnicas de reproducción asistida, no contempla a la gestación subrogada de manera expresa y solo por interpretación se puede deducir que la mujer gestante no es quien tendrá el vínculo de filiación con el hijo o hija, sino las personas que aportaron su material genético y/o se han sometido a la técnica de gestación subrogada.

13º.- Por todo lo dicho, frente a los muchos cambios sociales constatados, la mejor solución y la más garantista es regular, no ignorar ni prohibir, puesto que, los cambios sociales implican necesariamente cambios en las leyes. Pues bien, la gestación subrogada es una forma alternativa de acceder a la paternidad o maternidad de aquellas personas que no tienen otra vía para lograrlo, precisamos como nación de una adecuada ley de gestación subrogada, que tenga en cuenta los derechos de la mujer gestante, de los padres de intención, quienes aportan su material genético y de los bebés nacidos por esta técnica acorde al interés superior del niño o niña nacidos; por ello una moción en esta materia debe incluir:

- Derechos y obligaciones de los implicados,
- Regulación de casos excepcionales, como: malformaciones o enfermedades graves en el recién nacido, fallecimiento de alguno de los futuros padres o la gestante en el transcurso del embarazo, etc.,
- Forma del contrato,
- Filiación de las partes,
- Personas que pueden acogerse a la técnica o los modelos de familia posibles,
- Elección de la gestante,
- Compensación a la gestante.

III.- Ideas Matrices:

Se pretende establecer un marco legal que regule:

- 1) Amplitud de los modelos de familia a los cuales se podría aplicar esta ley: parejas heterosexuales, del mismo sexo u homoafectivas, parejas unidas por matrimonio o por unión civil y personas solas.
- 2) Requisitos para poder acudir a este método o técnica de reproducción asistida: Debe acreditarse que se ha probado cualquier otro método o técnica de reproducción asistida, sin resultados.
- 3) El Carácter altruista. Será un sistema absolutamente altruista, solo procederá la compensación a la madre gestante, que se limitará a los gastos con respaldo o justificados o demostrados, derivados del embarazo, pero no existirá una especie de compensación salarial o compensación económica de tipo alguno. Por ende, la subrogación comercial estará prohibida, por lo que, la única razón para que una mujer se someta a este tratamiento es exclusivamente la solidaria, solo podrán reembolsarse los gastos derivados del embarazo.
- 4) La edad mínima para ser madre gestante se establece en 25 años, la misma que la ley establece para las adopciones. Asimismo, deberá tener menor de 45 años. También deberá poseer nacionalidad chilena, ser residente legal y no tener antecedentes penales. La mujer gestante, deberá acreditar características socio-económicas estables para garantizar las circunstancias de salud y seguridad adecuadas para afrontar la gestación y haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad.
- 5) No podrá ser mujer gestante por subrogación en más de dos oportunidades.

- 7) Se formula la opción de un “Registro de Gestación por Subrogación”, para conocer y proteger cada caso individual y velar por el cumplimiento de los requisitos de la normativa.
- 8) En caso de ser posible los padres de intención o genéticos, deben acudir a la gestación por subrogación aportando su propio material genético o recurrirá a la donación de gametos, para lo que formalizará un contrato específico sometiéndose a todas las exigencias de la ley, el material genético puede ser el de la madre gestante u otro.
- 9) Definiciones mínimas: Palabras de uso frecuente en esta ley, tales como: Progenitores subrogantes, la mujer gestante, etc.

POR TODO LO ANTERIOR, es que los Diputados firmantes vienen en proponer a esta Honorable Cámara de Diputados el siguiente proyecto de ley.

PROYECTO DE LEY SOBRE
GESTACIÓN SUBROGADA.
CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º. Objeto: La presente Ley tiene por objeto regular el derecho de las personas a optar como técnica o mecanismo de reproducción humana asistida, a la gestación por subrogación o gestación subrogada. En el contexto de enriquecer las formas en las que las personas escogen desarrollar y disfrutar de la familia y al mismo tiempo fomentar la natalidad.

Artículo 2º. Principios que inspiran esta ley: La presente ley se inspira en los principios de dignidad, libertad, solidaridad, igualdad ante la ley o de trato, el interés superior del hijo o hija o niños y niñas, definidos en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile; por el principio de altruismo y gratuidad regulado en el artículo 3º de la Ley Nº 19.451 que establece normas sobre trasplante y donación de órganos y, además por los siguientes principios:

- 1) Los beneficios de las tecnologías y procedimientos de la reproducción humana asistida y los descubrimientos relacionados, pueden ser efectivos y seguros para las personas, las familias y para la sociedad en general, tomando las medidas apropiadas de protección y promoción de la salud humana, la seguridad, la dignidad y de sus derechos en el uso de aquellos.
- 2) Se le debe dar la prioridad en todas las decisiones sobre el uso de estas tecnologías a la salud y el bienestar de los niños y niñas que vayan a nacer gracias a la aplicación de esta técnica de reproducción humana asistida.
- 3) Si bien todas las personas se ven afectadas por la aplicación de estas tecnologías, las mujeres más que los hombres se ven directa y significativamente afectadas por su aplicación. Por ello la salud y el bienestar de las mujeres deben ser protegidos en la aplicación de estas técnicas y tecnologías de reproducción humana asistida.
- 4) El principio del consentimiento libre e informado debe ser promovido y aplicado como condición fundamental del uso de tecnologías en la reproducción humana asistida. Para ello los profesionales tratantes están obligados a proporcionar información completa y comprensible de manera verbal y por escrito. Se aplicará además lo prevenido en el art. 14º de la Ley Nº 20.584 que Regula los Derechos y Deberes que Tienen las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud.
- 5) Las personas que pretenden someterse a procedimientos de reproducción humana asistida no deben ser discriminadas, ni siquiera en razón de su orientación sexual o género, ni su condición de matrimonio o de unión civil.

- 6) Se prohíbe el comercio con las capacidades reproductivas de las mujeres y los hombres y, la explotación de los niños y niñas nacidos en virtud de estas técnicas de reproducción humana asistida, de las mujeres y de los hombres con fines comerciales, porque genera graves problemas sanitarios y éticos que justifican su prohibición.
- 7) La individualidad, diversidad y la integridad del genoma humano debe ser preservada y protegida y no debe ser comercializada ni hacer propaganda o publicidad con ellos.
- 8) La recopilación, almacenamiento, tratamiento y difusión de la información de las personas que acceden usar o someterse a los procedimientos de reproducción humana asistida de esta ley o ser donantes de las células requeridas o gametos, se ajustará a las disposiciones de la ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, considerándola como datos sensibles y no podrán facilitarse ni divulgarse informaciones que permitan identificar al donante. Asimismo, el donante ni sus familiares podrán conocer la identidad del o de los progenitores subrogantes, ni ellos o sus familiares la identidad del donante y, en general, queda prohibida cualquier difusión de información que pueda relacionar directamente la donación de gametos con el ulterior proceso de gestación.

Artículo 3º. Definiciones de palabras de uso frecuente en esta ley: Para los efectos de esta Ley se entiende por:

- 1) Contrato de gestación por subrogación. Documento público por el que una persona o una pareja, formada por individuos de igual o diferente sexo, y una mujer, acuerdan que esta será la gestante por subrogación, en los términos establecidos en esta Ley.
- 2) Donante: La persona mayor de edad, de cuyo organismo se obtiene, mediando su consentimiento libre e informado, el material reproductivo humano o gametos, debiendo suscribir un acta de aceptación para la gestación de los hijos o hijas de los progenitores subrogantes.
- 3) Embrión: organismo humano, producto de la división del cigoto durante los primeros 56 días de su desarrollo u ocho semanas, después de la fertilización, excluyendo cualquier momento durante el cual su desarrollo haya sido suspendido.
- 4) Fecundación in vitro (FIV): Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que involucra fecundación extracorpórea.
- 5) Gestación Subrogada o por subrogación: Es la gestación que se lleva a cabo cuando una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo, hija o hijos de otra persona o personas, llamados los progenitores subrogantes.
- 6) Infertilidad: Enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas y en mayores de 35 años, después de 6 meses de relaciones sexuales no protegidas.
- 7) Inseminación artificial (IA) consiste en el depósito instrumental de semen del esposo marido/pareja civil o de un donante, procesado en el laboratorio para mejorar su calidad, en el aparato genital femenino con el fin de conseguir una gestación. Esta puede ser vaginal, cervical o intrauterina.
- 8) Mujer gestante por subrogación o subrogada: Es la mujer mayor de 25 años de edad que, pudiendo aportar material genético propio o no, acepta, mediante un contrato de gestación subrogada, someterse a técnicas de reproducción asistida con el fin de dar a luz al hijo, hija o hijos del progenitor o progenitores subrogantes, sin que, en ningún momento, se establezca vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño, niña o niños que pudieran nacer. Los gametos pueden originarse de los progenitores subrogantes previstos y/o de terceros.
- 9) Progenitor o progenitores subrogantes. La persona o personas mayores de 25 años de edad que, acceden a la paternidad o a la maternidad mediante la gestación por subrogación, pudiendo aportar su propio material genético o aceptar una donación.
- 10) Técnicas de Reproducción Asistida (TRA): Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a la fecundación in vitro (FIV) y la transferencia embrionaria

(TE), la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos o embriones, y el útero subrogado. Las técnicas de reproducción humana asistida, para efectos de esta ley, comprenderán a la inseminación artificial.

Artículo 4º.- Requisitos de la gestación por subrogación.

1) La gestación por subrogación se realizará solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no suponga riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer gestante o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica.

Ninguna persona podrá hacer uso de material reproductivo humano con el propósito de crear un embrión a menos que el donante del material haya dado su consentimiento por escrito.

Tratándose del material reproductivo humano del cuerpo de un donante cadavérico, ninguna persona podrá retirar dicho material con el propósito de crear un embrión, a menos que el donante del material haya dado su consentimiento por escrito en vida.

2) El progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con las otras técnicas de reproducción humana asistida que no sean la gestación por subrogación.

3) La mujer gestante por subrogación no podrá tener vínculo de consanguinidad con el o los progenitores subrogantes.

4) La utilización de las técnicas de reproducción asistida para la gestación por subrogación se llevarán a cabo, en los centros habilitados a tal fin, en conformidad a la ley.

Artículo 5º.- Prohibiciones. Ninguna persona podrá:

1) Crear un clon humano mediante cualquier técnica, o trasplantar un clon humano en un ser humano o en cualquier forma de vida no humana o dispositivo artificial;

2) Crear embriones in vitro para cualquier propósito distinto de gestar un ser humano mediante las técnicas de reproducción humana asistida.

3) Crear un embrión a partir de una célula o parte de una célula tomada de un embrión o un feto o trasplantar un embrión así creado en un ser humano.

4) Mantener un embrión fuera del cuerpo de una mujer después del decimocuarto día de su desarrollo después de la fertilización o fecundación, excluyendo cualquier momento durante el cual se haya suspendido su desarrollo.

5) Con la finalidad de crear un ser humano, prescribir o administrar cualquier medicamento u otro elemento que asegure o incremente la probabilidad de que un embrión sea de un sexo en particular o que identifique el sexo de un embrión in vitro.

6) Alterar el genoma de una célula de un ser humano o de un embrión in vitro de modo que la alteración sea capaz de transmitirse a los descendientes.

7) Trasplantar esperma, óvulo, embrión o feto de una forma de vida no humana en un ser humano o viceversa o usar cualquier material reproductivo humano o un embrión in vitro que ha sido trasplantado a cualquier forma de vida no humana.

8) Crear un híbrido con finalidad de reproducción o trasplantar un híbrido a un ser humano u otra forma de vida no humana.

9) Inducir a una mujer a ser mujer gestante, o condicionar recibir cualquier tratamiento médico o procedimiento a ser mujer gestante.

10) Pagar por la subrogación: Ninguna persona podrá ofrecerse a pagar a cualquiera mujer para que actúe como mujer gestante o publicitar, promocionar o anunciar que será pagada.

- 11) Actuar de intermediario: Ninguna persona podrá arreglar, acercar, intermediar u ofrecerse para arreglar, acercar o intermediar, los servicios de una mujer gestante o anunciar, publicitar o promocionar la disposición de tales servicios.
- 12) Pagar a intermediario: Ninguna persona deberá pagar a otra persona para arreglar, acercar o intermediar los servicios de una mujer gestante, ni ofrecer pagar una contraprestación o anunciar, promocionar o publicitar el pago de contraprestación.
- 13) Comprar o vender gametos: Ninguna persona podrá comprar ni vender gametos o anunciar o promocionar o publicitar la compra y/o venta de esperma u óvulos de una persona o de un donante o de una persona que actué a nombre de un donante.
- 14) Comprar o vender embriones: Ninguna persona podrá comprar u ofrecer comprar embrión (s) in vitro. Tampoco se podrá vender, ofrecer vender, publicitar, promocionar o anunciar la venta de embrión (s) in vitro.
- 15) Comprar o vender material reproductivo humano.

Artículo 6º.- Naturaleza Altruista:

- 1) La gestación por subrogación no tendrá carácter lucrativo o comercial para ninguna de las partes involucradas, sin perjuicio de la compensación a que la mujer gestante tiene derecho, para reembolsarle los gastos derivados del embarazo, que se limitará a los gastos justificados o demostrados derivados del embarazo. La compensación económica será de cargo de los progenitores subrogantes.
- 2) Ninguna persona podrá, excepto de conformidad con el reglamento de esta ley, reembolsar a cualquier persona los gastos ocasionados por el mantenimiento o el transporte de un embrión in vitro.
- 3) La compensación económica sólo podrá comprender:
 - a) Los gastos derivados de las molestias físicas, los tratamientos, medicamentos o vitaminas que necesite durante el proceso, el embarazo y el post parto; la ropa prenatal o premamá; los gastos de desplazamiento, los gastos laborales y el lucro cesante inherente a la gestación.
 - b) Proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el post-parto.
- 3) La mujer gestante será beneficiaria de un seguro, que deberán tomar a su cargo el progenitor o los progenitores subrogantes, que cubra las contingencias que puedan derivarse como consecuencia de la aplicación de la técnica de reproducción asistida y posterior gestación, y en especial, en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas.

CAPÍTULO II. PARTES INTERVINIENTES Y CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

Artículo 7º.- Derechos de la mujer gestante:

- 1) Toda mujer que cumpla los requisitos previstos en el Nº 8 del artículo 3º y artículos 4º y 5º de esta ley, podrá gestar, mediante un contrato de gestación por subrogación, con el fin de dar a luz al hijo o hija o hijos del progenitor o progenitores subrogantes. Pudiendo o no aportar sus propios óvulos.
- 2) Las disposiciones de la presente ley no modifican, ni derogan los derechos que a la mujer le reconoce la legislación vigente.
- 3) El número de embriones por transferir a la mujer gestante, será de un máximo de dos, para salvaguardar la salud de los futuros hijos y de la gestante.

Artículo 8º.- La mujer que quiera ser gestante por subrogación deberá cumplir los siguientes requisitos, con una antelación máxima de dos meses a la celebración del contrato de gestación por subrogación.

- 1) Ser mayor de 25 años de edad y menor de 45 y cumplir con las exigencias que determine un reglamento, sobre las condiciones de salud, psicológicas y económicas adecuadas y no tener antecedentes de uso de drogas o alcohol.
- 2) Ser plenamente capaz.
- 3) Haber gestado, al menos, un hijo con anterioridad.
- 4) Disponer de una situación socioeconómica y familiar, adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad.
- 5) Poseer la nacionalidad chilena o tener residencia legal en el país.
- 6) No tener antecedentes penales ni antecedentes de violencia intrafamiliar.
- 7) No haber sido mujer gestante por subrogación en más de dos ocasiones.
- 8) Informar todo cambio de domicilio y cualquier otro cambio de circunstancias a los interesados o a la autoridad que corresponda.

Artículo 9º.- 3. La mujer que quiera ser gestante por subrogación estará obligada a:

- 1) Someterse a las evaluaciones psicológicas y médicas necesarias para garantizar el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta ley y su reglamento.
- 2) Proporcionar todo su historial médico, así como la información económica y personal necesaria para la acreditación de los requisitos legales.
- 3) Los interesados o la autoridad que corresponda deberán velar porque la mujer cumpla con la realización y aprobación de los exámenes que determine el reglamento.
- 4) El incumplimiento de las exigencias de los artículos 8º y 9º de esta ley dará lugar a la imposibilidad de gestar por subrogación.

Artículo 10º.- El progenitor o progenitores subrogantes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

- 1) Haber agotado o ser incompatible con otras técnicas de reproducción humana asistida.
- 2) Ser mayor de 25 años de edad y menor de 50 años y cumplir con las exigencias que determine un reglamento sobre las condiciones de salud, psicológicas, de habilidades adecuadas para ejercer la responsabilidad parental asociada a la familia que pretende constituir, de las condiciones económicas adecuadas y no tener antecedentes de uso de drogas o alcohol.
- 3) Poseer la nacionalidad chilena o tener residencia legal en el país.
- 4) En el caso de parejas, deberán estar unidas por el vínculo matrimonial o un acuerdo de unión civil.

Artículo 11º.- Contrato de gestación por subrogación.

- 1) La mujer que decida ser gestante por subrogación y la persona o personas que pretendan ser progenitor o progenitores subrogantes deberán otorgar ante Notario Público y mediante escritura pública en al menos 4 copias, con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, el contrato de gestación por subrogación, redactado con sujeción a la presente Ley y a su reglamento. Este contrato deberá ser accesible y comprensible, tanto para la mujer gestante como para los progenitores subrogantes.
- 2) El contrato de gestación por subrogación contendrá, a lo menos las siguientes cláusulas:
 - a) Identidad de las partes intervinientes.
 - b) Consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes.
 - c) Los conceptos por los cuales la mujer percibirá una compensación económica, conforme a lo establecido en el número 2, del artículo 6º de la presente Ley, la forma y modo de percepción de la misma; no pudiendo pactar un pago parcelado dentro de un periodo que exceda a la celebración del contrato de gestación por subrogación y el parto.

- d) Técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán. Si alguna de las partes donará su propio material genético o no y eventuales donantes.
- e) Información sobre el seguro al que hace referencia el número 3, del artículo 4º de la presente Ley. Al contrato se deberá anexar de manera obligatoria y como requisito de validez la póliza o certificado expedido por la compañía de seguros donde se hubiera contratado el mismo.
- f) Forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y el hospital o clínica donde tendrá lugar el parto.
- h) Las circunstancias en las que el o los progenitores subrogantes se harán cargo del hijo o hija o hijos nacidos o no, inmediatamente después del parto.

Artículo 12º.- El contrato válidamente celebrado en los términos de esta Ley, será acompañado a la solicitud de inscripción de nacimiento del hijo o hija o hijos.

Artículo 13º.- El reglamento de esta ley, podría establecer el modelo de contrato de gestación por subrogación.

Artículo 14º.- No está permitida la celebración de contratos de gestación por subrogación cuando exista una relación de subordinación económica, de naturaleza laboral o de prestación de servicios entre las partes implicadas.

CAPITULO III. FECUNDACIÓN, PARTO Y FILIACIÓN

Artículo 15º.- Transferencia embrionaria: Una vez celebrado el contrato regulado en los artículos anteriores la transferencia embrionaria o de material genético a la mujer gestante se hará de acuerdo con lo previsto en aquel, en lo relativo a técnicas de reproducción asistida y de los donantes de material genético. Deberá siempre acompañarse y archivarse una copia en la clínica u hospital donde se lleven a cabo las técnicas de reproducción asistida.

Artículo 16º.- El progenitor o progenitores subrogantes se harán cargo, para todos los efectos, del niño o niña o niños nacidos o no, inmediatamente después del parto de acuerdo a lo establecido en el contrato de gestación por subrogación.

Artículo 17º.- Filiación de los hijos nacidos mediante gestación por subrogación: La filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación se regulará por el código civil, a salvo de las especificaciones establecidas en los artículos siguientes.

- 1) En ningún momento se establecerá vínculo de filiación entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niña o niños que pudieran nacer.
- 2) La inscripción de nacimiento en el Registro del Servicio de Registro Civil e Identificación no incluirá datos de los que se pueda inferir la gestación por subrogación.
- 3) En caso de las parejas unidas por vínculo matrimonial o por acuerdo de unión civil, se determinará la filiación respecto del hijo o hija o hijos de ambos progenitores subrogantes, aun cuando no hubieren aportado material genético.

Artículo 18º.- Determinación legal de la filiación: La persona o personas progenitores subrogantes, habiendo celebrado el contrato de gestación por subrogación y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer

gestante, no podrán impugnar la filiación del hijo o hija o hijos nacidos como consecuencia de tal gestación y esta filiación no puede ser impugnada por ninguna acción judicial ni declararse otra distinta.

Artículo 19º.- Será obligación del progenitor o de los progenitores subrogantes a solicitar la inscripción de nacimiento, debiendo acompañar copia autorizada del contrato de gestación por subrogación. El comprobante del parto exigida para la inscripción y la revelación de la identidad de la mujer gestante por subrogación, no implica en ningún caso determinación legal de la filiación respecto de ella.

Artículo 20º.- En el caso de las parejas de esta ley, si uno de los dos progenitores subrogantes fallece antes del nacimiento del hijo o hija o hijos, no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo o hija o hijos nacidos como consecuencia de la gestación subrogada regulada en esta ley, a menos que en el momento de su muerte ya se hubiese producido la transferencia embrionaria al útero de la mujer gestante y ya se hubiera celebrado el contrato de gestación por subrogación.

Artículo 21º.- En el caso de las parejas de esta ley, si un progenitor subrogante fallece ante del nacimiento del hijo o hija o hijos y hubiese prestado su consentimiento previamente en el contrato de gestación por subrogación y hubiese aportado su material genético, éste podrá ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para la fecundación y posterior transferencia embrionaria a la mujer parte del contrato de gestación por subrogación. Tal nacimiento producirá los mismos efectos legales que se derivan de la filiación de esta ley.

Artículo 22º.- Fallecimiento de los progenitores subrogantes durante la gestación: En el evento de fallecimiento durante la gestación del progenitor subrogante o de ambos progenitores subrogantes, el contrato de gestación por subrogación mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación, estando obligado a realizar la inscripción de nacimiento el Director del hospital o clínica donde haya tenido lugar el parto o la persona que lo subrogue legalmente o a la persona a quien aquel delegue esta obligación. En caso de situaciones de emergencia, como un parto en una ambulancia o en alguna repartición de Carabineros de Chile o de alguna otra rama de las Fuerzas Armadas, el reglamento determinará quién estará obligado a realizar esta inscripción de nacimiento.

CAPITULO IV REGISTRO.

Artículo 23º.- Un reglamento podrá implementar un “Registro de Gestación por Subrogación”. En él se inscribirán voluntariamente las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación y quienes deseen ser progenitores subrogados, para ello deben cumplir los requisitos establecidos en esta Ley. Se inscribirán también los contratos de gestación por subrogación. Lo cual facilitara, entro otras acciones de control, que la mujer gestante no acceda a esta labor en más de dos oportunidades y facilitar a los interesados la identidad de una mujer idónea que desee ser gestante por subrogación.

Cámara de Diputados de Chile
https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12092&prmBoletin=11576-11
(10 de enero de 2017)

[Volver al índice](#)

. **Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó recurso de protección presentado por pareja del mismo sexo femenino con Acuerdo de Unión Civil, que solicitó al Registro Civil la inscripción de ambas con el carácter de madres en la partida de nacimiento del hijo biológico de una de ellas**¹³

“Santiago, veintiocho de diciembre del año dos mil diecisiete

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que doña XXX y doña XXX, esta última por sí y en representación de su hijo XXX, deducen recurso de protección en contra del SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACION, en razón del acto ilegal y arbitrario, consistente en la negativa por parte de éste de inscribir en la partida de nacimiento de XXX a sus dos mamás, inscribiendo a solo una de ellas, acto que les ha significado una privación, perturbación y amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales establecidas en los artículos 19 N° I, 19 N°2 y 19 NQ 4 de la Constitución.

Explican las recurrentes que mantienen una relación de pareja hace 8 años y en diciembre de 2015 suscribieron el Acuerdo de Unión Civil. Luego de ello decidieron que querían tener un hijo, para lo cual consultaron a especialistas en fertilidad y dado su historial médico, quien podía someterse a la reproducción asistida era XXX, la que luego de someterse al procedimiento de rigor, siempre en compañía de XXX, logró quedar embarazada. Fue así como el 28 de septiembre de 2017, nació su hijo XXX, el que fue inscrito con los apellidos XXX y la XXX, pero legalmente solo tiene vínculo con XXX, dado que no se le quiso reconocer a XXX su maternidad.

Sostienen que XXX actualmente tiene el apellido XXX, pero no tiene la protección legal en relación con la mitad de su pertenencia familiar, que es lo que todos los otros niños reconocidos tienen. Attilio fue concebido en el seno de una familia reconocida por el Estado pero que no pueden inscribir en conjunto a su único hijo.

Alegan que la negativa de la Oficial del Servicio de Registro Civil de Identificación de inscribir en la partida de nacimiento de XXX a sus dos madres, constituye un acto arbitrario e ilegal, debido a que su actuar es contrario al mandato establecido en la Ley Orgánica del Registro Civil; realizó una errada interpretación del derecho sustantivo de filiación; no tiene en consideración principios fundamentales de interpretación como lo es el interés superior del niño y el espíritu general de la legislación; y porque además, el actuar del Registro Civil carece de justificación. En efecto, explican que de acuerdo a las normas de filiación establecidas en el Código Civil, el artículo 183 estipula que "la maternidad queda determinada legalmente por el parto", lo que en el presente caso se respetó respecto a XXX. Asimismo, en las reglas de filiación no matrimonial, en el artículo 187 del Código Civil se establece que: El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declarativo formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, según los casos: 1°. Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los padres; 2°. En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil; 3°. En escritura pública, o 4°. En acto testamentario. Tal como establece el mencionado artículo 187, XXX, madre de XXX, fue al Registro Civil a reconocer a su hijo al momento de la inscripción de su nacimiento, no obstante, la oficial del Registro Civil se negó a inscribirla como madre del niño. Esto, a pesar que el ordenamiento jurídico no contempla ninguna norma que prohíba que la filiación pueda estar determinada respecto a dos madres o que señale que la filiación debe, necesariamente, estar determinada respecto a dos personas de diferente sexo. Por el contrario, el artículo 33 del Código Civil establece que la ley considera iguales a todos los hijos, sin establecer distinciones de si nacen en familias

¹³ El recurso de protección está disponible en: <http://admin.diarioconstitucional.cl/upload/archivos/diario-constitucional/5010/61/1510152471.pdf>

heterosexuales u homosexuales. Por otra parte, el artículo 182 del Código Civil, establece que los padres del hijo concebido mediante técnica de reproducción asistida son quienes se sometieron a esta, ya que el legislador optó por "dar primacía a la voluntad de acogida que tuvieron esos padres por sobre los derechos que pudieran reclamar los que hubieran aportado material genético". Señalan que además de lo anterior, el actuar del Registro Civil no tuvo en consideración el interés superior del niño -consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Piden se acoja el presente recurso y que se ordene al Servicio de Registro Civil e Identificación a inscribir en la partida de nacimiento de XXX, RUN XXX, igualmente a su otra madre: XXX, RUN XXX, quien se sometió en conjunto con XXX, como familia reconocida por el Estado a través del Acuerdo de Unión Civil, a la técnica de reproducción asistida, en cumplimiento del mandato legal de este Servicio, establecido en los artículos 3 y 4 NQ4 de su Ley Orgánica y la Ley N° 19.477.

SEGUNDO: Que evacuando informe, el recurrido, reconoce que consta en sus registros, la inscripción de nacimiento N° 7.200, del año 2017, de la circunscripción de Providencia, correspondiente a XXX, RUN N° 25.928.030-3, siendo su fecha de nacimiento el 28 de septiembre del año 2017. La referida partida de nacimiento, da cuenta que el hecho del nacimiento se acreditó mediante el Comprobante de Atención de Parto, señalando que la madre que dio a luz es XXX. A su vez, en el rubro "IDENTIDAD DE LOS PADRES" se consignó que la madre del inscrito es XXX, RUN XXX, y no se consignó el nombre del padre. Hace presente, que la madre ya individualizada, requirió la respectiva inscripción.

Da cuenta también que la recurrente dona XXX, con fecha 3 de octubre de 2017, ante la Oficial Civil de Providencia, efectuó una solicitud de rectificación administrativa formulario C-4, en el sentido que se estableciera en la inscripción de nacimiento antes mencionada, que la madre del inscrito es también doña XXX, RUN N° XXX, la que no procede, toda vez que la inscripción de nacimiento en cuestión, no contiene error u omisión manifiesto, según los términos del artículo 17, inciso 1 y 2, de la Ley 4.808 sobre Registro Civil, disponen que *"Las inscripciones no podrán ser alteradas ni modificadas sino en virtud de sentencia judicial ejecutoriada. No obstante lo anterior, el Director General del Registro Civil Nacional podrá ordenar, por la vía administrativa, la rectificación de inscripciones que contengan omisiones o errores manifiestos"*.

Sostiene que nuestra legislación no contempla las figuras paternas padre-padre y/o madre-madre, y por ende, las inscripciones de nacimiento consignan en el rubro "IDENTIDAD DE LOS PADRES", al padre y madre de un inscrito.

Manifiesta que la maternidad es el hecho que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto. Por lo tanto, la maternidad es un hecho material que se descompone en el hecho del parto, es decir que una mujer dio a luz un hijo, y en la identidad del parto, es decir que el hijo que pasa por hijo de tal mujer sea realmente el producto de ese parto.

Esta vía de determinación de la maternidad opera por el solo ministerio de la ley, es decir, no requiere reconocimiento de la madre. Por ello se aplica lo establecido en el artículo 31 N° 4 de la Ley N° 4.808, en cuanto que el Oficial Civil, por el solo hecho que conste la identidad de la madre y del (de la) hijo(a) en el comprobante de parto, consignara el nombre de la madre en el rubro correspondiente de la inscripción de nacimiento del (de la) hijo(a).

En cuanto al fundamento del recurso en comento, basado en el presunto hecho que la decisión de la administración afecta el derecho a la igualdad ante la ley, hace presente que su parte no incurrió en discriminación al aplicar las normas vigentes, por lo que no resultaría procedente hacer distinciones de ninguna especie. Las normas jurídicas son iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes.

TERCERO: Que el llamado recurso de protección se define como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencias de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares.

CUARTO: Que de acuerdo con el concepto que se ha intentado, constituyen presupuestos de esta acción cautelar, los siguientes a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria; b) que como consecuencia de la acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; y c) que dicho derecho esté señalado como objeto de tutela en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

QUINTO: Que el acto que se estima ilegal y arbitrario por el recurrente es el que el Registro Civil e Identificación de la Comuna de Providencia se negó a rectificar la partida de nacimiento del menor XXX, en el sentido que también su madre es XXX.

SEXTO: Que con hechos establecidos, los siguientes:

a) El día 30 de diciembre del año 2015, doña XXX y doña XXX, celebraron un acuerdo de unión civil, el que se inscribió bajo el N°56 del año 2015, de la Circunscripción de Providencia, acto en el cual pactaron el régimen de comunidad de bienes .

b) El día 28 de septiembre del año 2017, nació XXX. Y se inscribió bajo el N° 7.200 del Registro Civil e Identificación de la Comuna de Providencia, indicándose que la madre es doña XXX.

c) A la inscripción del nacimiento del menor, se adjuntó el Certificado de Parto N°5472929, otorgado por doña Marcela Trejo Zapata, quien certificó que atendió el parto de doña XXX, el día 28 de septiembre del año 2017 en la Clínica INDISA.

d) El embarazo de doña XXX se produjo mediante técnicas de reproducción asistida. e) Con fecha 5 de octubre del año en curso, doña XXX ingresó ante el Director del Registro Civil e Identificación, una solicitud de rectificación administrativa, fundado en la existencia de un error en la inscripción de nacimiento de su hijo, pues también es su madre doña XXX.

SEPTIMO: Que lo que debe determinarse mediante la presente acción constitucional es si el Registro Civil e Identificación incurrió en un acto arbitrario e ilegal al negarse a registrar a ambas solicitantes como madres del menor Attilio José y que dicha decisión, conculcó las garantías denunciadas como infringidas al tenor del artículo 20 de la Carta Fundamental.

OCTAVO: Que no existe discusión que XXX es la madre del menor XXX, quien se sometió a las técnicas de reproducción asistida y dio a luz al niño, el día 28 de septiembre del año 2017, quedando así consignado en su Partida de Nacimiento.

NOVENO: Que las normas sobre estado civil vigentes en nuestra legislación nacional, son de orden público, de manera que no puede disponerse por voluntad de las personas ni tampoco puede existir una interpretación extensiva de ellas.

DECIMO: Que dicho de otro modo, de ellas es posible advertir, en especial de los artículos 182, 183, 186, 187, 188 y 189 del Código Civil, que un individuo no puede tener más de un padre o más de una madre. Y para impugnar dicha calidad es menester recurrir a las acciones de impugnación de maternidad o paternidad, respectivamente que contempla el citado cuerpo de leyes.

UNDECIMO: Que corrobora lo anterior, lo dispuesto en el artículo 126 del Decreto con Fuerza de Ley N° 2128 del año 1930 que Aprueba el Reglamento Orgánico del Registro Civil, que dispone que: “Al inscribir un nacimiento se designará al inscrito por el nombre que designe la persona que requiera la inscripción. Si el nacido es hijo legítimo, se le pondrá a continuación el apellido del padre y en seguida el de la madre.

Si se tratare de hijo ilegítimo, se le inscribirá con el apellido del padre o madre que hubiere pedido se deje constancia de su paternidad o maternidad, y si ambos lo hubieren solicitado, se procederá como en el caso del hijo legítimo.

Que dichas normas deben entenderse e interpretarse en la concepción actual de la denominación de hijo, sin importar si su origen es matrimonial o no matrimonial, bastando para ello el hecho de la acreditación del nacimiento, mediante el certificado de parto respectivo, y los apellidos que solicite se le asignen al nacido por la persona que solicita su inscripción registral.

DUODECIMO: Que el que las solicitantes hayan celebrado un Acuerdo de Unión Civil al amparo de la Ley N°20.830, sólo les confiere a ellas el estado civil de convivientes civiles pero ningún efecto produce en el caso materia de estudio, pues se refiere únicamente al régimen de bienes, pero no puede entenderse que con dicha convención o acuerdo haga extensivo o pueda hacer nacer algún derecho en materia de relación filiativa, como sería el caso de la señora De Ramón con Attilio José.

DECIMO TERCERO: Que así entonces, esta Corte ha llegado a la conclusión que no ha existido por parte del Registro Civil e Identificación algún acto ilegal, organismo que ha actuado dentro de la esfera de su competencia al negarse a rectificar la partida de nacimiento de XXX, pues éste ya tiene determinada su filiación en relación a su madre XXX; y como se ha razonado, la actual legislación no contempla la posibilidad de que un individuo pueda estar inscrito a la vez por dos madres, pues la maternidad está determinada por el hecho del parto, situación que únicamente la cumple la señora XXX.

DECIMO CUARTO: Que tampoco dicha actuación puede calificarse como discrecional o arbitraria pues se funda precisamente en el impedimento que existe en la actual normativa vigente, y porque además el Oficial de Registro Civil debe atenerse y sujetarse al tenor imperativo de la ley y no es la persona o entidad llamada a interpretarla como para el caso en cuestión.

DECIMO QUINTO: Que tampoco ha existido vulneración a ninguna de las garantías que se estiman conculcadas, pues aquí **no es un problema de discriminación por la identidad sexual, ni el desconocimiento de la familia, como tampoco al interés superior del niño**¹⁴; simplemente el estado civil de una persona se rige de acuerdo con la normativa vigente y ello no puede ser modificado por voluntad de las personas ni tampoco se ha introducido modificación a éste por la celebración de un Acuerdo de Unión Civil.

DECIMO SEXTO: Que todo lo precedentemente razonado, lleva al rechazo del arbitrio en estudio. Y visto, además, lo dispuesto en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia de 24 de junio de 1992 sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se rechaza**, sin costas, la acción constitucional deducida por XXX y por XXX, por si y por su hijo XXX.

¹⁴ El destacado es nuestro.

Regístrese, comuníquese y, en su oportunidad, archívese. Redacción de la Ministra señora Marisol Andrea Rojas Moya. Protección N° 74.926-2017

Pronunciada por la Duodécima Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la Ministro señora Marisol Rojas Moya y el abogado integrante señor Rodrigo Rieloff Fuentes.

Juan Cristóbal Mera Muñoz
Ministro

Rodrigo Fernando Rieloff Fuentes
Abogado

Marisol Andrea Rojas Moya
Ministro

Poder Judicial de Chile

http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=20909069&CRR_IdDocumento=18671740
(28 de diciembre de 2017)

[Volver al índice](#)

E. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó recurso de protección presentado por alcaldesa de Caldera contra decreto del Ministerio del Interior que limitó los espectáculos masivos en la región con motivo de la visita papal¹⁵

“Santiago, cinco de enero de dos mil dieciocho.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que doña BRUNILDA GONZALEZ ANJEL, en su calidad de alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Caldera, actuando por sí, en representación de la Corporación Autónoma de Derecho Público que representa y de todos los habitantes de la comuna, interpone Recurso de Protección de Garantías Constitucionales consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, en contra de Resolución Ordinario 25612 de 23 de octubre de 2017, dictada por don MAHMOUD ALEUY PEÑA Y LILLO, en su calidad de Subsecretario de Interior, por haber conculcado y seguir conculcando gravemente los derechos de igualdad ante la ley, derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, derecho de reunión y libertad para desarrollar cualquier actividad económica.

Expresa que con dicho proceder, el recurrido ha actuado en forma ilegal, arbitraria y abusando de las facultades que le confiere la ley, infringiendo con ello los derechos constitucionales de la recurrente.

En los hechos agrega que es de público conocimiento y ampliamente difundido, que el Papa Francisco, visitará nuestro país entre los días 15 y 18 de enero de 2018, realizando actividades en diversas ciudades del territorio, siendo estas, Santiago, Temuco e Iquique. Mediante Ordinario 23612 referido, suscrito por el recurrido se indica en lo sustancial que: *se informa a usted que entre los días 10 y 21 de enero de 2018, ambos inclusive, no se debe autorizar ningún partido de fútbol profesional en todo el territorio nacional, amistoso o de competencia oficial, así como tampoco otros eventos masivos que congreguen convocatoria de público, tanto en recintos públicos como privados.* Agrega que el referido Ordinario afectará gravemente, privando, perturbando y amenazando, las actividades normales que desarrolla la comuna en plena época estival, por cuanto existen, a la fecha ya planificadas actividades en el mes de enero, sin perjuicio de otras actividades que de seguro se han de programar y/ autorizar por el municipio.

Asegura que además, la comuna es eminentemente turística, cuya actividad se verá dañada irreparablemente, pues lo anunciado dejará desprotegidos de resguardo policial y sin la posibilidad de recibir a sus habituales visitantes con la debida seguridad requerida. Asimismo afirma que dicha grave restricción no se justifica a la luz del propio Ordinario referido, por cuanto indica como supuesto para su justificación *la seguridad de la comunidad que asista a las actividades organizadas con ocasión de su visita*, dejando en la indefensión un sinnúmero de habitantes de comunas y ciudades que no serán visitadas por el Papa Francisco.

Agrega que **el Estado de Chile es laico**¹⁶, por lo que sin perjuicio de tratarse de una visita de Estado en el marco de actividades de orden religioso, católico, estima que no resulta ser una razón plausible para que puedan afectar garantías constitucionales y la seguridad de los habitantes de aquellas zonas que no serán visitadas por el Papa Francisco.

Manifiesta que no es difícil concluir que el recurrido ha tomado la decisión de disminuir la dotación de personal de Carabineros asignado a Caldera, para su traslado a esas actividades [sic], afectando la seguridad y garantías

¹⁵ El recurso de protección presentado por la alcaldesa, fue publicado en el Boletín Jurídico de diciembre 2017 (Año XIII, N°3). Disponible en: <http://derechoyreligion.uc.cl/es/docman/boletin-juridico/2017-1/1240-boletin-juridico-diciembre-2017/file>

¹⁶ El destacado es nuestro.

constitucionales, en desmedro de sus habitantes y restringiendo el derecho a reunión para las diversas actividades ya programadas del verano 2018.

Referente al Derecho sostiene que el acto es ilegal en cuanto el Subsecretario ha excedido en sus funciones y competencias mediante la emisión de un simple Ordinario, no un Decreto emanado de la señora Presidente de la República, el que restringe y afecta garantías constitucionales, el Subsecretario carece de facultades propias y delegadas para afectar dichas garantías, más aun cuando es el órgano de colaboración inmediato del Ministro del Interior en materias relativas a la seguridad y orden público. Asimismo sostiene que el referido acto es arbitrario toda vez que establece diferencias sin explicitar ningún criterio técnico, atendido el principio de fundamentación de los actos administrativos, que no se ha cumplido.

Por lo señalado, no cabe sino concluir que el Ordinario 25612, que impugna, ha sido dictado caprichosamente, en forma ilegal y arbitraria. Finalmente concluye se han violado las garantías establecidas en el artículo 19 números 2, 7 inciso 1°, 13° y 21 de la Constitución Política de la República, esto es, la igualdad ante la ley, el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

Finaliza pidiendo tener por interpuesto el recurso de protección, acogerlo a tramitación, pedir informe al recurrido y, en definitiva, una vez cumplido con los trámites correspondientes, acogerlo en todas sus partes, disponiendo se deje sin efecto el citado Ordinario 25612 en cuanto a que no tenga efecto ni rija respecto de la comuna de Caldera y se disponga mantener inalterable la dotación habitual y permanente de Carabineros de Chile en la citada comuna entre los días 10 y 21 de enero de 2018.

Segundo: Que, don JAVIER RUIZ QUEZADA, abogado de la Subsecretaría del Interior, informa el recurso de protección interpuesto haciendo primero una breve síntesis de éste, así como de su pretensión, para luego realizar un análisis de las normas aplicables y de las razones por las que el recurrido estima que la acción constitucional deducida debiese ser rechazada.

Señala que como es de conocimiento público nuestro país recibirá la visita del Papa Francisco en su calidad de Sumo Pontífice de la Iglesia Católica durante los días 15 a 18 de enero de 2018, fechas en las que Su Santidad ha decidido recorrer las ciudades de Santiago, Temuco e Iquique, y realizar diversas actividades protocolares, el viaje responde a una invitación formal hecha por la Presidente de la República y tiene la categoría de Visita de Estado.

Para esos efectos, afirma, la Presidente de la República ha coordinado por medio del Decreto Supremo N°1121 de 29 de agosto de 2017, la conformación de una coordinación gubernamental para la visita papal, a cargo del Ministro del Interior, la que en el ámbito operativo dispone que la coordinación gubernamental será ejercida por el Subsecretario del Interior. Dentro de este marco legal, y además en virtud de facultades jerárquicas del Subsecretario del Interior, en su calidad de Jefe del Servicio de Gobierno Interior, dicha autoridad ha dispuesto diversas medidas para atender los requerimientos presentados tanto por la comisión organizadora del evento, la Iglesia Católica y especialmente las fuerzas de Orden y Seguridad. En este contexto para el normal desarrollo de la visita papal, ha sido la de trasladar a poco más de 7.000 efectivos policiales hacia las localidades donde se encontrará el Papa, con el fin de resguardar la seguridad de éste y la personas que concurran a las actividades programadas. En este contexto se remitió el Ordinario recurrido a todas las Intendencias y Gobernaciones instruyendo la medida impugnada respecto de eventos masivos, la que fue complementada y precisada posteriormente por medio del Oficio N°28.345 de fecha 23 de noviembre de 2017, en donde se advierte que la medida no busca en absoluto la suspensión de todos los eventos entre los días 10 y 21 de enero, sino solo de aquellos que requieran de seguridad alta y no se encuentren debidamente planificados con antelación. En este mismo Oficio se encarga de precisar que respecto de los eventos que no requieran servicios policiales o bien aquellos que forman parte del calendario habitual de la comunidad, tales como fiestas religiosas o eventos

anuales deportivos ligados a una ciudad específica u organizados con gran anticipación como festivales de música, se procederá conforme a los procedimientos habituales, esto es, cumpliendo con los permisos y autorizaciones respectivas que mandaten las normativas legales correspondientes y con la eventual disposición de medidas adicionales de seguridad privada por parte de los organizadores, si fuere necesario. Se considera además una instancia de coordinación nacional a cargo del Jefe del Programa Estadio Seguro, don José Roa, cuya función será efectuar una revisión excepcional caso a caso, con el fin de solucionar las dificultades prácticas que se presenten.

Asimismo señala que la instrucción emana de autoridad competente y ha sido dictada en el marco de las atribuciones expresamente conferidas por la ley y normas reglamentarias pertinentes.

Afirma que no se advierte que la actuación de coordinación gubernamental pueda significar privación, perturbación o amenaza ilegal de las garantías constitucionales que dice afectar, en los términos previstos en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Así, no es ilegal, desde el momento que ha sido emitido en ejercicio de las facultades legales y reglamentarias que el ordenamiento jurídico y la Presidenta de la República le han conferido al Subsecretario del Interior. Por su parte tampoco es arbitraria, dado que se fundamenta en un requerimiento de Carabineros de Chile y en la evaluación por la coordinación gubernamental tendiente a que los efectivos policiales no serán suficientes para cubrir otras actividades durante los días de la visita papal, lo que no implica que Carabineros deje de cumplir sus obligaciones de seguridad correspondientes. Finaliza pidiendo se tenga por evacuado informe y se rechace en todas sus partes, con costas, la acción cautelar deducida.

Tercero: Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, constituye jurídicamente una acción cautelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado ante un acto u omisión arbitrario y/o ilegal que prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.

Cuarto: Que como se desprende de lo expresado, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a derecho, en el sentido de vulnerar un precepto normativo obligatorio que tenga la naturaleza jurídica de aquellas a que se refiere el artículo 1° del Código Civil, aplicable al caso concreto, en otras palabras, el actuar u omitir es ilegal, cuando fundándose en algún poder jurídico que se detenta, se excede en su ejercicio, de cualquier manera; o bien arbitrario, es decir, producto del mero capricho de quién incurre en él, de modo que la arbitrariedad indica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, esto es, falta de proporción entre los motivos y la finalidad que alcanza; y que, enseguida, provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, contrariando una o más de las garantías protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y decisión de cualquier asunto como el que ha sido motivo de la presente acción cautelar.

Quinto: Que el acto administrativo recurrido por ilegal y/o arbitrario se refiere al Ordinario 25612 de fecha 23 de octubre de 2017, emanado del Subsecretario del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, don Mahmoud Aleuy Peña y Lillo, estimando esta Corte que dicho acto se encuentra ajustado a la ley, desde el momento que se encuentra amparado por el Decreto Supremo N°1121 de 29 de agosto de 2017, dictado por la Presidente de la República, basado en el Decreto N°537 del Ministerio de Relaciones Exteriores, en virtud del cual se conforma una coordinación gubernamental para la visita del Santo Padre a cargo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Conforme a los artículos 3 y 4 de dicho Decreto Supremo, la coordinación será ejercida por el Subsecretario de dicho Ministerio, pudiendo comunicar instrucciones a los organismos de la Administración

respecto de situaciones que pudiesen afectar el orden y la seguridad pública durante el desarrollo de esta actividad. Basado en las mismas disposiciones legales, se complementó este Ordinario por intermedio del Oficio N°28.345 de 23 de noviembre de 2017, el cual vino a precisar los eventos que requieren o no suspensión, dejando incluso la decisión de caso a caso a una autoridad administrativa como es el Jefe del Programa Estadio Seguro. Así los eventos programados con gran anticipación o habituales en las comunas, quedan excluidos y sujetos a los procedimientos habituales, cumpliendo con los permisos y autorizaciones respectivas que mandaten las normativas legales correspondientes.

Sexto: Que tampoco se divisa que dicho acto administrativo sea arbitrario, caprichoso y sin fundamento, puesto que esta visita papal requiere para su seguridad de una adecuada logística y personal policial de apoyo, debiendo trasladar a un fuerte contingente de Carabineros hacia las localidades donde se encontrará el Papa, de tal forma y teniendo en consideración que los efectivos policiales son limitados, no pudiendo atender diversos eventos masivos en las mismas fechas, por eso se sugiere evitar su programación y realización. Se estima que la medida es racional y además proporcional entre los motivos y la finalidad que pretende alcanzar.

Séptimo: Que tampoco se divisa una posible afectación a las garantías constitucionales que la recurrente señala en su acción, no obstante no detalla cómo se afectarían, no señalando cuál sería el trato desigual hacia la comuna de Caldera versus otras comunas, tampoco cómo afectaría el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual respecto de qué personas, cómo se afectaría el derecho de reunión y a desarrollar cualquier actividad económica. No obstante su falta de precisión, se considera que no existe afectación alguna. En primer lugar debemos señalar que la garantía de libertad personal y seguridad individual, consagrada en el artículo 19 N°7 de nuestra Carta Magna, no se encuentra protegida por esta acción cautelar conforme lo dispuesto en el artículo 20 del mismo texto legal. En relación a la igualdad ante la ley, artículo 19 N°2, no se divisa el trato discriminatorio dispensado por este acto administrativo a la comuna de Caldera respecto a otras comunas, a las cuales también se les instruyó en el mismo sentido de no realizar eventos masivos por motivos de seguridad pública. En cuanto al derecho de reunión contemplado en el numeral 13 del mismo artículo anterior, no se consagra en términos absolutos, toda vez que este derecho en lugares públicos se rige por las disposiciones generales de policía, teniendo el Subsecretario recurrido atribuciones en la seguridad pública de la nación. Por otro lado el Oficio complementario detalló los casos prohibidos, y las actividades que pretende realizar la Alcaldesa recurrente durante el tiempo señalado no se encuentran consignadas. Finalmente y en la aclaración dada en el Oficio 28345, no se impide el desarrollo de alguna actividad económica, máxime que pueda verse caso a caso por una autoridad.

Octavo: Que finalmente la recurrente Brunilda Clementina González Anjel, Alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Caldera pretende transformar este recurso en una acción popular, al presentar este arbitrio “en favor de todos los habitantes” de dicha comuna. Nuestra jurisprudencia ha señalado que los afectados deben encontrarse debidamente individualizados, no procediendo acción popular indeterminada (Corte Suprema, Rol 11.238-2011).

Por estas consideraciones y visto, además lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales del año 2015, se rechaza, sin costas, el recurso de protección interpuesto por doña BRUNILDA GONZALEZ ANJEL, en su calidad de alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Caldera en contra de don MAHMOUD ALEUY PEÑA Y LILLO, en su calidad de Subsecretario del Ministerio del Interior.

Regístrese, notifíquese y en su oportunidad archívese.

Redacción del Ministro (I) don Juan Manuel Escobar Salas. Rol N°76913-2017.

Mireya Eugenia López Miranda
Ministro

Juan Manuel Escobar Salas
Ministro (S)

María Luisa Carlota Riesco Larraín
Ministro (S)”

Poder Judicial de Chile
<http://www.pjud.cl/documents/396729/0/CALDERA+VISITA+PAPA.pdf/95972926-4172-4714-93a4-679afd4120ae>
(5 de enero de 2017)

[Volver al índice](#)

F. Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental que rechazó reclamo presentado por religiosas del Monasterio de Carmelitas Descalzas del Amor Misericordioso y de la Virgen del Carmen, en contra de la aprobación del proyecto “Central El Canelo de San José de Maipo” (extracto)¹⁷

Santiago, cinco de enero de dos mil dieciocho

VISTOS:

El 13 de octubre de 2016, el Monasterio de Carmelitas Descalzas del Amor Misericordioso y de la Virgen del Carmen (en adelante, también “la reclamante”), representada convencionalmente por los señores Ezio Costa Cordella y Roberto Celedón Fernández, interpuso una reclamación, invocando el artículo 17 N° 8, de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales (en lo sucesivo “Ley N° 20.600”), en contra de la Resolución Exenta N° 1002, de 31 de agosto de 2016 (en adelante, indistintamente, la “resolución reclamada” o “Resolución Exenta N° 1002/2016”), del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su condición de Secretario del Comité de Ministros (en adelante, “la reclamada”), en virtud de la cual se rechazó el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución Exenta N° 1519, de 19 de noviembre de 2015 (en adelante, “Resolución Exenta N° 1519/2015”) de la reclamada, por la cual resolvió no admitir a trámite la solicitud de invalidación presentada en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N° 431, de 24 de abril de 2015 (en adelante, “RCA N° 431/2015”) dictada por el Comité de Ministros, que acogió el recurso de reclamación del artículo 20 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, “Ley N° 19.300”) interpuesto por Energía Coyanco S.A. y que calificó ambientalmente favorable el proyecto “Central El Canelo de San José”.

La reclamación señalada se declaró admisible el 7 de noviembre de 2016, asignándosele el Rol R N° 129-2016.

¹⁷ Sentencia completa en: <http://derechoyreligion.uc.cl/es/docman/documentacion/chile/jurisprudencia/1241-sentencia-del-segundo-tribunal-ambiental-que-rechazo-reclamo-presentado-por-religiosas-del-monasterio-de-carmelitas-descalzas-del-amor-misericordioso-y-de-la-virgen-del-carmen-en-contra-de-la-aprobacion-del-proyecto-central-el-canelo-de-san-jose-de-maip/file>

I. Antecedentes de la reclamación

El proyecto "Central El Canelo San José" (en adelante "el Proyecto"), cuyo proponente es Energía Coyanco S.A., corresponde a una central hidroeléctrica que se emplaza en la ribera sur del río Maipo, frente a la localidad de El Manzano, en la comuna de San José de Maipo, Región Metropolitana.

El Proyecto ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "SEIA") el 29 de junio de 2012, mediante Estudio de Impacto Ambiental (en adelante "EIA"), calificándose desfavorablemente por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región Metropolitana, mediante la Resolución Exenta N° 435, de 31 de julio de 2014 (en adelante, "Resolución Exenta N° 435/2014"). Con motivo del rechazo del Proyecto, el 12 de septiembre de 2014, Energía Coyanco S.A. dedujo un recurso de reclamación administrativa del artículo 20 de la Ley N° 19.300, para ante el Comité de Ministros, el cual fue acogido mediante la RCA N° 431/2015, con la consiguiente calificación favorable del Proyecto.

La reclamante y el Comité de Adelanto Comunidad Ecológica El Peumo (ambos observantes en la etapa de participación ciudadana y, en el caso de la reclamante, además, interviniente en la reclamación del titular del Proyecto ante el Comité de Ministros), presentaron una solicitud de invalidación, el 12 de junio de 2015, en contra de la RCA N° 431/2015 y, consecuentemente, del acuerdo del Comité de Ministros N° 29/2014. Dicha solicitud no fue admitida a trámite por la reclamada, según consta en el Acuerdo N° 12 de 4 de agosto de 2015, formalizado mediante la Resolución Exenta N° 1519/2015. En contra de dicha resolución, el 2 de diciembre de 2015, las solicitantes de invalidación interpusieron un recurso de reposición, el que fue rechazado mediante el Acuerdo N° 3 del señalado Comité, de 28 de marzo de 2016, formalizado en la resolución del Director Ejecutivo, reclamada en autos.

[...]

B. Sobre la concurrencia de los efectos del artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300

En lo que dice relación con la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, la reclamante postula que el Titular no habría realizado estudio alguno sobre el estilo de vida que llevan las religiosas de la congregación y acerca de lo que significa vivir en el mismo lugar, en "Obsequio de Jesucristo" las 24 horas, los 365 días del año.

Adicionalmente, la reclamante señala que la condición impuesta al titular del Proyecto, de entregar un "Programa Específico de Construcción y de Mantención del Canal de Aducción", que debe ser aprobado por la Comisión de Evaluación de la Región Metropolitana, previo al inicio de su construcción, debió haber sido evaluada en el marco del proceso de evaluación y no a posteriori. Esto, a su juicio, constituye una vulneración del principio preventivo y de la lógica del SEIA.

La reclamada, por su parte, es de la opinión de que la RCA N° 431/2015 establecería exigencias adicionales a las que se discutieron en la evaluación ambiental, con el objeto de asegurar que el impacto a medio humano efectivamente no sea significativo. A su juicio, la decisión adoptada tiene en consideración que el grupo humano de las Carmelitas presenta una situación particular, que podría verse afectado por la intervención, consistente en la construcción de un acueducto subterráneo, correspondiente a una parte del canal de aducción del Proyecto, toda vez que dicho canal se emplaza en una franja del predio en donde se encuentra la "ruta de la oración", pudiendo eventualmente causar molestias, en particular por el ruido. Sin embargo, la reclamada aclara que se habría considerado la magnitud y temporalidad de dicha afectación, descartando por ello el efecto en análisis. Ello, en opinión de la reclamada, se en contraría analizado en la RCA N° 431/2015, en sus páginas 38 y siguientes.

La reclamada concluye que, de acuerdo a los antecedentes técnicos que tuvo a la vista, se habría resuelto de forma ajustada a Derecho que el impacto en medio humano no sería significativo, "[...] estableciendo condiciones y exigencias adicionales para que efectivamente no se produzca dicho impacto significativo, como sería la aplicación del plan constructivo".

C. Sobre los efectos del artículo 11 letra d) de la Ley N°19.300

La reclamante, en su reclamación, hace una referencia a la supuesta falta de fundamento en la evaluación del valor ambiental del territorio donde se emplaza el Proyecto. Señala que éste afectaría 23 hectáreas de un sitio prioritario, "*[...] que puede ser un % menor dentro del área total, pero lo afecta [...]*".

Para la reclamada, dichos efectos no se generarían en forma significativa, de acuerdo a lo regulado en el D.S. N° 95/2001, y por ende no sería necesario establecer medidas de mitigación compensación, o reparación. Estima que "*[...] la información presentada en el EIA y sus respectivas Adendas, referida al Sitio Prioritario para la Conservación El Morado y el emplazamiento del Proyecto, permiten concluir que éste no afecta el objeto de protección del citado sitio, por lo que es posible afirmar que el Proyecto no genera el efecto, característica o circunstancia del literal d) de la LBGMA en lo que dice relación con la componente biodiversidad (flora y vegetación, fauna y suelo) y su valor ambiental*".

D. Sobre la ilegalidad por infracción a los artículos 8°, 12 letra g) y 13 letra a) de la Ley N° 19.300, con relación a los artículos 96 y 99 del D.S. 95/2001

La reclamante argumenta que, según se habría establecido en el Informe Consolidado de Evaluación, y en particular en la Resolución Exenta N° 435/2014, el titular del Proyecto no habría dado cumplimiento a la normativa ambiental en relación a los PAS exigibles, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 96 y 99 del D.S. N° 95/2001. Así lo habrían declarado, respecto del PAS 96, la SEREMI de Agricultura Región Metropolitana (mediante Ordinarios N°s 475/2014 y 497/2014) y, respecto del PAS 99, el SAG de la Región Metropolitana (mediante Ordinario N° 1111/2014).

En opinión de la reclamante, entregar los PAS sujetos a condiciones que no han sido evaluadas en el proceso del SEIA, contravendría el principio preventivo, así como el principio de ventanilla única, analizado desde la lógica de la prevención. Estos PAS, a su juicio, no estarían técnicamente resueltos, lo que implicaría una ilegalidad.

Adicionalmente, la reclamante señala que, en cuanto al PAS 96, “[...] las condiciones que impone el Comité de Ministros, son enteramente ajenas a las observaciones que plantearon los servicios públicos competentes [...]”. Por su parte, en relación al PAS 99, agrega que, pese a las condiciones establecidas por el Comité de Ministros, el sitio de relocalización que se señala, se encontraría fuera del área descrita para el Proyecto, no estaría caracterizada, y por ende, a su juicio, no garantizaría la efectividad de las medidas de compensación propuestas. Finalmente, la reclamante indica que el Proyecto se encontraría emplazado en el Sitio Prioritario para la Conservación de la Biodiversidad N° 4, denominado El Morado, lo que no habría sido considerado por la reclamada.

En relación a lo anterior, la reclamada señala que “[...] no es efectivo que no se hubiese cumplido con los requisitos asociados al PAS 96 sobre cambio de uso de suelo. En las páginas 43 y siguientes de la RCA N° 431/2015 pormenorizadamente se detalla porqué se estima haber cumplido con todos los requisitos técnicos y formales asociados a dicho permiso”. Aclara que, durante la etapa recursiva (recurso de reclamación presentado ante el Comité de Ministros), Energía Coyanco S.A. se habría comprometido a realizar ciertos cambios, haciéndose cargo de las observaciones de la SEREMI de Agricultura Región Metropolitana, frente a lo cual dicho servicio manifestó su

conformidad, mediante el Ordinario N° 788, de 3 de noviembre de 2014.

Asimismo, respecto del PAS 99, la reclamada señala que su otorgamiento habría quedado condicionado a presentar y validar ante la autoridad ambiental, previo al inicio de la ejecución del Proyecto, la información de detalle que permita confirmar que la Quebrada El Peumo reúne las condiciones de hábitat adecuado para los individuos del grupo anfibios a relocalizar. Por último, la reclamada aclara que en el considerando 12.4.6. se establecerían medidas de mitigación apropiadas y un plan de seguimiento, latamente desarrollados en la RCA N° 431/2015.

E. Sobre la ponderación de antecedentes agregados por la reclamante en la etapa recursiva

Finalmente, la reclamante señala que, en la etapa recursiva ante el Comité de Ministros, efectuó tres observaciones que no habrían sido analizadas por la reclamada, bajo la razón formal de “[...] *corresponder a materias de carácter no ambiental, fuera del marco de la LGBMA*”. Sin embargo, a su juicio, tal conclusión carecería de fundamentos y por tanto de motivación. En efecto, se habría hecho presente tres materias que incidirían en el impacto que el Proyecto tendrá en la Comunidad de Las Carmelitas, a saber: a) servidumbre de paso, tránsito y ocupación perpetua; b) existencia de Clausura Papal, y e) diez incendios que han afectado el sector desde que el Proyecto entró a evaluación ambiental.

Por su parte la reclamada, explica que en el considerando 15 de la RCA N° 431/2015, se abordarían detalladamente las observaciones ciudadanas, entre las cuales se encontrarían las señaladas tres materias planteadas por el Monasterio. En su informe, la reclamada reitera su opinión en orden a que “[...] el Comité de Ministros no tiene competencias para pronunciarse al respecto, y de hacerlo, incurriría en un vicio de nulidad de derecho público, conforme a lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República”.

[...]

CONSIDERANDO:

Primero. Que, para la resolución de la controversia de autos y a la luz de los antecedentes expuestos, la parte considerativa de esta sentencia comprende las siguientes materias:

- I. De la legalidad de las Resoluciones Exentas N° 1002/2016 y N° 1519/2015, por las que declara la inadmisibilidad de la solicitud de invalidación
 1. Sobre la aplicación del supuesto previsto en el inciso final del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600
 2. Sobre la procedencia de un régimen recursivo especial
 3. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia ambiental

[...]

Undécimo. Que, atendido lo señalado, es posible advertir que las Carmelitas Descalzas del Amor Misericordioso y de la Virgen del Carmen, efectivamente participaron del procedimiento de evaluación ambiental del Proyecto, tanto ante la Comisión de Evaluación, formulando observaciones durante el proceso de participación ciudadana, como ante el Comité de Ministros.

Duodécimo. Que, en otro aspecto, resulta necesario tener presente que la RCA N° 431/2015, fue notificada a la reclamante mediante carta certificada ingresada a la oficina de correos el 24 de abril de 2015. En aplicación a lo dispuesto en el artículo 46, inciso 2° de la Ley N° 19.880, la resolución antedicha se entiende notificada el 29 de abril de 2015. De este modo, puede deducirse que el plazo de 30 días hábiles a los que hace referencia el artículo 20 inciso cuarto de la Ley N° 19.300, para reclamar en contra de la resolución del Comité de Ministros, ante el Tribunal Ambiental, venció el 12 de junio de 2015.

Decimotercero. Que, la solicitud de invalidación objeto de la presente reclamación, fue presentada por la reclamante ante el Director Ejecutivo del SEA, el 12 de junio de 2015, esto es, el último día del plazo que tenía para presentar su reclamación ante el Tribunal Ambiental, conforme al artículo 20 de la Ley N° 19.300.

Decimocuarto. Que, en este punto, es pertinente señalar que la presentación de una solicitud de invalidación no produce el efecto de suspender los plazos establecidos para la interposición de los recursos especiales que establece la Ley N° 19.300. Dicha conclusión es conteste con lo dispuesto por el artículo 3°, de la Ley N° 19.880, que en su inciso final señala que *“Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”*, salvedad ésta última que no se da en el caso de autos.

Decimoquinto. Que, en este escenario, el Director Ejecutivo del SEA, en su condición de secretario del Comité de Ministros, en la resolución que se pronunció sobre la solicitud de invalidación, constató el hecho de que el plazo para interponer la reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, se encontraba vencido. Ante ello, por efecto de lo prescrito en el numeral 8 inciso final, del ya citado artículo 17, se vio impedido de ejercer la potestad invalidatoria, procediendo a declararlo así en la resolución reclamada.

Decimosexto. Que, de acuerdo a lo expuesto en los considerandos precedentes, habiendo transcurrido el plazo con el que contaba la reclamante para interponer la reclamación del artículo 17 N° 6, de la Ley N° 20.600, forzoso es concluir que, en el caso de autos, operó la regla prescrita en el inciso final del artículo 17 N° 8 de la citada ley. Por tanto, no existe ilegalidad en el actuar de la reclamada, tanto en la Resolución Exenta N° 1002/2016 como en la Resolución Exenta N° 1519/2015, por lo que se será desestimada la reclamación a este respecto.

[...]

Vigésimo primero. Que, justamente respecto del agotamiento previo de la vía administrativa, resulta pertinente revisar el razonamiento desarrollado en la sentencia Rol R N° 54-2014, caratulada "Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi-Miñi con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental". En dicha causa se presentó una situación idéntica a la expuesta en estos autos, esto es, un proyecto que fue rechazado por la Comisión de Evaluación Ambiental respectiva, fue objeto de reclamación por parte de su titular, en virtud del cual el Comité de Ministros resolvió en definitiva calificar favorablemente el proyecto. Al igual como sucede en este caso, los observantes PAC no cuestionaron la decisión de la Comisión -pues la compartían-, por tanto no presentaron recurso administrativo alguno, pese a lo cual concurrieron como interesados ante el Comité de Ministros, en el contexto de la reclamación del titular.

[...]

Vigésimo tercero. Que, en virtud de lo previamente señalado, el Tribunal concluye en la presente causa que la reclamante de autos, al haber concurrido como observante PAC en el proceso de evaluación ambiental y, luego, al haber participado como interesada en el procedimiento de reclamación ante el Comité de Ministros, tenía plena legitimación para presentar la reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600.

[...]

POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE además, lo dispuesto en los artículos 17 N°s 5, 6 y 8, 18 N°s 5 y 7, 25 y 30 de la Ley N° 20.600; artículos 20, 24 y 29 de la Ley N° 19.300; artículos 3°, 15, 46 y 53 de la Ley N° 19.880, y demás disposiciones citadas,

SE RESUELVE:

- 1. Rechazar la reclamación** deducida en contra de la Resolución Exenta N° 1002, de 31 de agosto de 2016, y de la Resolución Exenta N° 1519, de 19 de noviembre de 2015, ambas del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su calidad de Secretario del Comité de Ministros.
- 2. No condenar en costas,** por tener la parte reclamante motivo plausible para litigar.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 129-2016

Tribunal Ambiental, Poder Judicial de Chile

http://consultas.tribunalambiental.cl/ambiental_portal/Web/Portal/LEX_POR_ExpedienteCausa.aspx?q=qwwwvEXYDPdGeq/+h7eqnhyp1rSuNmqvFIVe8fvhzhUt/YPiyaOWUy2ClgFFkSgdm7sStFbcd86gU9tGXsaO9yvVUeZy9oxhjYsdc9IGryl=
(5 de enero de 2018)

[Volver al índice](#)

G. Tercer Informe de la Corte Suprema, a la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, sobre el Proyecto de ley de identidad de género que analiza las modificaciones al artículo 8° que regula las solicitudes de cambio de sexo y nombre de menores de 18 años



TRIBUNAL PLENO

Oficio N° 13-2018.-

INFORME PROYECTO DE LEY 4-2018

Antecedente: Boletín N° 8.924-07-S.

Santiago, 22 de enero de 2018.

Mediante oficio N° 655/2018, de 16 de enero de 2018, y conforme con lo dispuesto por los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, el Abogado Secretario de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, don Hernán Almendras Carrasco, puso en conocimiento de esta Corte Suprema el proyecto de ley, iniciado en moción, de los senadores señoras Pérez San Martín y Rincón y señores Escalona, Lagos y Letelier, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. (Boletín 8924-07-S).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de 19 de enero del actual, presidida por el suscrito y con la asistencia de los Ministros señores Milton Juica Arancibia, Héctor Carreño Seaman, Carlos Künsemüller Loebenfelder y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun, Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouët, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar, Lamberto Cisternas Rocha y Ricardo Blanco Herrera, señoras Gloria Ana Chevesich Ruiz y Andrea Muñoz Sánchez y señores Carlos Cerda Fernández, Manuel Valderrama Rebolledo y Arturo Prado Puga, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL SEÑOR
PRESIDENTE
COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS ORIGINARIOS
H. CÁMARA DE DIPUTADOS
VALPARAÍSO**





TRIBUNAL PLENO

*Santiago, veintidós de enero de dos mil dieciocho.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que mediante oficio N° 655/2018, de 16 de enero de 2018, y conforme con lo dispuesto por los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, el Abogado Secretario de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, don Hernán Almendras Carrasco, puso en conocimiento de esta Corte Suprema el proyecto de ley, iniciado en moción, de los senadores señoras Pérez San Martín y Rincón y señores Escalona, Lagos y Letelier, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. (Boletín 8924-07-S).

Segundo: Que la versión del texto normativo aprobado por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, consta de 18 artículos permanentes y tres disposiciones transitorias.

En lo que refiere a los artículos permanentes, la iniciativa se divide en cuatro títulos. El primero de ellos, denominado "Del Derecho a la identidad de género", se aboca al derecho a la identidad de género y la rectificación de sexo y nombre registral, a las garantías derivadas del derecho a la identidad de género, a los principios del derecho a la identidad de género (nuevo artículo 2° bis) y al ejercicio del derecho de las personas a ser identificadas conforme a su identidad de género. El segundo título se aboca a regular el procedimiento de rectificación de sexo y nombre registral; el tercero se dedica a la rectificación de la partida de nacimiento y de los documentos de identificación en razón de la identidad de género y sus efectos, y el cuarto a las adecuaciones de leyes sectoriales para hacer operativa la nueva normativa. Finalmente, las disposiciones transitorias regulan la situación particular de las personas que hubieren obtenido cambio de nombre sin haber alcanzado la rectificación de su sexo, y la entrada en vigencia de la ley, diferida en un año desde su publicación, entre otros aspectos.

Tercero: Que las disposiciones que en esta oportunidad se consultan son los artículos 8 y 17 del proyecto.

El artículo 8 se refiere a la solicitud de rectificación de sexo y nombre registral de las personas menores de 18 años. En él se establece que el tribunal competente para conocer esta acción será aquel con competencia en materia de familia, del domicilio del respectivo niño, niña o adolescente. Esta solicitud se tramitará de acuerdo al procedimiento regulado en esta disposición, aplicándose supletoriamente la Ley N° 19.968.

El artículo 17, por su parte, introduce una modificación a la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, incorporando una nueva competencia a estos juzgados, cual es, el conocer "asuntos en que se solicite la rectificación de la partida de nacimiento de un niño, niña o adolescente, así como de personas mayores de edad con vínculo matrimonial no disuelto". Para ello incorpora un nuevo numeral 17 al artículo 8 de dicha ley, pasando el actual 17 a ser 18.

Cabe mencionar que con anterioridad esta Corte, se pronunció acerca del proyecto de ley en comento, en los oficios N° 79-2013 de fecha 18 de junio de 2013, N° 129-2015 de fecha 23 de noviembre de 2015 y N° 158-2016 de fecha 10 de noviembre de 2016.

Cuarto: Que en particular, la primera de las normas consultadas por la Comisión de Derechos humanos y Pueblos Originarios de la Cámara y, en general, las disposiciones que han sido objeto de observaciones en informes previos por la Corte Suprema, se concentran en el Título Segundo de la iniciativa, referente al "Procedimiento de rectificación de sexo y nombre registral", disponiendo, en términos generales, que el órgano competente para conocer de la solicitud de rectificación de sexo y nombre será el Servicio de Registro Civil e Identificación (SRCel), a menos que el solicitante mantenga vínculo matrimonial no disuelto o se trate de un niño, niña o adolescente, caso en el cual conocerán los juzgados de familia. Se dispone que en el procedimiento seguido ante el SRCel, este Servicio limitará su actuación a la verificación de la identidad del requirente, sin poder exigir antecedentes adicionales para acoger la respectiva solicitud. En lo que toca al procedimiento seguido ante los tribunales de familia, la iniciativa hace la distinción, según se trate de una persona mayor de edad con vínculo matrimonial no disuelto, o bien se trate de una persona menor de 18 años, estableciendo distintos procedimientos conforme a las particularidades de estos grupos de solicitantes, distanciándose con ello de la anterior versión de la iniciativa que, dentro del grupo de los menores de edad, subdistinguía entre adolescentes y menores de 14 años.

Quinto: Que el artículo 8 del proyecto de ley en análisis, viene a establecer el procedimiento de solicitud de rectificación de sexo y nombre en los casos en que el solicitante sea menor de 18 años. Esta disposición -desde su introducción al proyecto de ley en el año 2015- ha sido modificada en dos oportunidades, como se puede apreciar en la tabla que se acompaña en los anexos a este informe.

Para una mayor claridad, transcribiremos a continuación el texto íntegro de la norma en consulta:



TRIBUNAL PLENO

***ARTÍCULO 8°.- DE LA SOLICITUD DE RECTIFICACIÓN DE SEXO Y NOMBRE REGISTRA DE LAS PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS.**

Las solicitudes que se refieran a personas menores de 18 años, entendiéndose por estas los niños, niñas y adolescentes, se presentarán ante el Tribunal con competencia en materia de familia de su domicilio, conforme con el procedimiento especial consagrado en el presente artículo, aplicándose supletoriamente lo dispuesto en la ley N° 19.968.

La solicitud a que se refiere el presente artículo, deberá ser presentada por el padre y madre conjuntamente, a menos que uno de los dos no fuere habido o, a juicio del Tribunal, fuese improcedente, caso en el cual bastará la presentación por parte de uno, su representante legal o por quien lo tenga legalmente bajo su cuidado personal.

Para fundar la solicitud, deberán acompañarse, a lo menos uno, de los siguientes antecedentes:

a) Un informe de salud mental que se refiera a la identidad de género del niño, niña o adolescente que presentó la solicitud, y a la coincidencia entre ésta y el sexo registrado en su acta de inscripción de nacimiento;

b) Un informe que acredite que el niño, niña o adolescente y su entorno familiar, han recibido acompañamiento u orientación por parte de profesionales de educación o de salud, por al menos 2 años previos a la solicitud; y

c) Un informe psicológico o psicosocial que descarte la influencia determinante de terceros, como el padre, madre, representante legal, quien tenga legalmente el cuidado personal del niño, niña o adolescente u otros adultos significativos, sobre la voluntad expresada por éste en cuanto a su identidad de género.

Recibida la solicitud, y habiéndose cumplido con lo dispuesto en el inciso anterior, el juez la admitirá a tramitación y citará al niño, niña o adolescente junto a quienes presentaron la solicitud a una audiencia dentro de un plazo de quince días. En esta audiencia, el juez deberá informar a las personas que correspondan según el inciso segundo sobre las características de la rectificación y sus consecuencias.

En esta audiencia, el niño, niña o adolescente ejercerá su derecho a ser oído, directamente ante el juez y un Consejero Técnico, y manifestará su voluntad de rectificar su sexo o nombre registrales. A su vez, se le consultará a las personas señaladas en el inciso segundo para que den testimonio ante el Tribunal del tránsito

vivido por el niño, niña o adolescente en cuanto a su identidad de género. Toda actuación del niño, niña o adolescente deberá sustanciarse en un ambiente adecuado que asegure su salud física y psíquica, en condiciones que garanticen su participación voluntaria, su privacidad y su seguridad.

Asimismo, su opinión siempre será debidamente considerada por el juez, en consonancia con la evolución de sus facultades y en todo momento se velará por su interés superior.

En el evento que el niño, niña o adolescente presentare dificultades de comunicación, por ser éste sordo, mudo, sordomudo que no pueda darse a entender claramente, o no hablar el idioma castellano, serán aplicables las reglas contenidas en los artículos 42 y 43 de la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Si las dificultades de comunicación fueran de otro tipo, debe asegurarse, por parte del juez, que éste ejercerá de todas formas su derecho a ser oído y podrá expresar su voluntad.

Además, si el solicitante lo pidiera o el Tribunal lo ordenase, se podrá citar a una audiencia a los adultos significativos o personas determinadas que conozcan la forma de vida del niño, niña o adolescente, como también, al o los médicos y psicólogos que lo hayan atendido, si fuera el caso, para que declaren respecto de la vida cotidiana de aquel, o respecto a sus conclusiones diagnósticas, según corresponda. Las declaraciones de que trata este artículo se efectuarán según las normas de los testigos y peritos respectivamente, señaladas en la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

En esta audiencia, en la que se oirá a quienes hayan sido citados conforme a los incisos anteriores, se ofrecerá la prueba y se recibirá aquella admitida por el Tribunal. En caso de que fuere necesario, para la adecuada rendición de la prueba y una adecuada resolución del asunto, se celebrará una nueva audiencia, la que deberá llevarse a cabo, dentro del plazo de 30 días desde la realización de la audiencia señalada precedentemente. Este plazo podrá ser prorrogado por una sola vez, por el mismo término, si no es posible recibir la prueba que se hubiera admitido y/o decretado previamente por el Tribunal.

El juez ordenará la realización o reiteración de los informes señalados en el inciso tercero que no se hubiesen acompañado a la solicitud o le hubieran parecido insuficientes.

A su vez, el juez podrá ordenar la comparecencia y declaración de los especialistas que han emitido informes que se hayan acompañado al procedimiento.



TRIBUNAL PLENO

En ningún caso el juez podrá decretar la realización de exámenes físicos al niño, niña o adolescente.

Para resolver, el Tribunal debe tener a la vista los informes contemplados en el inciso tercero del presente artículo, debiendo asegurarse, además, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 64 de la ley N° 19.968, que las partes y el consejo técnico puedan formular las observaciones que les merezca toda la prueba que se haya presentado.

La sentencia definitiva deberá ser fundada, tener en consideración la opinión del niño, niña o adolescente y podrá ser impugnada de acuerdo con el régimen de recursos aplicable a los asuntos contenciosos en materias de familia.

La apelación de la sentencia definitiva se concederá en ambos efectos. La vista de este recurso gozará de preferencia para su vista y fallo.

Sexto: Que en el artículo en estudio, al igual que en sus textos anteriores, se establece que serán los tribunales con competencia en materias de familia los competentes para conocer los asuntos que regula.

En este punto es relevante destacar que en informe evacuado por la Corte Suprema respecto al proyecto de ley en comento, mediante oficio N° 129-2015, de fecha 23 de noviembre de 2015, precisamente en lo relativo al tribunal competente para conocer de solicitudes efectuadas por menores de edad, se expresó lo siguiente:

"Décimo: Que adicionalmente, los nuevos artículos 7° y 8° del proyecto de ley establecen normas especiales del procedimiento de rectificación de nombre y/o sexo en base al reconocimiento del derecho a la identidad de género, para el caso en que los solicitantes sean niños, niñas o adolescentes, consagrando garantías procedimentales específicas, como el derecho a ser oído "en un ambiente adecuado que garantice su salud física y psíquica", a que se considere su opinión en virtud de su autonomía, a que se asegure su derecho a una nueva rectificación al llegar a la mayoría de edad, y a que se respete su interés superior, entre otros. El artículo 16 de la Ley N° 19.968 señala que la misma tiene por objetivo "garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías", agregando que "[e]l interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.". Por otro lado, entre las materias de conocimiento de los tribunales con competencia en materia de familia

UNEP/WHO

establecidas en el artículo 8° de la Ley N° 19.968, es posible observar que el legislador entrega en particular a estos tribunales, el conocimiento de aquellas causas en las que se ven involucrados niñas, niños y adolescentes:

Undécimo: Que por las consideraciones anteriores, en virtud del cambio en el articulado del proyecto de ley, y a las consecuencias que dicho cambio implican para el sistema judicial, es que parece razonable considerar que el tribunal competente para conocer de la rectificación del nombre y/o sexo en base al reconocimiento del derecho a la identidad de género, sea el tribunal con competencia en materias de familia, habida cuenta de que son estos los tribunales creados especialmente para el conocimiento y fallo de asuntos donde aparecen comprometidos los intereses de niños, niñas y adolescentes, y de aquellos donde se ventilan cuestiones relativas al estado civil de las personas y su modificación”.

Séptimo: Que a su vez, en informe evacuado por la Corte Suprema mediante oficio N° 158-2016, de fecha 10 de noviembre de 2016, el máximo tribunal expresó:

“Cuarto: (...) Teniendo en consideración lo anterior, se estima que la reforma propuesta resulta adecuada, al reservar el procedimiento judicial para obtener la rectificación de su sexo y nombre para atender a su verdadera identidad de género, cuando la solicitud sea efectuada por una persona casada o un menor de edad, por cuanto en dichos casos los tribunales de familia resultan ser los órganos más adecuados para conocer de estas materias en atención a la serie de otros asuntos patrimoniales y jurídicos asociados que ya son de competencia de estos juzgados, como lo relativo al deber de velar por el interés superior del niño y adoptar medidas de protección de sus derechos y al deber de regular las relaciones entre los cónyuges y para con sus hijos una vez disuelto el matrimonio (compensación económica, alimentos, cuidado personal y relación directa y regular, etc.)”.

De esta manera, respecto a la modificación al artículo 8° del proyecto de ley en estudio, que mantiene el conocimiento de las solicitudes de rectificación de sexo y nombre efectuadas por personas por menores de 18 años radicado en los tribunales de familia, se debe señalar que dicha reforma parece razonable y, por lo demás, es consistente con lo señalado por la Corte Suprema en sus informes previos.

Octavo: Que impuesto el Tribunal Pleno del tenor del proyecto de ley remitido para el análisis de esta Corte, se manifestaron dos pareceres con igual número de adhesiones.

El Presidente señor Brito y los Ministros señores Juica, Künsemüller, Silva y Cisternas, señoras Chevesich y Muñoz y señor Cerda, estuvieron por informar el



TRIBUNAL PLENO

proyecto recibido en relación a sus artículos 4º, 7º, 8º, 13 y 17, según las razones que se expondrán.

Por su parte, los ministros señor Carreño, señoras Maggi, Egnem y Sandoval, señores Fuentes, Blanco, Valderrama y Prado fueron de opinión de informar en lo concerniente al artículo 8º de la consulta, de acuerdo a las consideraciones que se expresarán.

I. El Presidente señor Brito y los Ministros señores Juica, Könsemüller, Silva y Cisternas, señoras Chevesich y Muñoz y señor Cerda, estuvieron por informar el proyecto recibido en los siguientes términos:

1º) Que el artículo 8º en estudio, unifica el procedimiento a seguir ante la solicitud de rectificación de sexo y/o nombre presentada por un menor de 18 años. Con anterioridad a esta modificación, el texto aprobado el año 2016, establecía procedimientos diferenciados en caso de ser la solicitud presentada por un niño o niña (menor de 14 años) –artículo 6º– o por un adolescente (mayor de 14 años, pero menor de 18) – artículo 7º–.

El artículo 7º, referido a la solicitud presentada por el o la adolescente decía:

“Las personas que hayan cumplido 14 años y no hayan alcanzado la mayoría de edad, podrán efectuar la solicitud a que se refiere esta ley de manera personal ante el tribunal con competencia en materia de familia de su domicilio, acompañando todos los antecedentes que considere pertinentes para fundar su solicitud.

En caso de concurrir sin su padre, madre, representante legal o quien tenga legalmente su cuidado personal, el juez nombrará un defensor conforme al sistema de protección de menores que exista al momento de la solicitud.

La tramitación de la solicitud se regirá por las mismas reglas establecidas en el artículo anterior.

Con todo, en caso de contar con el consentimiento tanto del padre como de la madre, o en su defecto, de todos quienes lo representen legalmente o tengan legalmente su cuidado personal, según corresponda, la solicitud se tramitará de acuerdo a lo establecido en el título II de esta ley, debiendo ser suscrita por todos ellos”.

2º) Que es menester hacer presente que cuando esta Corte informó el proyecto en el año 2016, no hizo reparos al hecho que existieran dos procedimientos separados, explicando que la diferencia se encontraba en que los adolescentes podían efectuar la solicitud de manera personal, acompañando los antecedentes que consideraran pertinentes para fundarla, y que en caso de concurrir sin su padre o madre, se le habría de nombrar un defensor. En lo demás, la tramitación de la solicitud se regía

por las mismas reglas del procedimiento previsto para la rectificación de sexo y nombre presentado por niños y niñas, por lo que el informe de la Corte se remitió a las observaciones hechas en ese acápite.

Sin perjuicio de lo anterior, centró sus observaciones en la regulación prevista para el caso que el adolescente contara con el consentimiento de ambos padres, evento en el cual la solicitud se tramitaría "conforme a las normas generales de rectificación de nombre y sexo de personas mayores de edad", cuestión que a la Corte le pareció poco clara y pidió se precisara si aquella regla se refería a que la solicitud debía tramitarse ante el Servicio de Registro Civil, o ante los Tribunales de Familia, advirtiendo que cualquiera sea la opción en cuanto al órgano que debe conocer de la solicitud, *"debe tenerse presente que en este caso no se requerirán informes de salud mental, psicológicos o sicosociales, por lo que no habrá forma de controlar que el adolescente no esté padeciendo de un trastorno de personalidad, ni que sean los padres quienes realmente están imponiendo la decisión del adolescente."*

Si bien pudiera pensarse que la decisión de unificar el procedimiento en el proyecto que se comenta, salva, de alguna manera, la dificultad señalada, entregando una mayor protección a los adolescentes en el caso puntual antes aludido, lo cierto es que ha de tenerse presente que la justificación de considerar un procedimiento especial, en que el adolescente pueda presentar su solicitud personalmente, tiene que ver con el principio de autonomía progresiva reconocida en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 5º) y que se relaciona con otros principios/derechos como son el interés superior del niño y el derecho a ser oído. Permitir el ejercicio progresivo de los derechos es una responsabilidad del Estado y de las familias, a quienes corresponde apoyar y proteger el desarrollo de los niños de manera que alcancen, gradualmente, la autonomía en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo a la evolución de sus facultades.

3º) Que desde un punto de vista de coherencia con el sistema jurídico general, parece razonable avanzar en la línea de distinguir entre niños y niñas y adolescentes, desde que, si por una parte se ha establecido un estatuto de responsabilidad penal adolescente que adelanta la responsabilidad a aquellos que tengan más de 14 y menos de 18 años de edad, no se ve la razón para limitar el ejercicio autónomo de derechos, como el que nos ocupa en este informe, en ese mismo rango etario, teniendo especialmente presente que dice relación con un aspecto de definición de la propia identidad.



RIBUNAL PLENO

Al hacer un análisis más pormenorizado de la norma en comento, se procurará advertir algunas dificultades que puede generar la unificación de procedimientos.

4º) Que una de las modificaciones al procedimiento ante la solicitud de rectificación de sexo y/o nombre efectuada por niños, niñas y adolescentes, dice relación con el informe de salud mental que debe ser acompañado junto con la solicitud.

En el texto anterior de la ley, se disponía que para fundar la solicitud, se podía acompañar, facultativamente, un informe mental del niño o niña, el cual tenía por finalidad descartar la presencia de trastornos de personalidad que le hayan estado provocando una convicción errónea sobre su identidad de género¹.

Por su parte, el nuevo artículo 8º modifica lo anterior, estableciendo la obligatoriedad de acompañar dicho documento, por una parte, y cambiando el objetivo del mismo, desde que establece que éste debe referirse a la coincidencia entre la identidad de género del niño, niña o adolescente que presentó la solicitud, y el sexo registrado en su acta de inscripción de nacimiento.

Esta modificación es relevante y se condice con los objetivos y espíritu de la ley en comento, pues traslada la percepción sobre la identidad de género desde una condición o trastorno mental a un derecho inherente de la persona humana. Es en este sentido en el que está redactado el actual artículo 1^{a2} y 2^{a3} del proyecto de ley, y es consecuente con las resoluciones internacionales de reconocimiento y protección de los derechos de la comunidad LGBTBI⁴.

¹ Artículo 6, inciso segundo: Para fundar la solicitud, podrán acompañarse todos los antecedentes que se consideren pertinentes, especialmente los siguientes: a) Informe de salud mental del niño o niña, que descarte la presencia de trastornos de personalidad que le estén provocando una convicción errónea sobre su identidad de género (...).

² ARTÍCULO 1º.- DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y LA RECTIFICACIÓN DE SEXO Y NOMBRE REGISTRAL.

El derecho a la identidad de género consiste en la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos.

Para efectos de esta ley, se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento.

Lo dispuesto en los incisos anteriores podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sea libremente escogida.

³ ARTÍCULO 2º.- GARANTÍAS DERIVADAS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO. Toda persona tiene derecho:

a) Al reconocimiento y protección de lo que esta ley denominará identidad y expresión de género. Se entenderá por expresión de género la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado.

b) Al libre desarrollo de su persona, conforme a su identidad y expresión de género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible.

c) A ser reconocida e identificada conforme a su identidad y expresión de género en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, en conformidad con lo dispuesto en esta ley. Asimismo, las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en los registros oficiales deberán ser coincidentes con dicha identidad.

Ninguna norma o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir, suprimir o imponer otros requisitos que los contemplados por esta ley para el ejercicio de este derecho. No será condición para el reconocimiento del derecho a la identidad de género haberse sometido a algún tipo de intervención o tratamiento modificatorio de la apariencia.

⁴ En este sentido se han expresado las resoluciones específicas sobre diversidad sexual y de género, OEA, de los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014; resolución sobre Promoción y Protección de los Derechos Humanos,

5º) Que el antiguo artículo 6º del proyecto de ley en análisis establecía la posibilidad de oposición a la solicitud por parte del padre, madre, representante legal o quien tenga legalmente su cuidado personal. Al respecto la Corte Suprema en oficio N° 158-2016 expresó:

"Décimo: (...) Sin embargo, el proyecto de ley tiene por defecto que no precisa cuáles son los motivos que habilitan a un padre, madre, representante legal o cuidador a oponerse a la solicitud de rectificación de sexo y nombre, por lo que es obscuro si es admisible invocar cualquier motivo de oposición o si se limita a las cuestiones que el juez debe verificar a través de los informes que se exigen acompañar. De la lógica de la norma, uno podría deducir que las causales de oposición se limitan a i) la existencia de un trastorno de personalidad que provoca una convicción errónea sobre la identidad de género del niño o niña, ii) la existencia de una voluntad determinante del padre, madre, representante legal o cuidador que ha formulado la solicitud, la que se está imponiendo por sobre la voluntad expresada por el niño o niña en cuanto a su identidad de género y iii) la ausencia de un acompañamiento u orientación especialista del niño o niña y el entorno familiar por una extensión de, a lo menos, un año previo a la solicitud. Sin embargo, lo ideal sería que este aspecto tan fundamental no tuviera que deducirse, y en su lugar, se estableciera expresamente si la oposición a la solicitud de rectificación de sexo y nombre se limita a las causales señaladas o si puede fundarse en otras razones".

Las dificultades expresadas por la Corte Suprema, no sólo ponían en peligro la práctica del derecho a vivir libremente la identidad de género que cada niño, niña y adolescente siente y experimenta como propia, sino que era contraria al espíritu mismo de ley; la solución que consagra el proyecto en esta ocasión es derechamente suprimir la mención expresa a la oposición. Ello pareciera ser congruente con el contenido del inciso segundo del artículo 8º propuesto, que a diferencia de la versión anterior –que exigía que la presentación de los niños y niñas fuera hecha “por el padre, madre, representante legal o por quien lo tenga legalmente bajo su cuidado personal” – ahora exige que la solicitud sea presentada “por el padre y madre conjuntamente, a menos que uno de los dos no fuere habido o, a juicio del Tribunal, fuese improcedente”. De esta última disposición, pareciera

aprobada. en 2016. Más antecedentes en el XV Informe Anual de los Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile; resolución sobre Promoción y Protección de los DDHH, aprobada en 2017. Más antecedentes en el XVI Informe Anual de los Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile; Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, OEA, 2013; Resoluciones ONU sobre DDHH, orientación sexual e identidad de género, de 2011, 2014 y 2016 de la ONU; pronunciamiento de la Corte Interamericana de 2017, en la cual insta a los Estados a avanzar en el matrimonio igualitario y normas que permitan el cambio de nombre y sexo legal de las personas trans; entre otros.



TRIBUNAL PLENO

desprenderse la necesidad de lograr un consenso entre los padres para formular la petición ante el tribunal de familia, lo que en teoría anularía las posibilidades de que alguno de ellos se opusiera al procedimiento. En todo caso, queda la duda sobre la procedencia efectiva de la oposición en caso que el tribunal haga lugar a la solicitud bajo la hipótesis de "improcedencia" de la necesidad de consentimiento de uno de los padres, o de otras hipótesis de interesados que podrían pretender oponerse al procedimiento, considerando que por aplicación supletoria de la ley N° 19.968 podría resultar seguir siendo aplicable la oposición.

Con todo, en relación a la necesidad de que la solicitud sea presentada de común acuerdo por los padres, cabe advertir que tratándose, al menos, de adolescentes, es una exigencia que puede transformarse en una verdadera limitación al ejercicio de su autonomía, por lo que parece aconsejable mantener el derecho a oponerse consagrado en la versión anterior, ya que eso permite que sea en sede jurisdiccional donde se arbitre una salida a una cuestión que afectará directamente al adolescente en su derecho a que le sea reconocida su identidad de género.

A propósito de este punto, en informe 158-2016, la Corte Suprema se pronunció a favor de la citación de especialistas a la audiencia a fin de complementar los informes documentales acompañados. Así señaló:

"Décimo: (...) Por otra parte, al menos en los casos en que exista oposición de un padre, madre, representante legal o cuidador a la solicitud de rectificación de sexo y nombre, sería conveniente que se pudiera solicitar, en adición a los informes requeridos, la comparecencia y declaración de los especialistas que confeccionaron los mismos, puesto que sólo de tal manera se podrá verificar adecuadamente la idoneidad y suficiencia de los informes mediante el interrogatorio de los expertos que los confeccionaron. Por lo demás, sólo exigiendo la declaración de tales peritos podría habilitarse a las partes y al consejo técnico para que realmente puedan formular adecuadamente las observaciones de sustancia que les merezca esta prueba, tal como contempla el proyecto de ley en estudio".

6°) Que el artículo 8 en comento, establece en su inciso octavo, que se podrá citar a audiencia a los adultos significativos o personas determinadas que conozcan la forma de vida del niño, niña o adolescente, como también, al o los médicos y psicólogos que lo hayan atendido, si fuera el caso, para que declaren respecto de la vida cotidiana de aquel, o respecto a sus conclusiones diagnósticas, según corresponda. Estas declaraciones se efectuarán según las normas de los testigos y peritos respectivamente, señaladas en la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de

Familia. Asimismo el inciso 11 del artículo en comento, faculta al juez a ordenar la comparecencia y declaración de los especialistas que emitieron los informes acompañados al procedimiento.

La inclusión de estos incisos es positiva, en tanto, como ha señalado la Corte Suprema, las declaraciones de tales testigos y peritos, habilitarán a las partes y al consejo técnico para entender la situación a la cual se enfrentan, facultándolos para formular observaciones apropiadas a la prueba, y que sean respetuosas con las garantías y principios consagrados en el proyecto de ley en estudio.

7º) Que como otros cambios relevantes incorporados por la versión del proyecto en análisis del artículo en estudio, se cuenta la necesidad de acompañar, obligatoriamente, alguno de los medios de prueba que enumera el inciso tercero, pues en su versión anterior, como se dijo, ello era facultativo. En todo caso, llama la atención que, en circunstancias que los literales de esta disposición contienen cuestiones de hecho diversas, que hay que acreditar, el proyecto haga facultativo acompañar, uno cualquiera de esos medios probatorios, limitando el conocimiento que pueda obtener el tribunal a tan sólo alguno de los aspectos involucrados en la decisión.

Asimismo, dentro de esos medios probatorios, destaca el de la letra b), referente al informe que acredite que el NNA y su entorno familiar, ha recibido acompañamiento u orientación por profesionales de educación o salud por al menos dos años, ampliando de esta manera el período exigido en la versión anterior, que era de un año.

8º) Que un examen atento del artículo 8º permite advertir que el procedimiento resulta algo confuso en cuanto a la forma en que se organizan las audiencias previstas.

En efecto, en el inciso 4º se establece que una vez recibida la solicitud y los antecedentes fundantes, el juez la admitirá a tramitación y citará a una audiencia en que oír al NNA y a quienes presentaron la solicitud. Esta es una primera audiencia. En tanto, en el inciso 8º, se señala que si el solicitante lo pidiera o el tribunal lo ordenase, se podrá citar a una audiencia a los adultos significativos o personas determinadas que conozcan la forma de vida del NNA, o a los médicos y psicólogos que lo hayan atendido, y se dan reglas acerca de cómo deben declarar. ¿Es esta una nueva audiencia o la misma anterior? no queda claro. Además, se señala que en esta audiencia "se ofrecerá la prueba" y se recibirá aquella admitida por el tribunal. Si se ofrece prueba, es porque habrá de haber necesariamente una tercera audiencia donde ésta se rendirá, sin embargo, la norma plantea sólo como eventualidad la verificación de una nueva audiencia, ya que señala que en caso de



TRIBUNAL PLENO

ser necesario para la adecuada rendición de la prueba y resolución del asunto se celebrará una nueva audiencia dentro del plazo de 30 días desde la anterior.

En definitiva, resulta aconsejable afinar el procedimiento, clarificando todas las etapas previstas y sus objetivos, porque tal como ahora se presenta existen dificultades para desentrañar lo que se pretende.

Por último, se concuerda en que la apelación se conceda en ambos efectos y que la vista del recurso goce de preferencia; no queda claro, sin embargo, a qué apunta la preferencia que se le asigna "al fallo", ya que no se establece un plazo para dictar la sentencia.

9º) Que el artículo 17, con la finalidad de generar coherencia entre el nuevo procedimiento introducido por el artículo 8 y la legislación actual referente a tribunales de familia, viene a incorporar dentro del artículo 8 de la ley 19.968, relativo a las materias de competencia de tribunales de familia, el conocimiento de las solicitudes de rectificación de sexo y/o nombre efectuada por menores de 18 años. Este artículo es de todo apropiado y sobre el mismo no hay mayores observaciones que efectuar.

No obstante, cabe mencionar que, dentro de las disposiciones relativas a la adecuación de diversos cuerpos legales al proyecto de ley en comento, no se contempla modificación al artículo 67 de la ley 19.968, referente a los recursos que proceden en contra de las resoluciones emitidas por el tribunal de familia.

En este contexto, es recomendable introducir una modificación al numeral 3º del dicho artículo 67, relativo a las excepciones a la regla general sobre el efecto en el cual se concede la apelación de la sentencia definitiva. Así, en concordancia con lo establecido por el artículo 8 inciso final², el efecto en el cual se concede la apelación de la sentencia emanada del procedimiento en comento, debe considerarse como una excepción a la regla general y de tal manera debería expresarse en el texto de ley sobre tribunales de familia.

10º) Que por considerar que está en estrecha relación con la norma consultada (artículo 8º), se echa de menos, en el nuevo proyecto, lo dispuesto en el artículo 9º de la anterior versión, que regulaba el derecho del NNA a solicitar, por una vez más, la rectificación de su nombre y sexo, personalmente y a partir de que haya llegado a la mayoría de edad.

11º) Que siempre en relación al artículo 8º, sería conveniente que se explicitara en mejor forma lo atinente a los antecedentes fundantes de la solicitud, en el sentido de clarificar si se trata de una cuestión admisibilidad o bien, si constituirá la

² ARTICULO 8. Inciso final: La apelación de la sentencia definitiva se concederá en ambos efectos. La vista de este recurso gozará de preferencia para su vista y fallo.

oportunidad en que el solicitante deberá acompañar con el carácter de prueba los antecedentes que dicha norma de la iniciativa enumera, referentes, por lo demás, a hipótesis distintas. Dicha aclaración resulta pertinente si se considera que más adelante el mismo artículo, en su inciso décimo, establece: *el juez ordenará la realización la realización o reiteración de los informes señalados en el inciso tercero que no se hubiesen acompañado a la solicitud o le hubieran parecido insuficientes.*

De lo anterior se puede desprender que lo previsto en el inciso tercero en referencia se dirigiría, más bien, a estatuir una exigencia de admisibilidad, dado que luego pesa sobre el juez el deber de ordenar la realización o reiteración de tales informes.

12º) Que, además del artículo 8º del proyecto, el texto recibido revela que existen otros artículos que refieren a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia. En efecto, los artículos 4º, 7º, 13 y 17 contienen normas relativas a la competencia y, por lo tanto, también corresponden al informe asignado a este tribunal por el artículo 77 de la Constitución Política de la República.

13º) Que el artículo 4º fija el órgano competente para conocer de la rectificación de sexo y nombre y, en su inciso segundo, se refiere al caso en que el solicitante mantenga vínculo matrimonial no disuelto o se trata de un niño, niña o adolescente, circunstancias en que será competente para conocer de la solicitud el tribunal con competencia en materias de familia correspondiente al domicilio del cónyuge o del solicitante.

En concepto de quienes suscriben esta opinión, cabe informar favorablemente esta norma de competencia.

14º) Que el inciso penúltimo del artículo 7º también contiene una norma que cae dentro del ámbito de lo que a esta Corte Suprema le corresponde informar, puesto que, refiriéndose a la resolución sobre la rectificación, la terminación del matrimonio, así como respecto de cualquier otra materia accesorio que se hubiere ventilado en el procedimiento, se expresa que la sentencia definitiva, a la que le será aplicable el régimen general de recursos dispuesto en materias de familia, será apelable en ambos efectos y gozará de preferencia para su vista y fallo. Esto último parece innecesario dado que en el artículo 8º se incorpora la misma norma.

Sin embargo, esta preferencia para la vista y fallo de la apelación que se asignaría en materias de protección al derecho de identidad de género se apartaría del régimen general del recurso de apelación existente en el procedimiento de familia, en el que se dispone que el recurso de apelación se concede en el solo efecto devolutivo, salvo ciertos asuntos señalados en el número 3) del artículo 67 de la Ley N° 19.968. Tal diferencia no aparece debidamente justificada si se considera



TRIBUNAL PLENO

que, tratándose de asuntos de competencia de los juzgados de familia, existen otros que por su trascendencia y recurrencia ameritarían disponer una norma similar.

En el contexto descrito en el párrafo precedente cabe observar que sería conveniente estatuir, o bien la preferencia para la vista y fallo de todos los recursos de apelación dispuestos en el procedimiento de familia o, simplemente, que no se asigne a ninguno de ellos tal particularidad, a los efectos de evitar distinciones que importen una discriminación respecto de asuntos de alta importancia previstos en la Ley N° 19.968.

15°) Que por su parte, el artículo 13 del proyecto, concerniente a la reserva del procedimiento y a la confidencialidad de los documentos rectificadas, expresa que *tanto el procedimiento seguido ante la autoridad administrativa como ante los tribunales con competencia en materias de familia tendrán el carácter de reservados respecto de terceros, y toda información vinculada a ellos será considerada como dato sensible, sin perjuicio de los deberes de notificación señalados en el artículo 10 (...).*

Para quienes suscriben la presente opinión, dicha norma de la iniciativa en estudio no merece reparos.

16°) Que, asimismo, el artículo 17 del proyecto contiene un procedimiento especial que se agrega a propósito de las materias previstas en el artículo 8° de la Ley N° 19.968 y que son de competencia de los juzgados de familia. Puntualmente, incorpora un nuevo número 17 al artículo 8° de la referida ley especial, pasando el actual numeral 17 a ser 18. Sin embargo, nada se dice en relación a la repercusión que dicho cambio tendrá en el artículo 67 de la ley en mención, en especial en cuanto regula el recurso de apelación en ambos efectos, en el que no se hace alusión a los señalados numerales. Lo dicho constituye un aspecto que se debiera revisar y corregir.

II. Por su parte, los ministros señor Carreño, señoras Maggi, Egnem y Sandoval, señores Fuentes, Blanco, Valderrama y Prado expresan que, si bien concuerdan con las normas consultadas, artículos 8 y 17 del proyecto –únicas a las que estimó correspondía referirse- estuvieron por hacer constar que consideran del todo inconveniente y limitativa para los jueces en sus facultades de conocer y resolver los asuntos de relevancia jurídica, según lo consagra el artículo 76 de la Constitución Política de la República, constituida por la prohibición que el artículo 8° determina en orden a que no podrán decretar exámenes físicos a los menores de 18 años. Este texto tampoco deja claro si se incorporan también en la prohibición los exámenes de laboratorio y a consultas a un especialista distinto a los que dictaminan respecto de

su salud mental. Asimismo, consideran que es necesario hacer presente que la ley del ramo, precisamente en materias de familia, ha concedido expresamente iniciativa probatoria a los jueces, además de consagrar la libertad de prueba (artículos 28 y 29 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia), atendida la enorme importancia que atribuye a la decisión en este ámbito.

Finalmente, quienes suscriben este parecer estiman que el inciso tercero del artículo 8° en comento ha debido requerir el acompañamiento de todos los antecedentes que se describen en las letras a), b) y c) que le siguen, con la observación que en la letra b) sería conveniente sustituir la conjunción "o" por "y".

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se informa en los términos precedentemente expuestos el proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

Oficiese.

PL-4-2018°.

Saluda atentamente a US.



JORGÉ SÁEZ MARTÍN
Secretario



HAROLDO BRITO CRUZ
Presidente

Bolivia

A. Proyecto de Ley presentado por el presidente Evo Morales y aprobado por ambas Cámaras, que “abroga” [sic] el Código del Sistema Penal y ordena la creación de un Consejo Nacional de Reforma del Sistema Penal¹⁸


ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL DE BOLIVIA
CÁMARA DE DIPUTADOS

CÁMARA DE DIPUTADOS
PRESIDENCIA
Nº REG. 09 ENE 2018 Nº FOLIOS 47
RECIBIDO 10.49
+ 2 ejemplares + 1 C.D.

La Paz, 08 de enero del 2018

PL- 464-17

CÁMARA DE DIPUTADOS
SECRETARÍA GENERAL
6746
09 ENE 2018
ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL
HORA 11:00 + 2 Ejemplares + 1 C.D.

Señora:
Gabriela Montaña Víaña
**PRESIDENTA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS
ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL DE BOLIVIA**
Presente.

Ref.: PROYECTO DE LEY

De nuestra consideración:

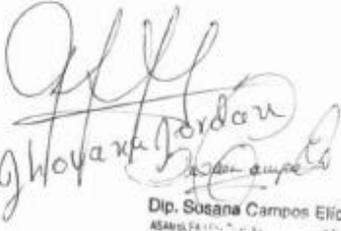
En el marco del Reglamento General de la Cámara de Diputados, remitimos a su Presidencia el Proyecto de Ley "Qué Abroga el Código del Sistema Penal Ley 1005 de 15 de diciembre de 2017 y la creación del Consejo Nacional de Reforma del Sistema Penal".

Asimismo, en observancia a los requisitos establecidos al efecto, adjuntamos cuatro ejemplares del Proyecto de Ley y el medio magnético correspondiente.

Con este motivo saludamos a usted con las consideraciones más distinguidas.


Gabriela Montaña Víaña
DIPUTADA NACIONAL
CÁMARA DE DIPUTADOS


Gonzalo Toro Balluca
DIPUTADO NACIONAL
CÁMARA DE DIPUTADOS


Dip. Susana Campos Elío
ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL DE BOLIVIA
CÁMARA DE DIPUTADOS


CÁMARA DE DIPUTADOS
2017 - 2018

PLAZA MURILLO
ASAMBLEA LEGISLATIVA
PLURINACIONAL DE BOLIVIA
LA PAZ - BOLIVIA

TELE: (591-2) 2201120
FAX: (591-2) 2201663
WWW.DIPUTADOS.BO

¹⁸ La aprobación del Código Penal y el análisis de las modificaciones en relación al aborto (art. 157), fueron publicados en el Boletín Jurídico de diciembre de 2017 (Año XIII, N°3). <http://derechoreligion.uc.cl/es/docman/boletin-juridico/2017-1/1240-boletin-juridico-diciembre-2017/file>



ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL DE BOLIVIA
CÁMARA DE DIPUTADOS

CÁMARA DE DIPUTADOS
A LA COMISIÓN DE
CONSTITUCIÓN,
LEGISLACIÓN Y
SISTEMA ELECTORAL
SECRETARÍA GENERAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

A partir de la promulgación del Código del Sistema Penal Ley 1005 de 15 de diciembre de 2017, diversos sectores de la ciudadanía manifestaron su rechazo a la ley arguyendo diferentes motivos; todos confluyen en que el sistema penal aprobado en lugar de protegerlos conculca sus derechos fundamentales y su dignidad como personas.

Considero que es momento que la Asamblea Legislativa Plurinacional recupere credibilidad y respeto del pueblo boliviano al cual representamos, mismo que depositó su confianza mediante su voto.

En este marco y luego de un análisis técnico jurídico del código del sistema penal se establece que si bien la finalidad y principios enunciados en el mismo son plausibles, el desarrollo y contenido no conciben con los mismos, toda vez que no se cumple con la finalidad principal de instaurar un sistema penal con enfoque restaurador ni el cambio de paradigma de la justicia punitiva hacia la justicia restaurativa.

Tratadistas de derecho penal moderno establecen principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales, manifiestan que es imprescindible la búsqueda de un sistema penal que permita al juez imponer la pena justa al responsable de un delito, fundamento que ha sido una constante en la ciencia del Derecho Penal. Por ello la doctrina se ha ocupado intensamente de analizar los criterios con los que el juez debe determinar la pena exacta a imponer y el margen de arbitrio judicial que debe concedérsele para ello. En este marco el legislador en materia penal no es absolutamente libre en la fijación de marcos penales. En un Estado de Derecho existen ciertos principios constitucionales que vinculan al legislador a la hora de fijar la pena de un delito y que limitan su arbitrio; esencialmente esos principios son tres: 1. Principio de legalidad penal 2. principio de dignidad humano y 3. Principio de proporcionalidad. Los dos primeros cuentan con una larga tradición en tanto que el principio de proporcionalidad es de más reciente configuración como criterio limitador del ius puniendi del Estado. Asimismo, señalan que es preponderante el papel que juegan los principios de legalidad y de humanidad de las penas en la fase de determinación legal de los marcos legales.

Handwritten initials and signature.





ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL DE BOLIVIA
CÁMARA DE DIPUTADOS

En forma coincidente otros tratadistas señalan: "No es ocioso recordar alguno de los principios básicos que han de regir el Derecho Penal de un Estado democrático, y que se refieren tanto a su origen como a sus contenidos y, por consiguiente, a sus límites. Concretamente, de los principios de legalidad y de libertad se deducen las garantías que ha de respetar la ley penal. Hoy, el principio de legalidad, tanto en su dimensión política cuanto en la técnica, alcanza una categoría indiscutible de garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado."

Corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional debe elaborar una nuevo Código Penal y Código de Procedimiento Penal fruto de un Consenso Nacional el cual refleje una visión moderna en materia de política criminal y que sobre toda consideración respete los derechos humanos de las ciudadanas y los ciudadanos bolivianos cuyo texto de en su totalidad sea coherente con la finalidad y principios de legalidad y libertad que son límites al poder penal en un estado democrática de derecho.

Y de esta forma limitar el poder punitivo del estado, haciéndolo más justo y que a la vez de pronta solución a la demanda ciudadana que se siente agredida por el Sistema Penal contenido en la Ley 1005 de 15 de diciembre de 2017 y comprometer a los 166 asambleístas nacionales que en un marco de transparencia elaboren un nuevo Código del Sistema Penal del que se apropien la ciudadanía en aras de ofrecerles un país con justicia y paz social.

Nov. 1. 2017
DIP. NACIONAL
CÁMARA DE DIPUTADOS

María Jordán

Dip. Susana Camero Elío
ASAMBLEA LEGISLATIVA
CÁMARA DE DIPUTADOS



PLAZA MURILLO
ASAMBLEA LEGISLATIVA
PLURINACIONAL DE BOLIVIA
LA PAZ - BOLIVIA



ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL DE BOLIVIA
CÁMARA DE DIPUTADOS

PROYECTO DE LEY

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL

PL- 464-17

DECRETA:

LEY ABROGATORIA DEL CÓDIGO DEL SISTEMA PENAL LEY 1005 DE 15 DE DICIEMBRE DE 2017 Y CREACIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE REFORMA DEL SISTEMA PENAL

ARTÍCULO PRIMERO. (OBJETO). La presente Ley tiene por objeto aprobar la abrogación del Código del Sistema Penal contenido en la Ley 1005 de 15 de diciembre de 2017.

ARTÍCULO SEGUNDO. (CONSEJO NACIONAL DE REFORMA DEL SISTEMA PENAL). Se crea el Consejo Nacional de Reforma del Sistema Penal cuya conformación y funciones serán reglamentadas en un plazo perentorio de sesenta (60) días.

Es dada en la Sala de Sesiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, a los....días, del mes de..... de dos mil dieciocho años.

La Paz, 8 de Enero de 2018

Se muestran tres firmas manuscritas de diputados nacionales. La primera firma es de un diputado con el nombre 'Pierola' visible. La segunda firma es de Gonzalo Torre Salcedo, diputado nacional de la Cámara de Diputados de la Asamblea Legislativa Plurinacional. La tercera firma es de un diputado con el nombre 'Gonzalo Torre Salcedo' visible.

Cámara de Diputados de Bolivia
<http://www.diputados.bo/leyes/pl-n%C2%B0-4642017-2018>
(8 de enero de 2018)

Costa Rica

A. Comunicado de la Conferencia Episcopal sobre la Respuesta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a la consulta sobre “Identidad de género, e Igualdad y No discriminación a parejas del mismo sexo” solicitada por el gobierno¹⁹

A los fieles católicos y a la Opinión Pública

Al conocer la Respuesta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a la consulta voluntaria que realizara la Administración Solís Rivera, exclusivamente por su propio deseo, para que este Tribunal se pronunciara sobre:

- a. La protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada uno.
- b. La compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley N^o 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención.
- c. La protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo, nosotros, los Obispos de la Conferencia Episcopal de Costa Rica queremos manifestar a los fieles católicos y a todos los costarricenses:

1. Que, al realizar estratégicamente la citada consulta, el Gobierno de la República nuevamente opta por el camino de acudir a un órgano supra nacional para resolver una serie de pretensiones de algunas minorías para modificar el derecho interno costarricense, excluyendo el camino de la discusión política en la Asamblea Legislativa y en otras instancias nacionales.
2. Al resolver la pregunta planteada por Costa Rica, la CIDH consideró que el cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que estos sean acordes a la identidad de género auto-percibida, es un derecho protegido por la CADH. Como consecuencia, los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines. Dicha interpretación de las normas subvalora elementos como la seguridad en la acreditación de la filiación, la seguridad al contraer matrimonio y la misma seguridad ciudadana, privilegiando los intereses particulares, en menoscabo de los intereses de terceros de buena fe, de la colectividad y del Bien Común.
3. Sobre la aplicación del cambio de nombre a partir de la aplicación en sede judicial del artículo 54 del Código Civil, establece la CIDH que debe dársele una interpretación en clave administrativa y gratuita. Lo cual ya se venía realizando por el Estado costarricense, en casos de cambio de nombre para todos los ciudadanos de Costa Rica, y no solamente para quienes optan por cambio de nombre por razones de identidad sexual.
4. A la consulta sobre el reconocimiento de derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo, los jueces de la CIDH realizando una “interpretación progresiva” de la CADH,

¹⁹ La Respuesta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está publicada en la página 109 de este Boletín.

que deviene en abusiva, concluye en nuevas nociones de matrimonio y de familia muy alejadas de la mente de los redactores de este instrumento de Derechos Humanos y más aún del sentir de los diputados costarricenses que ratificaron la Convención Americana y, aún hoy, alejadas de los valores y concepciones de la inmensa mayoría de habitantes de Costa Rica. Al establecer por este medio la interpretación de dos formas de vínculo entre las personas uno “natural” (la unión de hecho) y otra “solemne” (el matrimonio) tanto para personas heterosexuales como para personas homosexuales, la CIDH, opta por un camino diferente al de otros tribunales de Derechos Humanos continentales e impone una solución jurídica a los estados nacionales, en claro menoscabo de la soberanía de los pueblos para establecer las bases de la convivencia social.

5. En los próximos días las diferentes instancias del Estado Costarricense deben decidir cómo conducirse ante esta respuesta de la CIDH. Es de notar que existen dos acciones de inconstitucionalidad sobre los temas de la unión de hecho de personas del mismo sexo y sobre el matrimonio de personas del mismo sexo, ante la Sala Constitucional que esperan resolución. Asimismo, los señores diputados deben decidir cómo tramitarán los proyectos de Ley, que ya han sido objeto de la discusión pública del así llamado “matrimonio igualitario”. Y el Poder Ejecutivo deberá definir con mayor precisión su posición de frente a este escenario jurídico.

6. Como Pastores de la Iglesia Católica en Costa Rica, llamamos a todos nuestros fieles a unirnos en las más íntimas convicciones que sobre la Familia y el Matrimonio que se extraen de la Palabra de Dios y del Derecho Natural. La Iglesia no puede renunciar a su misión de seguir presentando la Palabra de Dios como le ha sido revelada; e insta a todos los cristianos a seguir viviendo conforme al Plan de Dios para la Familia y el ser humano: varón y mujer; todo lo ello dentro del marco de la Ley y el respeto absoluto a toda persona humana.

7. Consecuentes con estos valores extraídos de la Moral Universal y la Palabra de Dios, seguiremos enseñando que el matrimonio es un don de la creación. No hay una realidad análoga que se le pueda igualar. No es una unión cualquiera entre personas; tiene características propias e irrenunciables, que hacen del matrimonio la base de la familia y de la sociedad y por ende rechazamos los conceptos esgrimidos en la citada opinión consultiva, pues se contraponen a la enseñanza perenne del Evangelio predicado por la Iglesia y al Bien Común de la sociedad.

8. Llamamos a toda la ciudadanía a estar vigilantes de las decisiones de nuestros gobernantes en los próximos días y semanas, con el fin de que se actúe siempre en beneficio de todos los habitantes y no solo en atención a un grupo de personas. Esta vigilancia no supone menosprecio ni discriminación a persona alguna.

9. Rogamos al Señor que ilumine las mentes y fortalezca las voluntades de nuestros gobernantes en estos momentos para actuar en búsqueda del Bien Común de toda la sociedad en el momento de tomar tan delicadas decisiones.

10. Como creyentes en el buen Dios que dirige los designios de la Historia, no dejamos de confiar en que nos asista su gracia para dar testimonio del nombre cristiano en estos momentos de la Historia Nacional.

Dado en San José en la sede de la Conferencia Episcopal de Costa Rica el 10 de enero de 2018.

+José Rafael Quirós Quirós
Arzobispo Metropolitano de San José
Presidente de la Conferencia Episcopal de Costa Rica

+Gabriel Enrique Montero Umaña
Obispo de San Isidro del General
Vicepresidente de la Conferencia Episcopal de Costa Rica

+Javier Román Arias
Obispo de Limón
Secretario General de la Conferencia Episcopal de Costa Rica

+José Manuel Garita Herrera
Obispo de Ciudad Quesada
Tesorero de la Conferencia Episcopal de Costa Rica

+Ángel SanCasimiro Fernández
Obispo de Alajuela

+Manuel Eugenio Salazar Mora
Obispo de Tilarán-Liberia

+Óscar Fernández Guillén
Obispo de Puntarenas

+Mario Enrique Quirós Quirós
Obispo de Cartago

Conferencia Episcopal de Costa Rica
<http://www.iglesiacr.org/2014/comunicado-oficial-de-la-conferencia-episcopal-de-costa-rica-ante-la-respuesta-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos--cidh-.html>
(10 de enero de 2018)

[Volver al índice](#)

Santa Sede

A. Comunicado sobre el Decreto promulgado por la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica respecto al nombramiento de un Comisario Apostólico para intervenir en el Sodalicio de Vida Cristiana²⁰

**“Comunicado de la Oficina de Prensa de la Santa Sede,
10.01.2018”**

“La Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica ha promulgado hoy, miércoles 10 de enero de 2018, el Decreto en el que dispone el Comisariamento [sic] de la Sociedad de vida apostólica *Sodalitium Christianae Vitae* (Sodalicio de Vida Cristiana) y nombra Comisario Apostólico de la citada Sociedad a Su Excelencia Mons. Noel Antonio Londoño Buitrago, C.Ss.R., Obispo de Jericó (Antioquía), Colombia.

El Cardenal Joseph William Tobin, C.Ss.R., continuará siendo referente de la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica en cuanto Delegado *ad nutum* en relación con *Sodalitium Christianae Vitae*, particularmente para las cuestiones de índole económica.

El Santo Padre Francisco ha seguido con preocupación todas las informaciones que, desde hace varios años, han ido llegando a la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica sobre la situación del *Sodalicio de Vida Cristiana*. El Papa se ha mostrado especialmente atento a la notable gravedad de las informaciones acerca del régimen interno, la formación y la gestión económica-financiera, motivo por el cual ha pedido con insistencia al Dicasterio una particular atención. A esto se han sumado últimamente las graves medidas adoptadas por la autoridad judicial peruana con respecto al Sr. Luis Fernando Figari. Después de un profundo análisis de toda la documentación, el Dicasterio ha promulgado el Decreto de Comisariamento.”

Oficina de Prensa de la Santa Sede

<https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2018/01/10/com.html>

(10 de enero de 2018)

[Volver al índice](#)

²⁰ El texto del Decreto no ha sido publicado en la página de la Santa Sede.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

A. Respuesta a la Opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica sobre las obligaciones del Estado en relación a la identidad de género y los derechos relacionados con el vínculo entre parejas del mismo sexo (extracto)²¹

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17

DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017

SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO

OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA IDENTIDAD DE GÉNERO, Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VÍNCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes Jueces:

Roberto F. Caldas, Presidente;

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Vicepresidente;

Eduardo Vio Grossi, Juez;

Humberto Antonio Sierra Porto, Juez;

Elizabeth Odio Benito, Jueza;

Eugenio Raúl Zaffaroni, Juez, y

L. Patricio Pazmiño Freire, Juez;

presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y

Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”) y con los artículos 70 a 75 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), emite la siguiente Opinión Consultiva, que se estructura en el siguiente orden:

Tabla de Contenido

I. PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA	3
II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	5
III. COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD	11
A. Sobre la competencia consultiva de la Corte en la presente solicitud.....	11

²¹El texto completo de la Opinión Consultiva en: <http://derechoyreligion.uc.cl/es/docman/documentacion/internacional/jurisprudencia-1/1242-respuesta-a-la-opinion-consultiva-oc-2417-solicitada-por-la-republica-de-costa-rica-sobre-las-obligaciones-del-estado-en-relacion-a-la-identidad-de-genero-y-los-derechos-relacionados-con-el-vinculo-entre-parejas-del-mismo-sexo/file>

El comunicado de la Conferencia Episcopal de Costa Rica sobre la Respuesta, puede encontrarse en la página 103 de este Boletín.

B. Sobre los requisitos de admisibilidad de la solicitud.....	12
IV. CONSIDERACIONES GENERALES.....	15
A. Glosario.....	15
B. Acerca de la presente solicitud de opinión consultiva.....	22
C. Sobre la estructura de la presente opinión consultiva.....	29
V. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN.....	29
VI. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS	
LGBTI.....	32
A. Sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación.....	32
B. Sobre la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención	35
C. Sobre las diferencias de trato que resultan discriminatorias.....	42
VII. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y LOS PROCEDIMIENTO DE CAMBIOS DE NOMBRE.....	43
A. Sobre el derecho a la identidad.....	43
B. Sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho al nombre y el derecho a la identidad de género.....	50
C. Sobre el procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida.....	55
<i>a) El procedimiento enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida.....</i>	<i>55</i>
<i>b) Deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes.....</i>	<i>58</i>
<i>c) Los procedimientos y los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros deben ser confidenciales y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de la identidad de género.....</i>	<i>60</i>
<i>d) Los procedimientos deben ser expeditos y deben tender a la gratuidad.....</i>	<i>62</i>
<i>e) Sobre la exigencia de acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.....</i>	<i>64</i>
<i>f) Los procedimientos referidos a las niñas y niños.....</i>	<i>65</i>
<i>g) Sobre la naturaleza del procedimiento.....</i>	<i>68</i>
D. Sobre el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica.....	70
VIII. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS VÍNCULOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO.....	72
A. la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo	72
B. Los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas.....	80
IX. OPINIÓN	86

I. PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA

1. El 18 de mayo de 2016 la República de Costa Rica (en adelante “Costa Rica” o el “Estado solicitante”), con fundamento en los artículos 64.1 y 64.2 de la Convención Americana¹ y de conformidad con lo establecido en los artículos 702 y 723 del Reglamento, presentó una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.24, 185 y 246 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 17 del mismo instrumento (en adelante “la solicitud” o “la consulta”). En particular, Costa Rica

presentó la solicitud de opinión consultiva con el fin de que el Tribunal se pronuncie sobre: a. “[L]a protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”.

b. “[L]a compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica⁹, Ley no 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención”.

c. [L]a protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”.

2. Costa Rica expuso las consideraciones que originaron la consulta y señaló que:

“[e]l reconocimiento de los derechos humanos derivados de la orientación sexual e identidad de género se ha caracterizado como un proceso disímil en los diferentes Estados integrantes del Sistema Interamericano”. Señaló que “[e]s posible vislumbrar un amplio espectro de casos, desde países que han reconocido de manera plena derechos a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex, hasta aquellos Estados miembros que, al día de hoy, mantienen vigentes leyes prohibitivas contra cualquier forma de vivencia y expresión contraria a la heteronormatividad o bien, han sido omisos en el reconocimiento de los derechos relativos a estas poblaciones”.

Asimismo, “reconoc[ió] que la [...] Corte IDH en los casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*, determin[ó] como una categoría de discriminación protegida por la Convención, las actuaciones que denigren a las personas en razón tanto de la identidad de género como, especialmente en esos casos, de la orientación sexual”.

No obstante lo anterior, indicó que “le surgen dudas, con respecto al contenido de prohibición de la discriminación en razón de la orientación sexual e identidad de género o, en otras palabras, persisten retos para determinar si ciertas actuaciones se encuentran cubiertas por esta categoría de discriminación”. En este sentido, afirmó que “una interpretación de la Corte IDH respecto de los estándares señalados, sería un aporte fundamental para el Estado de Costa Rica y todos los países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, toda vez que permitiría adaptar el ordenamiento interno a los estándares interamericanos, en garantía de las personas y sus derechos. Es decir, permitiría fortalecer y dirigir el actuar de los Estados hacia un cumplimiento pleno de las obligaciones en relación con estos Derechos Humanos”.

Finalmente, “consider[ó] necesario que la [...] Corte emita su opinión con respecto a la convencionalidad de la práctica consistente en exigir a las personas que desean cambiar su nombre por motivos de identidad de género, seguir el procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica”. Al respecto, mencionó que “este proceso conlleva gastos para la persona solicitante e implica una espera demorada [...], [por lo que] consulta si la aplicación de esa norma a los casos en mención es contraria a los derechos de las personas”.

3. Con base en lo anterior, Costa Rica presentó a la Corte las siguientes preguntas específicas:

1. “Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?”;

2. “En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?”;

3. “¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?”;

4. “Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?”, y

5. “En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?”.

4. Costa Rica designó a la señora Ana Helena Chacón Echeverría, Vicepresidenta de la República, al señor Marvin Carvajal Pérez, Director Jurídico de la Presidencia de la República y a la señora Eugenia Gutiérrez Ruiz, Directora Jurídica a.i. del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, como Agentes del Estado.

[...]

IV. CONSIDERACIONES GENERALES

A. Glosario

30. Como ya fuera señalado, la solicitud de opinión consultiva presentada por el Estado de Costa Rica le requirió a la Corte que contestara a cinco preguntas que se relacionan con dos temas vinculados con los derechos de las personas LGBTI. El primero de ellos versa sobre el reconocimiento del derecho a la identidad de género y en particular sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre en razón de la identidad de género. El segundo tema se refiere a los derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo.

31. Esta Corte debe abordar estas temáticas teniendo en cuenta que en ellos suelen utilizarse conceptos y definiciones acerca de los que no existe acuerdo entre los organismos nacionales, internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos así como en ámbitos académicos en que se debaten. Además, responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión. Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente. Por todo ello, la Corte procurará, en la presente opinión, evitar hasta donde sea posible, caer en esas definiciones conceptualmente problemáticas y, cuando deba hacerlo, advierte que lo hará con la mayor amplitud y provisionalidad, sin asumir ni defender ninguna posición conceptual y menos aún irreductible.

32. A mero título ilustrativo e incluso demostrativo de la dificultad antes señalada —e insistiendo en que no los asume como propios en esta opinión—, la Corte recuerda que los siguientes conceptos, tomados de diferentes fuentes orgánicas internacionales, al parecer son los más corrientes en el plano internacional:

a) Sexo: En un sentido estricto, el término sexo se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer³⁹. En ese sentido, puesto que este término únicamente establece subdivisiones entre hombres y mujeres, no reconoce la existencia de otras categorías que no encajan dentro del binario mujer/hombre.

b) Sexo asignado al nacer: Esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre los genitales. La mayoría de las personas son fácilmente clasificadas pero algunas personas no encajan en el binario mujer/hombre⁴⁰.

c) Sistema binario del género/sexo: modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que “considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos, categorías rígidas, a saber masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías (como las personas *trans* o intersex)⁴¹.

d) Intersexualidad: Todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino⁴². Una persona intersexual nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer. Esto puede ser aparente al nacer o llegar a serlo con los años. Una persona intersexual puede identificarse como hombre o como mujer o como ninguna de las dos cosas. La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son⁴³.

e) Género: Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

f) Identidad de Género: La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento⁴⁵, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales⁴⁶. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género⁴⁷. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos⁴⁸.

g) Expresión de género: Se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida⁴⁹.

h) Tráns-género o persona trans: Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer⁵⁰. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas⁵¹. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona tráns-género o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa’afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual⁵².

i) Persona transexual: Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –

hormonal, quirúrgica o ambas— para adecuar su apariencia física—biológica a su realidad psíquica, espiritual y social⁵³.

j) Persona travesti: En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que manifiestan una expresión de género —ya sea de manera permanente o transitoria— mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente son asociadas al sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo⁵⁴.

k) Persona cisgénero: Cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer⁵⁵.

l) Orientación sexual: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género⁵⁶, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas⁵⁷. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto⁵⁸. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona⁵⁹.

m) Homosexualidad: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género, así como a las relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Los términos gay y lesbiana se encuentran relacionados con esta acepción⁶⁰.

n) Persona Heterosexual: Mujeres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídas por hombres; u hombres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídos por mujeres⁶¹.

o) Lesbiana: es una mujer que es atraída emocional, afectiva y sexualmente de manera perdurable por otras mujeres⁶².

p) Gay: se utiliza a menudo para describir a un hombre que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraído por otros hombres⁶³, aunque el término se puede utilizar para describir tanto a hombres gays como a mujeres lesbianas⁶⁴.

q) Homofobia y transfobia: La homofobia es un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas, gay o bisexual; la transfobia denota un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas trans. Dado que el término “homofobia” es ampliamente conocido, a veces se emplea de manera global para referirse al temor, el odio y la aversión hacia las personas LGBTI en general⁶⁵.

r) Lesbofobia: es un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas⁶⁶.

s) Bisexual: Persona que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraída por personas del mismo sexo o de un sexo distinto⁶⁷. El término bisexual tiende a ser interpretado y aplicado de manera inconsistente, a menudo con un entendimiento muy estrecho. La bisexualidad no tiene por qué implicar atracción a ambos sexos al mismo tiempo, ni tampoco debe implicar la atracción por igual o el mismo número de relaciones con ambos sexos. La bisexualidad es una identidad única, que requiere ser analizada por derecho propio⁶⁸.

t) Cisnormatividad: idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo o femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres⁶⁹.

u) Heteronormatividad: sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales, y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes⁷⁰.

v) LGBTI: Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans o Transgénero e Intersex. Las siglas LGBTI se utilizan para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos⁷¹. Sobre esta sigla en particular, la Corte recuerda que la terminología relacionada con estos grupos humanos no es fija y evoluciona rápidamente, y que existen otras diversas formulaciones que incluyen a personas Asexuales, Queers, Travestis, Transexuales, entre otras. Además, en

diferentes culturas pueden utilizarse otros términos para describir a las personas del mismo sexo que tienen relaciones sexuales y a las que se auto identifican o exhiben identidades de género no binarias (como, entre otros, los hijra, meti, lala, skesana, motsoalle, mithli, kuchu, kawein, queer, muxé, fa'afafine, fakaleiti, hamjensgara o dos-espíritus)⁷². No obstante lo anterior, si la Corte no se pronunciará sobre cuales siglas, términos y definiciones representan de la forma más justa y precisa a las poblaciones analizadas, únicamente para los efectos de la presente opinión, y como lo ha hecho en casos anteriores⁷³, así como ha sido la práctica de la Asamblea General de la OEA⁷⁴, se utilizará esta sigla de forma indistinta sin que ello suponga desconocer otras manifestaciones de expresión de género, identidad de género u orientación sexual.

B. Acerca de la presente solicitud de opinión consultiva

33. La presente solicitud de opinión consultiva presentada por Costa Rica se refiere a derechos de personas LGBTI⁷⁵. La Corte estima oportuno referirse brevemente al contexto relacionado con los derechos de esas minorías con la finalidad de enmarcar la importancia de las temáticas que se abordarán en esta opinión para la tutela efectiva de los derechos de estas personas que han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales⁷⁶.

34. Con respecto a lo anterior, este Tribunal recuerda por ejemplo que en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos ha manifestado su “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, que se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género”⁷⁷. Asimismo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante “Alto Comisionado” o “ACNUDH”) señaló en el año 2011 que “[e]n todas las regiones, hay personas que sufren violencia y discriminación debido a su orientación sexual o identidad de género” y que “la sola percepción de la homosexualidad o identidad transgénero pone a las personas en situación de riesgo”⁷⁸.

35. En ese mismo sentido, en varias Resoluciones desde el año 2008, la Asamblea General de la OEA expresó que las personas LGBTI están sujetas a diversas formas de violencia y discriminación basadas en la percepción de su orientación sexual e identidad o expresión de género, y resolvió condenar los actos de violencia, las violaciones a los derechos humanos y todas las formas de discriminación, a causa o por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género⁷⁹.

36. Las formas de discriminación en contra de las personas LGBTI se manifiestan en numerosos aspectos en el ámbito público y privado⁸⁰. A juicio de la Corte, una de las formas más extremas de discriminación en contra de las personas LGBTI es la que se materializa en situaciones de violencia. Así, los mecanismos de protección de derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas⁸¹ y del Sistema Interamericano⁸², han dejado constancia de los actos violentos basados en prejuicios cometidos en todas las regiones en contra de las personas LGBTI. El ACNUDH ha observado que este tipo de violencia “puede ser física (asesinatos, palizas, secuestros, agresiones sexuales) o psicológica (amenazas, coacción o privación arbitraria de la libertad, incluido el internamiento psiquiátrico forzado)”⁸³. Asimismo, ha señalado que esa violencia basada en prejuicios “suele ser especialmente brutal”⁸⁴ y ha considerado que constituye “una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”⁸⁵. Además, las personas bisexuales, transgénero, mujeres lesbianas y los jóvenes LGBTI se encuentran particularmente expuestos al riesgo de violencia física, psicológica y sexual en el ámbito familiar y comunitario⁸⁶.

37. Así, por ejemplo, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes ha señalado que “la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos”⁸⁷. De igual forma, el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura ha expresado su preocupación por el abuso sexual y físico perpetrado por policías y personal penitenciario en perjuicio de personas LGBTI en algunos países de la región⁸⁸.

38. Tanto el Sistema de Naciones Unidas⁸⁹ como el Interamericano⁹⁰ han afirmado que la respuesta a este tipo de hechos suele no ser adecuada, pues a menudo no se investigan o enjuician a las personas responsables, ni tampoco existen mecanismos de apoyo a las víctimas⁹¹. El ACNUDH ha observado también que “[l]os defensores de los derechos humanos que luchan contra estas violaciones suelen ser perseguidos y se enfrentan a limitaciones discriminatorias en sus actividades”⁹².

39. Por otra parte, las personas LGBTI también sufren de discriminación oficial, en “la forma de leyes y políticas estatales que tipifican penalmente la homosexualidad, les prohíben ciertas formas de empleo y les niegan acceso a beneficios, como de discriminación extraoficial, en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios, incluso en el trabajo, el hogar, la escuela y las instituciones de atención de la salud”⁹³. Por ejemplo, todavía existen varios Estados de la región en los que se criminalizan las relaciones sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo en privado⁹⁴, lo cual ha sido considerado por esta Corte⁹⁵ y por diversos órganos de protección del derecho internacional de los derechos humanos como contrario al derecho internacional de los derechos humanos por violar los derechos a la igualdad y no discriminación así como el derecho a la privacidad⁹⁶. Aunado a ello, este tipo de normas repercuten negativamente en la calidad de los servicios de salud, disuaden a las personas de recurrir a esos servicios, y pueden llevar a que se deniegue la atención o a que no existan servicios que respondan a las necesidades sanitarias específicas de las personas LGBTI e intersexuales⁹⁷. Además, en las jurisdicciones en las que se penaliza su comportamiento sexual, es mucho más probable que se supriman medidas preventivas que debieran ser ajustadas específicamente a estas comunidades. De la misma manera, el temor de ser juzgados y castigados puede disuadir a quienes practican un comportamiento homosexual de acceder a los servicios de salud. Estos problemas se agravan en el caso de las personas que viven con el VIH/SIDA⁹⁸. Asimismo, el ACNUDH ha encontrado que como consecuencia de este tipo de normas, es frecuente que las víctimas se muestren reacias a denunciar los actos de violencia perpetrados por un familiar por temor a las consecuencias penales que acarrearía la revelación de su orientación sexual⁹⁹.

40. En el ámbito privado, estas personas típicamente sufren de discriminación en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios que permean en el ámbito laboral, comunitario, educativo y en las instituciones de salud¹⁰⁰. Generalmente, la estigmatización se aplica “al amparo de la cultura, la religión y la tradición”¹⁰¹. No obstante, las interpretaciones en que se basan esas prácticas “no son ni inmutables ni homogéneas”¹⁰², y a juicio de la Corte, es obligación de los Estados erradicarlas cultivando un sentido de empatía por la orientación sexual y la identidad de género como parte inherente de toda persona lo cual “invita a reevaluar el contenido educativo y los libros de texto, así como a elaborar herramientas y metodologías pedagógicas, para promover una mentalidad abierta y el respeto de la diversidad biológica de los seres humanos”¹⁰³.

41. La Corte no omite hacer notar que la discriminación contra las personas LGBTI a menudo se ve exacerbada por otros factores tales como el sexo, el origen étnico, la edad, la religión, así como por factores socioeconómicos como la pobreza y el conflicto armado¹⁰⁴. Esas múltiples formas de discriminación pueden tener efectos a nivel individual, pero también en el plano social, ya que las personas LGBTI que ven vedado su acceso a derechos

básicos como el trabajo, la salud, la educación y la vivienda viven en situaciones de pobreza, privadas de toda oportunidad económica¹⁰⁵. Es así como, según ha sido constatado por el ACNUDH, “las tasas de pobreza, la falta de un hogar y la inseguridad alimentaria son más elevadas entre las personas LGBT[II]”¹⁰⁶.

42. En relación con ello, el ACNUDH ha señalado que las personas transgénero afrontan diversos obstáculos para ejercer derechos: en el ámbito laboral, de la vivienda, al momento de adquirir obligaciones, gozar de prestaciones estatales, o cuando viajan al extranjero como consecuencia de la falta de reconocimiento legal de su género auto-percibido¹⁰⁷.

43. Por otro lado, la Corte ha podido constatar en el ejercicio de su competencia contenciosa, las consecuencias de la falta de reconocimiento oficial de las relaciones entre personas del mismo sexo¹⁰⁸. El ACNUDH ha señalado que esta falta de reconocimiento tiene también como resultado “trato injusto por parte de actores privados, como los proveedores de servicios de salud y las compañías aseguradoras”¹⁰⁹.

44. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte no desconoce que la situación regional de las personas LGBTI “no es homogénea, sino heterogénea”¹¹⁰ y por tanto, no es necesariamente la misma en todos los países de la región. El grado de reconocimiento y acceso a los derechos fundamentales de estas personas es variable dependiendo del Estado que se trate.

45. Teniendo en cuenta todo lo anterior, para la Corte es claro que las personas LGBTI afrontan diversas manifestaciones de violencia y discriminación, aunque también existe un consenso entre varios países de la región según el cual se considera necesario tomar medidas para combatir este flagelo¹¹¹. Tan es así, que la mayoría de los Estados miembros de la OEA han aceptado voluntariamente, en el contexto del Examen Periódico Universal de Naciones Unidas, recomendaciones para hacer frente a la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género¹¹².

46. En esa misma línea, la Corte advierte que a nivel interno, algunos Estados de la región han comenzado a implementar acciones para reconocer la situación de violencia y discriminación en contra de las personas LGBTI y han emprendido políticas públicas o aprobado normativa que buscan prevenir, responder o erradicar las violaciones de las cuales son víctimas. Por ejemplo, desde el 2010, el Estado de Brasil creó un Consejo Nacional de Combate a la Discriminación adscrito a la Secretaría de Derechos Humanos, cuyo objetivo es formular y proponer “directrices de acción gubernamental en el ámbito nacional para el combate a la discriminación y la promoción y defensa de los derechos de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestis y Transexuales”¹¹³. De igual forma, en Argentina, desde el 2005 existe un Plan Nacional Contra la Discriminación que cuenta con componente relativo a personas LGBTI¹¹⁴. Colombia por su parte, cuenta con una Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías cuyo mandato es, inter alia, “[d]iseñar programas de asistencia técnica, social y de apoyo a la política para las comunidades indígenas, rom y poblaciones LGBTI] lesbianas, gays, transexuales y bisexuales”¹¹⁵. En el caso de Costa Rica, en 2015 fue adoptada la “Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI”¹¹⁶ en donde el Gobierno reconoce “que dentro de Costa Rica y sus instituciones públicas aún existe discriminación hacia las personas sexualmente diversas, donde se mantienen prácticas contrarias a sus Derechos Humanos tanto de quienes laboran en el Estado, como de las personas usuarias de los servicios de las instituciones públicas”. En Chile, en el 2012 fue adoptada la Ley No. 20.609 que establece medidas contra la discriminación por motivos de orientación sexual, la identidad de género, entre otras categorías protegidas¹¹⁷.

47. Adicionalmente a lo anterior, cabe señalar que, en razón de los hechos de violencia señalados, la violación a la igualdad y a la no discriminación de personas LGBTI (artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, véase supra párr. 34 e infra párrs. 98 y 134) se proyecta con frecuencia en lesiones a otros derechos en forma de concurrencia ideal de normas violadas y, ante todo, el derecho a la vida y a la integridad física. Lo anterior se produce puesto que los discursos discriminatorios y las consiguientes actitudes que responden a ellos, con base en los estereotipos de heteronormatividad y cisonormatividad con distintos grados de radicalización, acaban generando la homofobia, lesbofobia y transfobia que impulsan los crímenes de odio antes mencionados.

48. La discriminación que sufren las personas LGBTI resulta también altamente lesiva del derecho a la integridad psíquica de estas personas (artículo 5.1 de la Convención), en razón de las particularidades de la discriminación por orientación sexual, que en buen número de casos se le revela a la persona en una etapa psicológicamente evolutiva difícil como es la pubertad, cuando ya ésta ha internalizado los desvalores prejuiciosos incluso dentro del núcleo familiar¹¹⁸. Esto no se produce en otras formas de discriminación, para las cuales la persona conoce el motivo discriminante desde su infancia y es apoyada por su núcleo familiar con el que incluso lo comparte. La contradicción valorativa en que se sumerge el adolescente es particularmente lesiva de su integridad psíquica en el momento de evolución de su personalidad que hace a su identidad y proyecto de vida, lo que en ocasiones determina no sólo conductas autolesivas sino incluso es causa de suicidios adolescentes¹¹⁹.

49. Así, la discriminación de este grupo humano no solo lesiona el derecho a la salud individual (artículo 5.1), sino también a la salud pública (artículo 26 de la Convención y artículo 10.1 del Protocolo de San Salvador), que es resultado de las condiciones de salud de los habitantes. El clásico concepto de salud de la Organización mundial de la Salud (en adelante “OMS”) la define como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades¹²⁰. A la persona discriminada por su orientación sexual, dado que ésta hace a su identidad y, por ende, a su integridad psíquica, se le condiciona a un trastorno psíquico originado a partir de una situación o un suceso en particular, o sea, que se le altera su salud individual aunque más no sea situacionalmente.

50. A su vez, el porcentaje de personas cuya conducta sexual no responde al estereotipo heteronormativo o cisonormativo, por lo menos desde las investigaciones pioneras norteamericanas de los años cincuenta del siglo pasado, se ha demostrado que es de alta significación. Por ende, como consecuencia de la discriminación que sufren las personas LGBTI, las cuales constituyen un porcentaje considerable de la población, estas se relacionan en condiciones más o menos acentuadas de neurosis situacionales con el resto de la población, lo que contribuiría a problematizar también a las personas con que las que éstas interactúan y, de esta manera, se tienden a neurotizarse (desequilibrar) las relaciones sociales en general.

51. De ese modo, cuanto mayor sea el nivel de salud (equilibrio psíquico) de las personas que integran una población, mayor será su nivel de salud pública, pero cuantas más personas con su equilibrio debilitado situacionalmente la integren, no sólo se afecta la salud pública en razón de quienes sufren este debilitamiento, sino el nivel general de salud psíquica de la población, dado que los que padecen la situación deteriorante, interaccionan en la sociedad.

[...]

V.
CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

54. La competencia contenciosa de la Corte Interamericana consiste esencialmente en interpretar y aplicar la Convención Americana¹²¹ u otros tratados sobre los cuales tenga competencia¹²² para consecuentemente determinar, de acuerdo a la normatividad internacional, tanto convencional como consuetudinaria, la responsabilidad internacional del Estado de acuerdo al Derecho Internacional¹²³. Sin perjuicio de lo expresado, el Tribunal recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades¹²⁴, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos¹²⁵.

55. Para emitir su opinión sobre la interpretación de las disposiciones jurídicas traídas a consulta, la Corte recurrirá a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual recoge las reglas generales y consuetudinarias de interpretación de los tratados internacionales¹²⁶, que implica la aplicación simultánea y conjunta de los criterios de buena fe, el examen del sentido corriente de los términos empleados en el tratado de que se trate, leídos en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin de aquél. Por ello, la Corte hará uso de los métodos estipulados en los artículos 31¹²⁷ y 32¹²⁸ de la Convención de Viena para llevar a cabo dicha interpretación.

56. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha afirmado que en el caso de la Convención Americana, el objeto y fin del tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”¹²⁹, a propósito de lo cual fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro¹³⁰. En este punto es fundamental tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, los cuales crean un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones hacia las personas bajo su jurisdicción¹³¹ y cuyas violaciones pueden ser reclamadas por éstos y por la comunidad de Estados Partes de la Convención a través de la acción de la Comisión¹³² e incluso ante la Corte¹³³, todo lo cual tiene como efecto que la interpretación de las normas deba desarrollarse también a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona¹³⁴.

57. Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29¹³⁵, entre las que alberga el principio pro persona, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

58. Además, la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales¹³⁶. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹³⁷.

59. Aunado a lo anterior, es preciso considerar que la presente opinión consultiva tiene como objeto interpretar los derechos a la igualdad y no discriminación de personas LGBTI en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana. Conforme a la interpretación sistemática contemplada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen”¹³⁸. Este Tribunal estima que, en aplicación de estas normas, debe tomar en consideración la normativa internacional sobre personas LGBTI al momento de especificar el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados bajo la Convención Americana, en particular al precisar las medidas que deben adoptar los Estados. En virtud de la materia sometida a consulta, la Corte tendrá en consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, otras convenciones relevantes en que sean parte los Estados americanos a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de la disposición citada. En adición, la Corte considerará las obligaciones aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema adoptados a nivel internacional.

60. En suma, al dar respuesta a la presente consulta, la Corte actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por las normas que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella, conforme al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional relevantes¹³⁹. Al respecto, corresponde precisar que el corpus juris del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de soft law, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente¹⁴⁰. Asimismo, la Corte se basará en su propia jurisprudencia.

[...]

**LA CORTE,
DECIDE**

por unanimidad, que:

1. Es competente para emitir la presente opinión consultiva, en los términos establecidos en los párrafos 13 a 29.

Y ES DE OPINIÓN

por unanimidad, que:

2. El cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la identidad de género autopercebida constituye un derecho protegido por los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 y 24 del mismo instrumento, por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines, en los términos establecidos en los párrafos 85 a 116.

por unanimidad, que:

3. Los Estados deben garantizar que las personas interesadas en la rectificación de la anotación del género o en su caso a las menciones del sexo, en cambiar su nombre, adecuar su imagen en los registros y/o en los documentos de identidad de conformidad con su identidad de género auto-percibida, puedan acudir a un procedimiento o un trámite: a) enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. El procedimiento que mejor se adecua a esos elementos es el procedimiento o trámite materialmente administrativo o notarial. Los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona, en los términos establecidos en los párrafos 117 a 161.

por unanimidad, que:

4. El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto-percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos: a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales. En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171.

por unanimidad, que:

5. El Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza administrativa el cual puede proveer de forma paralela, de conformidad a lo señalado en los párrafos anteriores de la presente opinión en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171.

por unanimidad, que:

6. La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo en los términos establecidos en los párrafos 173 a 199.

por unanimidad, que:

7. El Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, y en los términos establecidos en los párrafos 200 a 218.

por seis votos a favor y uno en contra, que:

8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.

El juez Humberto Antonio Sierra Porto hizo conocer a la Corte su voto individual concurrente, y el juez Eduardo Vio Grossi su voto individual parcialmente disidente, los cuales acompañan esta opinión consultiva.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de Noviembre de 2017. Solicitada por la República de Costa Rica. Roberto F. Caldas Presidente

Roberto F. Caldas Presidente

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Humberto Antonio Sierra Porto

Eugenio Raúl Zaffaroni

Eduardo Vio Grossi

Elizabeth Odio Benito

L. Patricio Pazmiño Freire

Pablo Saavedra Alessandri Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Roberto F. Caldas Presidente

Pablo Saavedra Alessandri Secretario

VOTO INDIVIDUAL DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017, SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO. (OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA IDENTIDAD DE GÉNERO, Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VÍNCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)

INTRODUCCIÓN.

1. Se emite el presente voto individual¹ a la Opinión Consultiva indicada en el título², a fin de expresar las razones tanto por las que se coincide, en los términos que más adelante se indican, con 7 de sus Decisiones, como por las que se discrepa de lo expresado en la que figura como su 8ª Decisión³. Aquellas procuran facilitar la comprensión tanto de las respuestas que se suministra a las “preguntas específicas”⁴ planteadas por Costa Rica⁵ en la solicitud de autos, como de la disidencia que se plantea en cuanto a la mencionada 8ª decisión. Adicionalmente, se aprovecha esta oportunidad para señalar los motivos por los que se coincide en la alusión que en la OC 24 se hace al control de convencionalidad.

2. Y obviamente, antes de proceder a ello, es indispensable reiterar lo que se ha expresado en otras oportunidades, en orden a que este parecer se formula, por una parte, con pleno y absoluto respeto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶ y sus integrantes y por la otra, como una demostración evidente del diálogo y de la diversidad de pareceres que existe en su interior, todo ello, consecuentemente, en vista a una mejor comprensión de su función y del desarrollo de su jurisprudencia y de los derechos humanos⁷.

[..]

II. LAS CONSULTAS FORMULADAS.

[...]

E. FIGURA JURÍDICA.

76. La quinta y última “pregunta específica”, identificada con el número 5, fue planteada en los siguientes términos:

“En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?”.

77. Y, por cierto, con la misma finalidad de la interrogante anterior, es decir, obtener un pronunciamiento de la Corte respecto a: “[L]a protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”.

78. Como comentarios a lo recién reproducido, cabe indicar, primeramente, que, al igual que se hizo respecto de la anterior, esta interrogante se refiere exclusivamente a los vínculos entre personas del mismo sexo, sin aludir a la identidad de género; que ella se limita a los derechos patrimoniales que derivan de aquella relación; que la finalidad u objetivo de la figura jurídica en comento es “para que el Estado reconozca todos los derechos

patrimoniales que se derivan de” la relación o vínculos entre personas del mismo sexo; y que en la pregunta no se indica cual sería la figura jurídica a que se refiere o a la que se aspira.

79. En segundo término, es de destacar que, sin embargo, la OC 24 incluye en su análisis y respuesta a la “pregunta específica” formulada, al matrimonio entre personas del mismo sexo⁷³. Efectivamente, tanto en la respuesta suministrada por la OC 24⁷⁴ como en su 8ª. Decisión⁷⁵, incluye al matrimonio entre personas del mismo sexo, como tal vez la más relevante figura jurídica para reconocer los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo entre esas personas.

80. Siendo ello así, el asunto en cuestión concierne, pues, básicamente a la interpretación del artículo 17.2 de la Convención⁷⁶.

81. Pues bien, la respuesta suministrada por la OC 24 implica, por una parte, que la Convención, al referirse al matrimonio, comprende al que se realice entre personas del mismo sexo y por otra, que si ello no ha sido previsto en las legislaciones nacionales de los Estados Partes de aquella, deben, consecuentemente, establecerse en ella. Pero, además, dicha respuesta incurre en una ambigüedad.

82. En lo referente al matrimonio entre personas del mismo sexo en tanto obligación jurídica internacional, la OC 24 parece suponer que la única institución que sirve “para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación” es el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que, obviamente, no es así. Como ya se ha expresado, también está la posibilidad de las uniones civiles o formas análogas.

83. Adicionalmente, hay que remarcar que, en el marco de la Convención, la situación del matrimonio es distinta a la de la unión civil u otra figura análoga. Y ello en atención a que, mientras aquél es contemplado en aquella, esta última no lo es. Igualmente hay que subrayar que, mientras todo lo atingente a la unión civil u otra figura análoga queda, consecuentemente, en el ámbito de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado, en lo que concierne al matrimonio, únicamente corresponde a esa esfera lo concerniente a “la edad y las condiciones requeridas para (contraerlo y fundar una familia) por las leyes internas”, pero “en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”, lo que correspondería determinar en el ejercicio de control de convencionalidad practicado con ocasión del conocimiento y resolución de un caso contencioso.

84. Afirmado lo anterior, es necesario llamar la atención acerca de que la OC 24 prescinde de la aplicación del artículo 31⁷⁷ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, normas con las que los Estados deben interpretar a estos últimos y, por ende, también a la Convención.

85. Efectivamente, al parecer la OC 24 no pondera que de “buena fe” los Estados consintieron suscribir la Convención, es decir, que en ese momento, 1969, efectivamente lo quisieron así hacer y que, además, lo hicieron conforme al “sentido corriente” que se le atribuían a sus términos, que era, según el Diccionario de la Real Academia Española en su 20ª. edición, de 1984, vigente hasta 1992, “Matrimonio: Unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales”⁷⁸.

86. Tampoco resulta evidente que la OC 24 consideró el “contexto” de los términos de la Convención. Así, por ejemplo, no ponderó el hecho de que mientras en prácticamente todas de sus disposiciones en que reconoce

los derechos humanos, se refieren a los sujetos de los mismos como “toda persona”⁷⁹, en el artículo 17.2 lo hace al “derecho al matrimonio, del hombre y la mujer.”

87. Por otra parte, la OC 24 no menciona al “preámbulo” o “anexos” de la Convención. Tampoco lo hace de algún “acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado” o de algún “instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado”.

88. Similar situación sucede con lo que se debe tener en cuenta junto al contexto, es decir, con “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones” o “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo” de las partes acerca de la interpretación del tratado” o, finalmente, “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

89. Y es que no podía hacer tales menciones porque sencillamente no existen preámbulo anexo o acuerdos respecto de la materia. Tampoco aún en la actualidad existe tratado u otro instrumento vinculante entre los Estados americanos que contemple el matrimonio entre personas de distinto sexo. Solo existen algunas legislaciones, las menos, que lo contemplan. La propia OC 24 reconoce que tan solo 6 de los 23 Estados Partes de la Convención y 8 de los 34 Estados Miembros de la OEA, incluyen en sus legislaciones al matrimonio entre personas del mismo sexo⁸⁰. A nivel universal, alrededor de 24 de los 193 miembros de la Organización de las Naciones Unidas lo hace en sus legislaciones. Y, por lo demás, todo ello en fechas recientes.

90. En cuanto a la alusión que el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, hace a “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, se debe considerar, a mayor abundamiento, por una parte, que la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, no hace referencia al matrimonio y por la otra, que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁸¹ como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966⁸², se refieren, en lo concerniente al matrimonio, al “hombre” y a la “mujer”.

91. Adicionalmente, procede reiterar lo ya afirmado en cuanto a las resoluciones de organizaciones internacionales que se invocan en la OC 24 como antecedentes suficientes para sustentar su parecer al respecto de parejas del mismo sexo, no son declarativas de derecho, es decir, no interpretan una norma convencional o consuetudinaria o principio general de derecho vigente para los antes señalados Estados. No constituyen, en consecuencia, una fuente auxiliar de Derecho Internacional sino que expresan una aspiración, por cierto, que podría considerarse muy legítima, de la mayoría de los Estados miembros de la organización internacional de que se trate, en orden a que sea el Derecho Internacional sea el Derecho Nacional de cada uno de ellos el que contemple y regule la situación a que se refieren⁸³.

92. En otros términos, las Resoluciones de ciertos órganos y organismos internacionales citados en la OC 24 a fin de demostrar la práctica en materia de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo⁸⁴, son asimismo inoponibles a los Estados Miembros de la OEA.

93. Igualmente, la OC 24 parecería sustentar la obligatoriedad del matrimonio entre personas del mismo sexo en la interpretación evolutiva⁸⁵, pero en su aspecto sociológico y no jurídico. Como se señaló en otra ocasión, “la interpretación evolutiva de la Convención o la consideración de que ella es derecho vivo, no consiste en que

se le interprete con el fin de hacer legítimo, de modo casi automático, lo que la realidad social exprese en el momento de la interpretación, pues en tal evento dicha realidad sería el intérprete y aun la que ejercería la función normativa". Y se añadió que "(l)o que, en cambio, significa la interpretación evolutiva de la Convención es entender sus disposiciones en la perspectiva de determinar cómo jurídicamente ellas prescriben que se deben abordar esos novedosos asuntos o problemas"⁸⁶.

94. A mayor abundamiento, procedería agregar que mientras lo previsto en el artículo 1.1 de la Convención sería la norma general en materia de discriminación, lo contemplado en el artículo 17.2 de la misma sería ley especial, por lo que sería aplicable el principio *lex specialis derogat legi generali*, en especial, considerando que es el propio recién referido artículo el que alude a la no discriminación, de lo que se desprende que tal norma estima que el matrimonio, tal como lo contempla, esto es, como la unión entre un hombre y una mujer, no es discriminatorio.

95. A lo anterior se podría añadir, también en forma asimismo complementaria, que la interpretación evolutiva solo procedería en aquellas situaciones en que los términos empleados en la Convención podrían ser entendidos respecto de derechos incluidos, tácita o expresamente, en ella, más no de derechos no previstos o deliberadamente excluidos de la misma. Tampoco la interpretación evolutiva podría ir en dirección contraria a los explícitos y claros términos de la Convención. Téngase presente, al respecto, que el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, prevé cuatro reglas de interpretación, a saber, la buena fe, el sentido corriente de los términos, el contexto de éstos y el objeto y fin del tratado, reglas que deben emplearse armoniosamente, sin privilegiar ni desmerecer a ninguna.

96. Es, entonces, en vista de todo lo expuesto que no se puede compartir la afirmación de la OC 24, en orden a que "el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio"⁸⁷, ya que el artículo 17.2 de la Convención se refiere expresa y solamente a la única existente en dicha época y aún mayoritaria, es decir, a la unión entre un hombre y una mujer.

97. Tampoco es posible coincidir con lo señalado en la OC 24 en cuanto a "que, cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de éstos cambiaría con el tiempo"⁸⁸ porque de adoptarse esa postura en la interpretación de la Convención, se correría el serio riesgo de afectar al principio de la seguridad jurídica. Además, el asunto de que no se trata no es que los términos del tratado cambien con el tiempo, sino cuándo y cómo ello ocurre y, en especial, si ello ha sido recogido por uno o varios instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados de que se trate.

98. En tanto acotación igualmente adicional, procedería añadir que parecería que, con la frase recién transcrita, la OC 24 reprocha a los Estados Partes de la Convención no haber cumplido con la obligación de prever el cambio de significado del término, en circunstancia de que, en modo alguno, ello constituye una obligación atribuible a ellos, en particular si se considerara también la posibilidad de que, a lo mejor, no deseaban cambio alguno.

99. A todo lo expuesto, procede añadir que lo que establece la OC 24 resulta contradictoria al sostener la existencia simultánea de las obligaciones de los Estados, por una parte, de permitir el acceso de las personas del mismo sexo a todas las figuras ya existentes en sus ordenamientos jurídicos internos para las parejas heterosexuales, incluyendo al matrimonio y por la otra parte, y respecto de los que procuran de buena fe garantizar los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, de asegurarles, de todos modos, la igualdad de derechos con los de parejas heterosexuales. En suma, no queda claro si la OC 24 recurre a las normas

consuetudinarias aplicables para la determinación de un hecho internacionalmente ilícito⁸⁹ y para el cumplimiento de la obligación de no repetición, en el evento de que haya tenido lugar⁹⁰.

100. Tampoco, obviamente, se puede concordar con las afirmaciones de la OC 24 en cuanto a que “la Corte observa que en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas” y de que “está[...] impedida de utilizar[...] [esos parámetros] como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos” y “que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual.”⁹¹.

101. Y no se puede compartir ya que, por de pronto, al presumir, sin dar explicación o fundamento de ello, que quienes se oponen al matrimonio entre personas del mismo sexo, tienen convicciones religiosas o filosóficas inapropiadas, por tanto, para la interpretación de la Convención, se corre el riesgo de que más de alguien considere a aquellas personas como contrarias a los derechos humanos y, por ende, susceptibles de limitarles su discurso, esto es, en definitiva, discriminarlos. No es bueno olvidar que la Corte es y debe ser el lugar en que todos pueden plantear, con libertad y sin temor, aunque sí con respeto, sus requerimientos de Justicia en lo que atañe a los derechos humanos.

102. No se comparte dicha afirmación, por otra parte, dado que ella parece no considerar que toda norma de derecho es, en especial en las sociedades democráticas, resultado de la confrontación o del consenso entre ideas, intereses o posiciones diferentes, sustentadas, a su turno, en distintas concepciones religiosas, ideológicas, políticas, culturales y aun económicas. En definitiva, las normas de derecho reflejan las relaciones existentes en la sociedad de que se trate, nacional o internacional, en un momento determinado.

103. De allí, que no es condenable que las personas expresen sus puntos de vistas políticos, ideológicos o religiosos sobre las normas jurídicas. Con ello no hacen más que ejercitar la Libertad de Conciencia y de Religión⁹² y la Libertad de Pensamiento y de Expresión⁹³. Pero, además, esas opiniones podrían ser de utilidad para comprender más exactamente el sentido y alcance de la disposición de que se trate, de suerte, que no procedería que la Corte las rechace prima face.

104. Sin perjuicio de lo señalado, es de hacer presente que los argumentos esgrimidos por la OC 24 respecto de la aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo, parecerían ser razones para impulsar su aceptación en el orden jurídico interno de los Estados, que para sustentar que ha sido acogido por el Derecho Internacional⁹⁴.

105. Ahora bien, el artículo 17.2 de la Convención señala que el derecho al matrimonio y a fundar una familia procede si los pretendidos contrayentes tienen “la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

106. De esta forma, el citado artículo envía al ámbito de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del respectivo Estado, también en esta materia, la determinación de las condiciones para contraer matrimonio y fundar una familia, agregando que ellas no deben afectar el principio de no discriminación. Y con esto último no está disponiendo que procede el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que las condiciones para contraer matrimonio, entendido como la unión entre un hombre y una mujer, no deben ser discriminatorias, como lo sería, por ejemplo, se prohibiera el matrimonio entre tales personas en razón de la

“raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

107. Por ende y en tal orden de ideas, los Estados pueden, por ejemplo y de acuerdo al citado artículo 17.2, prohibir el matrimonio entre menores de edad o entre parientes cercanos o el polígamo.

108. Lo que ocurre es, entonces, que el que efectúa la diferencia o distinción entre el matrimonio y otras instituciones que podrían existir entre los seres humanos es el propio artículo 17.2 de la Convención. De suerte, pues, que siendo aquél convencionalmente concebido, como ya se expresó, entre un hombre y una mujer, no podría estimarse, a la luz del Derecho Internacional actual, que existiría discriminación si no se permitiera, en el ordenamiento jurídico interno de los Estados americanos, el matrimonio entre personas del mismo sexo.

109. En última instancia, en consecuencia, de la interpretación del artículo 17.2 de la Convención, realizada de acuerdo a las reglas de interpretación contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no se puede colegir que el matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido reconocido, ni siquiera tácitamente y, por ende, ni aun aplicando la interpretación evolutiva, por el Derecho Internacional o por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por el contrario, de esa interpretación se desprende con nitidez que no existe la obligación internacional de reconocer o consagrar el matrimonio entre personas del mismo sexo y si ello no ha acontecido, tampoco la obligación de modificar las respectivas legislaciones nacionales a fin de permitirlo.

110. Es, por ende, por todo lo señalado que no se puede compartir la 8ª Decisión 95 de la OC 24.

[...]

CONCLUSIÓN.

172. Precedentemente se han expuesto dos materias diferentes. Una relativa al “reconocimiento del cambio de nombre a de acuerdo (o partir de la) identidad de género” y “de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo” y la otra en cuanto al control de convencionalidad. Ambos asuntos tienen, empero y entre otros aspectos, un elemento en común, a saber, que plantean el tema del rol de la Corte, sus potencialidades y sus limitaciones, en lo atinente al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, consecuentemente, también del Derecho Internacional General.

173. Efectivamente, en ambas materias, surge la interrogante hasta donde puede avanzar la jurisprudencia de la Corte en materias no previstas en la Convención de manera expresa y respecto de las que existe un margen de duda en cuanto a que incluso lo haga tácitamente.

174. En lo pertinente al primer asunto, en este voto se ha concluido que, si se pretendiera el reconocimiento de las parejas entre personas del mismo sexo e incluso el matrimonio entre ellas, sería menester sea que los Estados americanos unilateralmente lo hicieran, como algunos, la minoría, lo han hecho sea que se celebrara un tratado que lo contemplara.

175. En lo atinente al control de convencionalidad, se podría afirmar que si se quisiera establecer la supranacionalidad de la Convención en el ámbito nacional, vale decir, que sus resoluciones tuviesen fuerza

obligatoria directa al interior de los Estados Partes de la Convención, incluso sin su participación de sus órganos y con preeminencia o supremacía por sobre lo que dispongan sus respectivas Constituciones, y de esa manera proporcionar una respuesta definitiva al tema de las relaciones entre el Derecho Nacional de los Estados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se requeriría, más que un acto jurisprudencial de la Corte, una expresa e inequívoca decisión en tal dirección de quienes disponen de la facultad para dar origen a una a fuente autónoma de Derecho Internacional, como es el tratado, la costumbre, los principios generales de derecho y el acto jurídico unilateral.

176. Y es que la legitimidad y eficacia de transformaciones de tales envergaduras precisarían de una fuente, no auxiliar como la jurisprudencia, que, en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, únicamente “determina las reglas de derecho”, sino una que sirva o baste por sí sola para, conforme al mismo artículo, “decidir conforme al derecho internacional” las pertinentes controversias, esto es, tal como se expresó, de una fuente autónoma de Derecho Internacional.

177. Dicho condicionamiento es más evidente aun tratándose de Estados obligados a ejercer efectivamente la democracia, como acontece con los Estados Americanos, de acuerdo con lo dispuesto en la Carta Democrática Interamericana, que interpreta lo previsto en la Carta de la OEA y en la Convención¹⁵⁶. No resultaría lo más apropiado, por lo tanto, que, en asuntos de cambios tan profundos como los aludidos, la función jurisdiccional¹⁵⁷ reemplace a la normativa, expresamente asignadas por la Convención a sus Estados Partes¹⁵⁸.

Eduardo Vio Grossi Juez

Pablo Saavedra Alessandri Secretario”

**VOTO CONCURRENTE DEL
JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017 SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO

OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA IDENTIDAD DE GÉNERO, Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VÍNCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito formular a continuación el presente voto concurrente anexo a la Opinión Consultiva – 24/17 (en adelante “OC-24”) con la intención de presentar de forma detallada las razones por las cuales voté a favor de los puntos resolutivos 3 y 5 de la decisión. Para llevar a cabo el referido análisis, se seguirá el siguiente orden: A. Introducción; B. La reserva de ley en la Convención Americana; C. La reserva de ley y las funciones de la ley frente a los derechos humanos, y D. El caso costarricense.

A. INTRODUCCIÓN

2. El presente voto propone desarrollar un aspecto relacionado con un punto concreto que si bien fue abordado por el Tribunal en el texto de la OC-24, no fue desarrollado de manera más completa y amplia y es el que se relaciona con la fundamentación de la potestad del Ejecutivo, para que en determinados casos pueda regular mediante reglamentos derechos humanos. En este sentido, el presente voto tiene como hipótesis principal demostrar que el principio legalidad y la garantía de la reserva de ley no pueden ser usados para impedir el pleno ejercicio de los derechos humanos, por cuanto dicho principio y su subsiguiente garantía también ostentan límites.

3. Con relación a ese tema, el párrafo 161 de la decisión establece que “se puede [...] señalar que la regulación del procedimiento de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que puedan ser conformes con la identidad de género auto-percibida, no necesariamente debe ser regulado por ley en la medida que el mismo debe consistir únicamente en un procedimiento sencillo de verificación de la manifestación de voluntad del requirente”¹.

4. Por su parte, el párrafo 171 de la OC-24 determina, con respecto al procedimiento costarricense de cambio de datos de identidad para que éstos sean conformes a la identidad de género auto-percibida del requirente, que “[e]l Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de la manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza materialmente administrativa, que puede proveer de forma paralela”².

5. Este voto tiene, entonces, la intención de presentar de forma detallada las razones por las cuales voté a favor de los puntos resolutive 3 y 5 de la OC-24 y en términos más generales, pretende profundizar en el fundamento internacional mediante el cual la Corte IDH determinó la necesidad de que los Estados introduzcan – a través de un reglamento, y en determinados supuestos – vías alternas a los procedimientos de jurisdicción voluntaria relacionados con las solicitudes de cambios de datos en los registros y los documentos oficiales por motivos de identidad de género auto-percibida. En ese sentido, se trata de describir cual es, en mi opinión, la ratio decidendi de la decisión que determina que el Poder Ejecutivo, o la Administración – según corresponda – pueda expedir, en ciertas hipótesis como la que corresponde a este caso, reglamentos que se encarguen de hacer eficaz la vigencia de los derechos humanos.

[...]

D. EL CASO COSTARRICENSE

32. Con relación a la situación concreta que se configura en las preguntas planteadas por Costa Rica en la solicitud de Opinión Consultiva en relación con la regulación del procedimiento de adecuación de los datos de los registros y documentos oficiales de conformidad con la identidad de género auto-percibida, se constata que el derecho al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica se encuentran contemplados en la Convención Americana²². Por otra parte, la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana ha sido clara en establecer que el derecho a la identidad era un derecho protegido por la Convención Americana a pesar de no estar expresamente establecido en las disposiciones del tratado²³.

33. Como consecuencia de lo anterior, en lo que se refiere a los supuestos para el procedimiento de cambio de nombre por identidad de género no cabe duda sobre el derecho que está en juego ni sobre sus manifestaciones.

Por ende, en el supuesto que se plantea en la OC-24 sobre la naturaleza jurídica de esos procedimientos, su reglamentación para hacer efectivo la identidad de género de las personas no constituye una ley de “desarrollo” en el sentido de que la norma que los regula deba cumplir con funciones de actualización o configuración. Asimismo, tampoco nos encontramos frente a un supuesto que implica necesariamente una función de la norma de armonización o de ponderación en tanto los procedimientos relativos al reconocimiento de la identidad de género no se refieren ni deben referirse a un tema litigioso, a un proceso de conocimiento, a la resolución de una controversia o a la determinación de derechos.

34. Por el contrario, como se ha indicado en esta opinión consultiva, se trata de un procedimiento que debe ser de naturaleza únicamente declarativa y “no puede bajo ningún concepto convertirse en un espacio de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género de la persona que solicita su reconocimiento”²⁴. En efecto, se estableció que “una decisión relacionada con una solicitud de adecuación o rectificación con base en la identidad de género, no debería poder asignar derechos, únicamente puede ser de naturaleza declarativa puesto que se deberá limitar a verificar si se cumple con los requisitos inherentes a la manifestación de la voluntad del requirente”²⁵.

35. Por tanto, la posición que se sostiene en este voto, y es mi comprensión de esta OC, plantea que la naturaleza de la norma que regula los procedimientos relativos al reconocimiento de la identidad de género auto-percibido corresponde a aquellas que configuran o definen derechos humanos que se encuentran claramente descrito en la Convención Americana (derecho al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica – artículos 18 y 3 de la Convención Americana) o en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (derecho a la identidad). Siendo así, tomando en cuenta que ese tipo de regulación sobre la vía para el reconocimiento del derecho al cambio de nombre no necesariamente debe estar contenido en ley, pero si contenido en norma jurídica general (supra párr. 27), ese tipo de procedimiento puede ser regulado por reglamentos administrativos o decretos emitidos por el Poder Ejecutivo de los Estados²⁶.

E. CONCLUSIÓN

36. A partir de lo anteriormente expuesto, estimo que quedan mejor detalladas las razones por las cuales estuve de acuerdo con la posición de la Corte Interamericana en esta materia. Este es un tema de suma importancia para el goce efectivo de los derechos humanos, no sólo en Costa Rica, sino también en otros países de la región donde una interpretación restrictiva de la garantía de reserva de ley ha impedido o paralizado la reglamentación de los mismos. A manera de ejemplo, en algunos Estados de la región, este mismo argumento ha sido utilizado para frenar la reglamentación de dos temas en los que urge tener claridad sobre su aplicación, como lo son el acceso al aborto en las tres causales permitidas o el tipo de procesos que se deben adelantar para poder aplicar la eutanasia de forma legal. De manera, que espero que el presente Voto contribuya para que los Estados tengan en cuenta que la garantía de reserva de ley no puede ser un obstáculo para el desarrollo de los derechos y mucho menos para el cumplimiento de las obligaciones de derecho internacional que adquirieron al momento de ratificar tratados de derechos humanos como lo es la Convención Americana.

Humberto A. Sierra Porto Juez
Pablo Saavedra Alessandri Secretario”

Corte Interamericana de Derechos Humanos
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
(24 de noviembre de 2017)

[Volver al índice](#)

Canadá

A. Comunicado de la Conferencia de Obispos Católicos sobre el mandato del gobierno que obliga a las organizaciones que se acojan al programa de empleos de verano del Estado, a respetar los derechos y libertades establecidos en la Constitución, incluidos derechos reproductivos y la no discriminación por orientación sexual o identidad de género y expresión

“Canada Summer Jobs: CCCB concerns and statement”

“Employment and Social Development Canada posted information on its website, dated 19 December 2017, announcing a major change to its requirements regarding applications for federal funding under its Canada Summer Jobs program for youth employment. Attestation must now be included that *“both the job and the organization's core mandate respect individual human rights in Canada, including the values underlying the Canadian Charter of Rights and Freedoms as well as other rights. These include reproductive rights and the right to be free from discrimination on the basis of sex, religion, race, national or ethnic origin, colour, mental or physical disability, sexual orientation or gender identity or expression.”*

According to the Department, this insistence on reproductive rights (which specifically includes *“the right to access safe and legal abortions”*), sexual orientation, and gender identity or expression is intended to *“prevent youth (as young as 15 years of age) from being exposed to employment within organizations that may promote positions that are contrary to the values enshrined in the Charter of Rights and Freedoms and associated case law.”*

Faith communities consider abortion, sexual orientation, and gender identity or expression as major questions with ethical, moral, social and personal bearing which determine our understanding of human dignity and thus appreciation for the meaning and significance of each and every human life. This new policy conflicts directly with the right to freedom of religion and conscience which too are enshrined in the Charter of Rights and Freedoms as well as in associated case law. It seriously undermines the right to religious freedom since the Government of Canada is directly limiting the right of religious traditions to hold, teach and practise their principles and values in public.

In addition to the obvious and regrettable infringement of freedom of conscience and religion in such matters as are raised by the new policy, there will be unfortunate consequences on the ground: summer camps will be forced to close; the services of numerous non-profit organizations will be reduced; valuable opportunities for apprenticeship will be lost. These effects, to name but a few, will be felt in Catholic dioceses and organizations as well as in many other faith communities across Canada.

Furthermore, the recently announced policy represents an attempt to restrict the voices of faith communities in Canadian democracy and to limit their participation in the public square. Moreover, it runs counter to the recommendations issued at the end of March 2017 by the Consultation Panel on the Political Activities of Charities which had been appointed by the Minister of National Revenue. These recommendations include that charities be allowed to provide information for the purpose of informing and swaying public opinion, and to advocate to keep or change law or policy, either in Canada (any level of government) or outside of Canada.

11 January 2018”

Conferencia de Obispos Católicos

<http://www.cccb.ca/site/eng/media-room/statements-a-letters/4865-canada-summer-jobs-cccb-concerns-and-statement>

(11 de enero de 2018)

[Volver al índice](#)

B. Mandato del Gobierno que obliga a las organizaciones que se acojan al programa de empleos de verano del Estado, a respetar los derechos y libertades establecidos en la Constitución, incluidos derechos reproductivos y la no discriminación por orientación sexual o identidad de género y expresión

“Funding: Canada Summer Jobs – Overview”

“1. Overview

Canada Summer Jobs (CSJ) is an initiative of the Summer Work Experience program. It provides wage subsidies to employers to create employment for secondary and post-secondary students. Again this year, Canada Summer Jobs welcomes applications from small businesses, not-for-profit employers, public sector and faith-based organizations that provide quality summer jobs for students.

CSJ provides funding to not-for-profit organizations, public-sector employers and small businesses with 50 or fewer full-time employees to create summer job opportunities for young people aged 15 to 30 years who are full-time students intending to return to their studies in the next school year.

By way of five national priorities, CSJ 2018 supports the following:

- Employers who intend to hire youth who are in underrepresented groups, including new immigrant youth/refugees, Indigenous youth, youth with disabilities and visible minorities.
- Small businesses, in recognition of their contribution to the creation of jobs
- Organizations that support opportunities for official language minority communities
- Organizations that provide services and/or supports for the LGBTQ2 community
- Organization that support opportunities in science, technology, engineering and mathematics (STEM) and information and communications and technology (ICT), particularly for women.

The Government of Canada is committed to offering valuable summer work opportunities for students and to support communities in taking action on local priorities. These summer work experiences represent important pathways facilitating future transitions from school to the world of work.

CSJ applicants will be required to attest that both the job and the organization’s core mandate respect individual human rights in Canada, including the values underlying the Canadian Charter of Rights and Freedoms as well as other rights. These include reproductive rights and the right to be free from discrimination on the basis of sex, religion, race, national or ethnic origin, colour, mental or physical disability, sexual orientation or gender identity or expression.

The employer attestation for CSJ 2018 is consistent with individual human rights in Canada, Charter rights and case law, and the Government of Canada’s commitment to human rights, which include women’s rights and women’s reproductive rights, and the rights of gender-diverse and transgender Canadians.

The government recognizes that women’s rights are human rights. This includes sexual and reproductive rights — and the right to access safe and legal abortions. These rights are at the core of the Government of Canada’s foreign and domestic policies.

The government recognizes that everyone should have the right to live according to their gender identity and express their gender as they choose, free from discrimination. The government is committed to protecting the dignity, security, and rights of gender-diverse and transgender Canadians.

The objective of the change is to prevent Government of Canada funding from flowing to organization whose mandates or projects may not respect individual human rights, the values underlying the Charter of Rights and Freedoms and associated case law. This helps prevent youth (as young as 15 years of age) from being exposed to employment within organizations that may promote positions that are contrary to the values enshrined in the Charter of Rights and Freedoms and associated case law.

- **Objectives**

CSJ has three objectives:

- providing work experiences for students
- supporting organizations, including those that provide important community services
- recognizing that local circumstances, community needs and priorities vary widely

In delivering on these objectives, the Government of Canada seeks to ensure that youth job opportunities funded by the Canada Summer Jobs program take place in an environment that respects the rights of all Canadians.

- **Assessment criteria**

The criteria used to assess applications for funding focus on:

- jobs that support the provision of services in the community
- jobs that support local priorities
- jobs that provide career-related experience or early work experience
- a salary that contributes to the student's income
- an employer who provides supervision and mentoring
- project activities that are directed toward members of, and support the vitality of, an Official Language Minority Community
- an employer who intends to hire priority students, including youth who are in underrepresented groups (priority students are students with disabilities, Indigenous students, students who are members of a visible minority and students who are new immigrants/refugees)

Assessment of applications will be carried out on a constituency-by-constituency basis, ensuring that local priorities are considered. Local priorities for each federal electoral constituency are posted on the CSJ website. National priorities are also taken into consideration as part of the above assessment criteria.”

Gobierno de Canadá

<https://www.canada.ca/en/employment-social-development/services/funding/canada-summer-jobs.html>

(19 de diciembre de 2017)

[Volver al índice](#)

Estados Unidos

A. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Oregón que ratificó sanción impuesta por el Ministerio del Trabajo a pasteleros que se negaron a hacer una torta de matrimonio a pareja homosexual, debido a sus creencias religiosas (extracto)²²

“December, 28, 2017

IN THE COURT OF APPEALS OF THE
STATE OF OREGON

Melissa Elaine KLEIN,
dba Sweetcakes by Melissa;
and Aaron Wayne Klein,
dba Sweetcakes by Melissa,
and, in the alternative,
individually as an aider and abettor under ORS 659A.406,
Petitioners,
v.
OREGON BUREAU OF LABOR
AND INDUSTRIES,
Respondent.
Oregon Bureau of Labor and Industries
4414, 4514; A159899

Argued and submitted March 2, 2017.

Adam R.F. Gustafson, Washington, D.C., argued the cause for petitioners. With him on the briefs were Tyler Smith, Anna Harmon, and Tyler Smith & Associates; Herbert G. Grey; C. Boyden Gray, Derek S. Lyons, and Boyden Gray & Associates, Washington DC; and Matthew J. Kacsmiryk, Kenneth A. Klukowski, Cleve W. Doty, and First Liberty Institute, Texas.

Carson Whitehead, Assistant Attorney General, argued the cause for respondent. With him on the brief were Ellen F. Rosenblum, Attorney General, Benjamin Gutman, Solicitor General, and Leigh A. Salmon, Assistant Attorney General.

Stefan C. Johnson and Lambda Legal Defense and Education Fund, Inc., California, filed the brief amicus curiae for Rachel Bowman-Cryer, Laurel Bowman-Cryer, and Lambda Legal Defense and Education Fund, Inc. Peter Meza and Hogan Lovells US LLP, Colorado; Jessica L. Ellsworth, Laura A. Szarmach, and Hogan Lovells US LLP, Washington, DC; Nicole E. Schiavo and Hogan Lovells US LLP, New York; and Seth M. Marnin, Michelle N.

²² La Sentencia completa disponible en: <http://derechoyreligion.uc.cl/es/docman/documentacion/internacional/jurisprudencia-1/1243-sentencia-de-la-corte-de-apelaciones-de-oregon-que-ratifico-sancion-impuesta-por-el-ministerio-del-trabajo-a-pasteleros-que-se-negaron-a-hacer-una-torta-de-matrimonio-a-pareja-homosexual-debido-a-sus-creencias-religiosas/file>

Deutchman, David L. Barkley, Anti-Defamation League, New York, filed the brief amicus curiae for AntiDefamation League, Bend the Arc: A Jewish Partnership for Justice, Hindu American Foundation, Interfaith Alliance Foundation, Hadassah: The Women's Zionist Organization of America, Inc., Keshet, Metropolitan Community Churches, Global Justice Institute, More Light Presbyterians, People for the American Way Foundation, African American Ministers Leadership Council, The National Council of Jewish Women, T'ruah: The Rabbinic Call for Human Rights, Union for Reform Judaism, Religious Action Center, Women of Reform Judaism, Central Conference of American Rabbis, and Women's League for Conservative Judaism.

P. K. Runkles-Pearson, Alexander M. Naito, and Miller Nash Graham & Dunn LLP; Mathew W. dos Santos, Kelly K. Simon, and ACLU of Oregon, Inc.; Jennifer J. Middleton and Johnson Johnson & Schaller PC, filed the brief amicus curiae for ACLU Foundation of Oregon, Inc.

Julia E. Markley, Courtney R. Peck, and Perkins Coie LLP; Richard B. Katskee, Carmen Green, and Americans United for Separation of Church and State, filed the brief amicus curiae for Americans United for Separation of Church and State.

Before DeVore, Presiding Judge, and Garrett, Judge, and James, Judge.*
GARRETT, J.

Reversed as to BOLI's conclusion that the Kleins violated ORS 659A.409 and the related grant of injunctive relief; otherwise affirmed.

GARRETT, J.

Melissa and Aaron Klein, the owners of a bakery doing business as Sweetcakes by Melissa (Sweetcakes), seek judicial review of a final order of the Bureau of Labor and Industries (BOLI) finding that the Kleins' refusal to provide a wedding cake to the complainants, a same-sex couple, violated ORS 659A.403, which prohibits a place of public accommodation from denying "full and equal" service to a person "on account of * * * sexual orientation." The order further concluded that the Kleins violated another of Oregon's public accommodations laws, ORS 659A.409, by communicating an intention to unlawfully discriminate in the future. BOLI's order awarded damages to the complainants for their emotional and mental suffering from the denial of service and enjoined the Kleins from further violating ORS 659A.403 and ORS 659A.409.

In their petition for judicial review, the Kleins argue that BOLI erroneously concluded that their refusal to supply a cake for a same-sex wedding was a denial of service "on account of" sexual orientation within the meaning of ORS 659A.403; alternatively, they argue that the application of that statute in this circumstance violates their constitutional rights to free expression and to the free exercise of their religious beliefs. The Kleins also argue that they were denied due process of law because BOLI's commissioner did not recuse himself in this case after making public comments about it, that the damages award is not supported by substantial evidence or substantial reason, and that BOLI erroneously treated the Kleins' public statements about this litigation as conveying an intention to violate public accommodation laws in the future.

As explained below, we reject the Kleins' construction of ORS 659A.403 and conclude that their denial of service was "on account of" the complainants' sexual orientation for purposes of that statute. As for their constitutional arguments, we conclude that the final order does not impermissibly burden the Kleins' right to free expression

under the First Amendment to the United States Constitution. We conclude that, under *Employment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith*, 494 US 872, 110 S Ct 1595, 108 L Ed 2d 876 (1990), the final order does not impermissibly burden the Kleins' right to the free exercise of their religion because it simply requires their compliance with a neutral law of general applicability, and the Kleins have made no showing that the state targeted them for enforcement because of their religious beliefs. For substantially the same reasons for which we reject their federal constitutional arguments, we reject the Kleins' arguments under the Oregon Constitution. We also reject the Kleins' arguments regarding the alleged bias of BOLI's commissioner and their challenge to BOLI's damages award. We agree with the Kleins, however, that the evidence does not support BOLI's conclusion that they violated ORS 659A.409. Accordingly, we reverse the order as to that determination and the related grant of injunctive relief. BOLI's order is otherwise affirmed.

I. BACKGROUND

We will discuss the relevant evidence and factual findings in greater detail within our discussion of particular assignments of error, but the following overview provides context for that later discussion.¹ The complainants, Rachel Bowman-Cryer and Laurel Bowman-Cryer, met in 2004 and had long considered themselves a couple. In 2012, they decided to marry.

As part of the wedding planning, Rachel and her mother, Cheryl, attended a Portland bridal show.² Melissa Klein had a booth at that bridal show, and she advertised wedding cakes made by her bakery business, Sweetcakes. Rachel and Cheryl visited the booth and told Melissa that they would like to order a cake from her. Rachel and Cheryl were already familiar with Sweetcakes; two years earlier, Sweetcakes had designed, created, and decorated a wedding cake for Cheryl's wedding, paid for by Rachel.

After the bridal show, on January 17, 2013, Rachel and Cheryl visited the Sweetcakes bakery shop in Gresham for a cake-tasting appointment, intending to order a wedding cake. At the time of the appointment, Melissa was at home providing childcare, so her husband, Aaron, conducted the tasting.

During that tasting, Aaron asked for the names of the bride and groom. Rachel told him that there were two brides and that their names were Rachel and Laurel. At that point, Aaron stated that he was sorry, but that Sweetcakes did not make wedding cakes for same-sex ceremonies because of his and Melissa's **religious convictions**. Rachel began crying, and Cheryl took her by the arm and walked her out of the shop. On the way to their car, Rachel became "hysterical" and kept apologizing to her mother, feeling that she had humiliated her. Cheryl consoled Rachel once they were in their car, and she assured her that they would find someone to make the wedding cake. Cheryl drove a short distance away, but then turned around and returned to Sweetcakes. This time, Cheryl reentered the shop by herself to talk with Aaron. During their conversation, Cheryl told Aaron that she had previously shared his thinking about homosexuality, but that her "truth had changed" as a result of having "two gay children." In response, Aaron quoted a Bible passage from the Book of Leviticus, stating, "You shall not lie with a male as one lies with a female; it is an abomination." Cheryl left and returned to the car, where Rachel had remained, "holding [her] head in her hands, just bawling."

When Cheryl returned to the car, she told Rachel that Aaron had called her "an abomination," which further upset Rachel. Rachel later said that "[i]t made me feel like they were saying God made a mistake when he made me, that I wasn't supposed to be, that I wasn't supposed to love or be loved or have a family or live a good life and one day go to heaven."

When Rachel and Cheryl arrived home, Cheryl told Laurel what had happened. Laurel, who had been raised Catholic, recognized the “abomination” reference from Leviticus and felt shame and anger. Rachel was inconsolable, which made Laurel even angrier. Later that same night, Laurel filled out an online complaint form with the Oregon Department of Justice (DOJ), describing the denial of service at Sweetcakes.

In addition to the DOJ complaint, Laurel eventually filed a complaint with BOLI, as did Rachel, alleging that the Kleins had refused to make them a wedding cake because of their sexual orientation. BOLI initiated an investigation

Meanwhile, the controversy had become the subject of significant media attention. The Kleins were interviewed by, among others, the Christian Broadcast Network (CBN) and later by a radio talk show host, Tony Perkins. In the CBN interview, which was broadcast in September 2013, the Kleins explained that they did not want to participate in celebrating a same-sex marriage, wanted to live their lives in the service of God, and that, although they did not want to see their bakery business go “belly up,” they had “faith in the Lord and he’s taken care of us up to this point and I’m sure he will in the future.” The CBN broadcast also showed a handwritten sign, taped to the inside of the bakery’s front window, which stated:

“Closed but still in business. You can reach me by email or facebook. www.sweetcakesweb.com or Sweetcakes by Melissa facebook page. New phone number will be provided on my website and facebook. This fight is not over. We will continue to stand strong. Your religious freedom is becoming not free anymore. This is ridiculous that we cannot practice our faith. The LORD is good and we will continue to serve HIM with all our heart [heart symbol].” (Uppercase and underscoring in original; spacing altered.)

In the Perkins interview, which occurred in February 2014, Aaron explained that he and Melissa “had a feeling that [requests for same-sex wedding cakes were] going to become an issue” and that they had discussed the issue. During the interview, Aaron stated that “it was one of those situations where we said ‘well I can see it is going to become an issue but we have to stand firm. It’s our belief and we have a right to it, you know.’”

BOLI’s investigation determined that substantial evidence supported the complaints, and the agency eventually issued formal charges against the Kleins that described the initial refusal of service as well as the Kleins’ subsequent participation in the CBN broadcast and Perkins interview. Specifically, BOLI alleged that the Kleins had violated ORS 659A.403, which entitles all persons “to the full and equal accommodations, advantages, facilities and privileges of any place of public accommodation, without any distinction, discrimination or restriction on account of *** sexual orientation,” ORS 659A.403(1), and further makes it “an unlawful practice for any person to deny full and equal accommodations, advantages, facilities and privileges of any place of public accommodation in violation of this section,” ORS 659A.403(3). BOLI further alleged that the Kleins’ subsequent statements had violated another provision of the state’s public accommodations laws, ORS 656A.409, which makes it unlawful to communicate an intention to discriminate in the future on account of sexual orientation.

After the issuance of formal charges, BOLI designated an ALJ to handle the contested case proceedings, and the Kleins and BOLI engaged in extensive motions practice before the ALJ. Among those motions, the Kleins sought to disqualify BOLI’s commissioner, Brad Avakian, on the ground that he was biased against them, as evidenced by his public statements about the cake controversy. In a Facebook post shortly after Laurel filed the DOJ complaint, Avakian had provided a link to a story on www.kgw.com related to the refusal of service; in that post,

he wrote, “Everyone has a right to their religious beliefs, but that doesn’t mean they can disobey laws that are already in place. Having one set of rules for everybody ensures that people are treated fairly as they go about their daily lives.” Later, shortly after the first of the BOLI complaints was filed, an article in *The Oregonian* quoted Avakian as saying that “[e]veryone is entitled to their own beliefs, but that doesn’t mean that folks have the right to discriminate.” According to the Kleins, those statements and others indicated that Avakian had prejudged their case before the hearing. The ALJ disagreed and denied the motion to disqualify.

The Kleins and BOLI also filed cross-motions for summary judgment on multiple issues involving the merits of the case, including, as relevant on judicial review: (1) whether the complainants were denied service “on account of” their sexual orientation for purposes of Oregon’s public accommodation laws; (2) if so, whether the application of those laws violates the Kleins’ rights to free expression and religious worship under the state and federal constitutions; and (3) whether Aaron Klein’s statements during the CBN and Perkins interviews, and the note on the Sweetcakes window, were the kinds of statements of a future intention to discriminate that are prohibited by ORS 659A.409. In an interim order on the cross-motions, the ALJ agreed with BOLI on the first two questions, concluding that the Kleins’ refusal to provide a wedding cake violated ORS 659A.403, and that the statute was constitutional, both facially and as applied under the circumstances.³ However, the ALJ agreed with the Kleins that Aaron’s statements during the CBN and Perkins interviews had not been prospective; rather, the ALJ determined that those statements “are properly construed as the recounting of past events that led to the present Charges being filed,” and therefore did not violate ORS 659A.409.

After the ALJ’s rulings on the various motions, only the issue of damages remained to be decided at a hearing. BOLI alleged that each complainant was claiming damages of “at least \$75,000,” and it adduced evidence at the hearing—through testimony of the complainants and others—concerning emotional harm that the complainants suffered in the wake of the Kleins’ refusal to make their wedding cake. During closing arguments, BOLI also asked that the ALJ award damages for the distress that the complainants suffered as a result of media and social-media attention after the denial of service. In response, the Kleins argued that the complainants were not credible but that, even if the ALJ were to find them credible, their emotional distress was attributable to sources other than the denial of service that were not lawful bases for a damages award, such as media attention and family conflicts. The Kleins also argued that the amount of damages requested by BOLI far exceeded anything that the agency had previously sought for similar violations.

After six days of testimony and argument regarding the damages issue, the ALJ issued a proposed final order that encompassed his earlier summary judgment and procedural rulings and also addressed the question of damages. With respect to damages, the ALJ found that Rachel had testified credibly about her emotional distress, but that Laurel had not been present at the cake refusal and had, in some respects, exaggerated the extent and severity of her emotional suffering. The ALJ concluded that there was no basis in law for awarding damages to the complainants for their emotional suffering caused by media and social-media attention. Ultimately, the ALJ determined that \$75,000 was an appropriate award to compensate Rachel for her suffering as a result of the denial of service, and that a lesser amount, \$60,000, was appropriate to compensate Laurel.

Both the Kleins and the agency filed exceptions to the ALJ’s proposed final order. BOLI, through its commissioner, Avakian, then issued its final order that, for the most part, was consistent with the ALJ’s reasoning in his proposed order. Specifically, BOLI’s final order affirmed the ALJ’s determinations that the Kleins violated ORS 659A.403, it affirmed the ALJ’s conclusion that application of that statute did not violate the Kleins’ constitutional rights, and it affirmed the damages awards. However, the final order departed from the ALJ’s

determination in one respect: whether the Kleins had violated ORS 659A.409 by conveying an intention to discriminate in the future. On that question, the final order determined that, based on Aaron’s statements during the CBN and Perkins interviews, and the handwritten sign taped to the bakery’s window (stating that the “fight is not over” and vowing to “continue to stand strong”), the Kleins had conveyed an intention to unlawfully discriminate in the future by refusing service based on sexual orientation. Thus, BOLI reversed the ALJ’s ruling on that matter and concluded that the Kleins violated ORS 659A.409; but, BOLI did not award any damages based on that particular violation “because there is no evidence in the record that Complainants experienced any mental, emotional, or physical suffering because of it.” This petition for judicial review followed.

II. ANALYSIS

In their petition, the Kleins raise four assignments of error. In their first assignment, they argue that BOLI erred by applying ORS 659A.403 to their refusal to make the wedding cake. Within that assignment, they argue that BOLI misinterpreted the statute to apply to the refusal; alternatively, they argue that, as applied under these circumstances, the statute abridges their rights to freedom of expression and religious exercise under the federal and state constitutions. In their second assignment, the Kleins argue that their due process rights were violated by the commissioner’s failure to recuse himself. The Kleins’ third assignment asserts that BOLI’s damages award is not supported by substantial evidence or substantial reason. And, in their fourth assignment, they argue that BOLI erred by applying ORS 659A.409 because their statements after the refusal did not communicate an intention to discriminate in the future. We address each assignment of error in turn.

[...]

2. Constitutional challenges to ORS 659A.403

The Kleins invoke both the United States and the Oregon constitutions in arguing that the final order violates their rights to free expression and the free exercise of their religion. Oregon courts generally seek to resolve arguments under the state constitution before turning to the federal constitution. See *State v. Babson*, 355 Or 383, 432-33, 326 P3d 559 (2014) (discussing policy reasons for analyzing state constitutional claims first). In this case, however, the Kleins draw almost entirely on well-developed federal constitutional principles, and they do not meaningfully develop any independent state constitutional theories. Accordingly, in the discussion that follows, we address the Kleins’ federal constitutional arguments first and their state arguments second. See *Church at 295 S. 18th St. v. Employment Dept.*, 175 Or App 114, 123 n 2, 28 P3d 1185, rev den, 333 Or 73 (2001) (noting that “[t]he Supreme Court likewise does not always pause to consider state constitutional arguments before addressing federal constitutional arguments, particularly when the parties have not asserted any independent state constitutional analysis”); see also *Neumann v. Liles*, 358 Or 706, 716 n 6, 369 P3d 1117 (2016) (“Ordinarily, we would look to our state constitution before addressing any federal constitutional issues. As noted, however, the parties to this case have argued this issue solely under the First Amendment and have not invoked Article I, section 8, of the Oregon Constitution.”).

a. Free expression

The Kleins argue that BOLI’s final order violates their First Amendment right to freedom of speech. BOLI argues that the order simply enforces ORS 659A.403, a content-neutral regulation of conduct that does not implicate the First Amendment at all. And each side argues that United States Supreme Court precedent is decisively in its favor.

The issues before us arise at the intersection of two competing principles: the government’s interest in promoting full access to the state’s economic life for all of its citizens, which is expressed in public accommodations statutes like ORS 659A.403, and an individual’s First Amendment right not to be compelled to express or associate with ideas with which she disagrees. Although the Supreme Court has grappled with that intersection before, it has not yet decided a case in this particular context, where the public accommodation at issue is a retail business selling a service, like cake-making, that is asserted to involve artistic expression.⁷

It is that asserted artistic element that complicates the First Amendment analysis—and, ultimately, distinguishes this case from the precedents on which the parties rely. Generally speaking, the First Amendment does not prohibit government regulation of “commerce or conduct” whenever such regulation indirectly burdens speech. *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 US 552, 567, 131 S Ct 2653, 180 L Ed 2d 544 (2011). When, however, the government regulates activity that involves a “significant expressive element,” some degree of First Amendment scrutiny is warranted. *Arcara v. Cloud Books, Inc.*, 478 US 697, 706, 106 S Ct 3172, 92 L Ed 2d 568 (1986); *id.* at 705 (reasoning that the “crucial distinction” between government actions that trigger First Amendment scrutiny and those that do not is whether the regulated activity “manifests” an “element of protected expression”).

In the discussion that follows, we conclude that the Kleins have not demonstrated that their wedding cakes invariably constitute fully protected speech, art, or other expression, and we therefore reject the Kleins’ position that we must subject BOLI’s order to strict scrutiny under the First Amendment. At most, the Kleins have shown that their cake-making business includes some arguably expressive elements as well as nonexpressive elements, so as to trigger intermediate scrutiny. We assume (without deciding) that that is true, and then conclude that BOLI’s order nonetheless survives intermediate scrutiny because any burden on the Kleins’ expressive activities is no greater than is essential to further Oregon’s substantial interest in promoting the ability of its citizens to participate equally in the marketplace without regard to sexual orientation.

[...]

(2) First Amendment precedent

BOLI and the Kleins offer competing United States Supreme Court precedent that, they argue, clearly requires a result in their respective favors. We begin our analysis by explaining why we do not regard the authorities cited by the parties as controlling.

The Kleins argue that the effect of BOLI’s final order is to compel them to express a message—a celebration of same-sex marriage—with which they disagree. They primarily draw on two interrelated lines of First Amendment cases that, they contend, preclude the application of ORS 659A.403 here.

First, the Kleins rely on cases holding that the government may not compel a person to speak or promote a government message with which the speaker does not agree. See, e.g., *Board of Education v. Barnette*, 319 US 624, 63 S Ct 1178, 87 L Ed 1628 (1943) (holding that a state may not sanction a public-school student or his parents for the student’s refusal to recite the Pledge of Allegiance or salute the flag of the United States); *Wooley v. Maynard*, 430 US 705, 97 S Ct 1428, 51 L Ed 2d 752 (1977) (holding that New Hampshire could not force a person to display the “Live Free or Die” state motto on his license plate).

We do not consider that line of cases to be helpful here. In “compelled speech” cases like *Barnette* and *Wooley*, the government prescribed a specific message that the individual was required to express. ORS 659A.403 does nothing of the sort; it is a content-neutral regulation that is not directed at expression at all. It does not even regulate cakemaking; it simply prohibits the refusal of service based on membership in a protected class. The

United States Supreme Court has repeatedly held that such content-neutral regulations—although they may have incidental effects on an individual’s expression—are an altogether different, and generally permissible, species of government action than a regulation of speech. See *Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc.*, 547 US 47, 62, 126 S Ct 1297, 164 L Ed 2d 156 (2006) (FAIR) (“[I]t has never been deemed an abridgement of freedom of speech or press to make a course of conduct illegal merely because the conduct was in part initiated, evidenced, or carried out by means of language, either spoken, written, or printed.” (Internal quotation marks omitted.)); *R. A. V. v. St. Paul*, 505 US 377, 385, 112 S Ct 2538, 120 L Ed 2d 305 (1992) (“We have long held * ** that nonverbal expressive activity can be banned because of the action it entails, but not because of the ideas it expresses ***.”). In short, we reject the Kleins’ analogy of this case to *Barnette* and *Wooley*.

Second, the Kleins rely heavily on *Hurley* and *Dale*, which, as discussed above, invalidated the application of public accommodations statutes in “peculiar” circumstances outside of the usual commercial context. The difficulty with that analogy is that this case does involve the usual commercial context; *Sweetcakes* is not a private parade or membership organization, and it is hardly “peculiar,” as that term was used in *Hurley*, to apply ORS 659A.403 to a retail bakery like *Sweetcakes* that is open to the public and that exists for the purpose of engaging in commercial transactions. Indeed, the Kleins accept the premise that *Sweetcakes* is a place of public accommodation under Oregon law, and that, as such, it must generally open its doors to customers of all sexual orientations, regardless of the Kleins’ religious views about homosexuality. Thus, if the Kleins are to succeed in avoiding compliance with the statute, it cannot be because their activity occurs outside the ordinary commercial context that the government has wide latitude to regulate, as was the case in *Hurley* and *Dale*. The Kleins must find support elsewhere.

In BOLI’s view, on the other hand, the Kleins’ arguments are disposed of by the United States Supreme Court’s decision in *FAIR*. In that case, an association of law schools and law faculty (*FAIR*) sought to enjoin the enforcement of the Solomon Amendment, a federal law that requires higher education institutions, as a condition for receiving federal funds, to provide military recruiters with the same access to their campuses as nonmilitary recruiters. 547 US at 52-55. Because *FAIR* opposed the military’s policy at that time regarding homosexual service-members, *FAIR* argued that the equal-access requirement violated the schools’ First Amendment rights to freedom of speech and association. *Id.* at 52-53.

The Court rejected *FAIR*’s compelled-speech argument, reasoning that the Solomon Amendment “neither limits what law schools may say nor requires them to say anything,” and, therefore, the law was a “far cry” from the compulsions at issue in *Barnette* and *Wooley*. *Id.* at 60, 62. The Court acknowledged that compliance with the Solomon Amendment would indirectly require the schools to “speak” in a sense because it would require the schools to send emails and post notices on behalf of the military if they chose to do so for other recruiters. Nevertheless, the Court found it dispositive that the Solomon Amendment did not “dictate the content of the speech at all, which is only ‘compelled’ if, and to the extent [that,] the school provides such speech for other recruiters.” *Id.* The Court distinguished that situation from those where “the complaining speaker’s own message was affected by the speech it was forced to accommodate.” *Id.* at 63-64 (citing, *inter alia*, *Hurley*, 515 US at 568).

In BOLI’s view, this case is like *FAIR* because ORS 659A.403 does not directly compel any speech; even if one considers the Kleins’ cake-making to involve some element of expression, the law only compels the Kleins to engage in that expression for same-sex couples “if, and to the extent” that the Kleins do so for the general public.

This case is distinguishable from FAIR, however, in a significant way. Essential to the holding in FAIR was that the schools were not compelled to express a message with which they disagreed. The schools evidently did not assert, nor did the Supreme Court contemplate, that there was a meaningful ideological or expressive component to the emails or notices themselves, which merely conveyed factual information about the presence of recruiters on campus. The Court thus distinguished the case from *Barnette* and *Wooley*, cases that addressed the harm that results from true compelled speech—that is, depriving a person of autonomy as a speaker and “inva[ding]” that person’s “individual freedom of mind,” *Wooley*, 430 US at 714 (quoting *Barnette*, 319 US at 637); see *Hurley*, 515 US at 576 (“[W]hen dissemination of a view contrary to one’s own is forced upon a speaker intimately connected with the communication advanced, the speaker’s right to autonomy over the message is compromised.”).

Here, unlike in FAIR, the Kleins very much do object to the substantive content of the expression that they believe would be compelled. They argue that their wedding cakes are works of art that express a celebratory message about the wedding for which they are intended, and that the Kleins cannot be compelled to create that art for a wedding that they do not believe should be celebrated. And there is evidentiary support for the Kleins’ view, at least insofar as every wedding cake that they create partially reflects their own creative and aesthetic judgment. Whether that is sufficient to make their cakes “art,” the creation of which the government may not compel, is a question to which we will turn below, but even the Kleins’ subjective belief that BOLI’s order compels them to express a specific message that they ideologically oppose makes this case different from FAIR.

That fact is also what makes this case difficult to compare to other public accommodations cases that the United States Supreme Court has decided. It appears that the Supreme Court has never decided a free-speech challenge to the application of a public accommodations law to a retail establishment selling highly customized, creative goods and services that arguably are in the nature of art or other expression.

To put the problem into sharper focus, we see no reason in principle why the services of a singer, composer, or painter could not fit the definition of a “place of public accommodation” under ORS 659A.400. One can imagine, for example, a person whose business is writing commissioned music or poetry for weddings, or producing a sculpture or portrait of the couple kissing at an altar. One can also imagine such a person who advertises and is willing to sell those services to the general public, but who holds strong religious convictions against same-sex marriage and would feel her “freedom of mind” violated if she were compelled to produce her art for such an occasion. Cf. *Barnette*, 319 US at 637. For the Kleins, this is that case. BOLI disagrees that a wedding cake is factually like those other examples, but the legal point that those examples illustrate is that existing public accommodations case law is awkwardly applied to a person whose “business” is artistic expression. The Court has not told us how to apply a requirement of nondiscrimination to an artist.

We believe, moreover, that it is plausible that the United States Supreme Court would hold the First Amendment to be implicated by applying a public accommodations law to require the creation of pure speech or art. If BOLI’s order can be understood to compel the Kleins to create pure “expression” that they would not otherwise create, it is possible that the Court would regard BOLI’s order as a regulation of content, thus subject to strict scrutiny, the test for regulating fully protected expression. See *Hurley*, 515 US at 573 (application of public accommodations statute violated the First Amendment where it “had the effect of declaring the sponsors’ speech itself to be the public accommodation,” thus infringing on parade organizers’ “autonomy to choose the content of [their] own message”); see also *Riley v. National Federation of the Blind*, 487 US 781, 795- 98, 108 S Ct 2667, 101 L Ed 2d 669 (1988) (explaining that “[m]andating speech that a speaker would not otherwise make

necessarily alters the content of the speech,” and subjecting such regulation to “exacting First Amendment scrutiny”).

Although the Court has not clearly articulated the extent to which the First Amendment protects visual art and its creation, it has held that the First Amendment covers various forms of artistic expression, including music, *Ward v. Rock Against Racism*, 491 US 781, 790, 109 S Ct 2746, 105 L Ed 2d 661 (1989); “live entertainment,” such as musical and dramatic performances, *Schad v. Mount Ephraim*, 452 US 61, 65, 101 S Ct 2176, 68 L Ed 2d 671 (1981); and video games, *Brown v. Entertainment Merchants Assn*, 564 US 786, 790, 131 S Ct 2729, 180 L Ed 2d 708 (2011). See also *Kaplan v. California*, 413 US 115, 119-20, 93 S Ct 2680, 37 L Ed 2d 492 (1973) (“[P]ictures, films, paintings, drawings, and engravings * * * have First Amendment protection.”). The Court has also made clear that a particularized, discernible message is not a prerequisite for First Amendment protection.⁸ See *Hurley*, 515 US at 569 (“[A] narrow, succinctly articulable message is not a condition of constitutional protection, which if confined to expressions conveying a particularized message, would never reach the unquestionably shielded painting of Jackson Pollock, music of Arnold Schoenberg, or Jabberwocky verse of Lewis Carroll.” (Citation and internal quotation marks omitted.)); see also *Ward*, 491 US at 790 (concluding that music is protected expression, due to “its capacity to appeal to the intellect and to the emotions”).

In short, although ORS 659A.403 is a contentneutral regulation that is not directed at expression, the Kleins’ arguments cannot be dismissed on that ground alone. Rather, we must decide whether the Kleins’ cakemaking activity is sufficiently expressive, communicative, or artistic so as to implicate the First Amendment, and, if it is, whether BOLI’s final order compelling the creation of such expression in a particular circumstance survives First Amendment scrutiny.

(3) Whether these cakes implicate the First Amendment

If, as BOLI argues, the Kleins’ wedding cakes are just “food” with no meaningful artistic or communicative component, then, as the foregoing discussion illustrates, BOLI’s final order does not implicate the First Amendment²³; the Kleins’ objection to having to “speak” as a result of ORS 659A.403 is no more powerful than it would be coming from the seller of a ham sandwich. On the other hand, if and to the extent that the Kleins’ wedding cakes constitute artistic or communicative expression, then the First Amendment is implicated by BOLI’s final order. In short, we must decide whether the act that the Kleins refused to perform—to design and create a wedding cake—is “sufficiently imbued with elements of communication” so as to “fall within the scope” of the First Amendment. *Spence v. Washington*, 418 US 405, 409, 94 S Ct 2727, 41 L Ed 2d 842 (1974).

On this point, BOLI makes a threshold argument that we must address, which is that, because the Kleins refused service to Rachel and Laurel before even finding out what kind of cake the couple wanted, there is no basis for assessing the “artistic” component of whatever cake might have resulted. For all we know, BOLI reasons, Rachel and Laurel might have wanted a standardized cake that would not have involved any meaningful expressive activity on the part of the Kleins. However, we believe the fair interpretation of this record is that the Kleins do not offer such “standardized” or “off the shelf” wedding cakes; they testified that their practice for creating wedding cakes includes a collaborative and customized design process that is individual to the customer. According to the Kleins, they intend—and their “clients expect”—that “each cake will be uniquely crafted to be

²³ *El destacado es nuestro.*

a statement of each customer's personality, physical tastes, theme and desires, as well as their palate." According to Melissa, she "almost never make[s] a cake without creating a unique element of style and customization." Furthermore, the complainants expressly stated that they wanted a cake "like" the one that the Kleins had created for Rachel's mother's wedding, which was a customdesigned cake. On this record, we therefore assume that any cake that the Kleins made for Rachel and Laurel would have followed the Kleins' customary practice.

Consequently, the question is whether that customary practice, and its end product, are in the nature of "art." As noted above, if the ultimate effect of BOLI's order is to compel the Kleins to create something akin to pure speech, then BOLI's order may be subject to strict scrutiny. If, on the other hand, the Kleins' cake-making retail business involves, at most, both expressive and nonexpressive components, and if Oregon's interest in enforcing ORS 659A.403 is unrelated to the content of the expressive components of a wedding cake, then BOLI's order need only survive intermediate scrutiny to comport with the First Amendment. See *United States v. O'Brien*, 391 US 367, 376, 88 S Ct 1673, 20 L Ed 2d 672 (1968) ("[W]hen 'speech' and 'nonspeech' elements are combined in the same course of conduct, a sufficiently important governmental interest in regulating the nonspeech element can justify incidental limitations on First Amendment freedoms."); see also *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 US 622, 662, 114 S Ct 2445, 129 L Ed 2d 497 (1994) (applying intermediate scrutiny to a contentneutral regulation that compelled cable operators to carry certain channels).

The record reflects that the Kleins' wedding cakes follow a collaborative design process through which Melissa uses her customers' preferences to develop a custom design, including choices as to "color," "style," and "other decorative detail." Melissa shows customers previous designs "as inspiration," and she then draws "various designs on sheets of paper" as part of a dialogue with the customer. From that dialogue, Melissa "conceives" and customizes "a variety of decorating suggestions" as she ultimately finalizes the design. Thus, the process does not simply involve the Kleins executing precise instructions from their customers; instead, it is clear that Melissa uses her own design skills and aesthetic judgments.

Therefore, on this record, the Kleins' argument that their products entail artistic expression is entitled to be taken seriously. That being said, we are not persuaded that the Kleins' wedding cakes are entitled to the same level of constitutional protection as pure speech or traditional forms of artistic expression. In order to establish that their wedding cakes are fundamentally pieces of art, it is not enough that the Kleins believe them to be pieces of art. See *Nevada Comm'n on Ethics v. Carrigan*, 564 US 117, 127, 131 S Ct 2343, 180 L Ed 2d 150 (2011) ("[T]he fact that a nonsymbolic act is the product of deeply held personal belief—even if the actor would like to convey his deeply held personal belief— does not transform action into First Amendment speech." (Emphasis in original.)); see also *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 US 288, 293 n 5, 104 S Ct 3065, 82 L Ed 2d 221 (1984) (the burden of proving that an activity is protected expression is on the person asserting First Amendment protection for that activity). For First Amendment purposes, the expressive character of a thing must turn not only on how it is subjectively perceived by its maker, but also on how it will be perceived and experienced by others. See *Spence*, 418 US at 409-10 (looking to subjective and objective considerations in assessing whether an act constitutes First Amendment protected expression, including "the factual context and environment in which it was undertaken"). Here, although we accept that the Kleins imbue each wedding cake with their own aesthetic choices, they have made no showing that other people will necessarily experience any wedding cake that the Kleins create predominantly as "expression" rather than as food.

Although the Kleins' wedding cakes involve aesthetic judgments and have decorative elements, the Kleins have not demonstrated that their cakes are inherently "art," like sculptures, paintings, musical compositions, and other works that are both intended to be and are experienced predominantly as expression. Rather, their cakes, even when custom-designed for a ceremonial occasion, are still cakes made to be eaten. Although the Kleins themselves may place more importance on the communicative aspect of one of their cakes, there is no information in this record that would permit an inference that the same is true in all cases for the Kleins' customers and the people who attend the weddings for which the cakes are created. Moreover, to the extent that the cakes are expressive, they do not reflect only the Kleins' expression. Rather, they are products of a collaborative process in which Melissa's artistic execution is subservient to a customer's wishes and preferences. For those reasons, we do not agree that the Kleins' cakes can be understood to fundamentally and inherently embody the Kleins' expression, for purposes of the First Amendment.⁹

We also reject the Kleins' argument that, under the facts of this case, BOLI's order compels them to "host or accommodate another speaker's message" in a manner that the Supreme Court has deemed to be a violation of the First Amendment. See *FAIR*, 547 US at 63 (listing cases). In the only such case that involved the enforcement of a contentneutral public accommodations law, *Hurley*, the problem was that the speaker's autonomy was affected by the forced intermingling of messages, with consequences for how others would perceive the content of the expression. 515 US at 576-77 (reasoning that parades, unlike cable operators, are not "understood to be so neutrally presented or selectively viewed," and "the parade's overall message is distilled from the individual presentations along the way, and each unit's expression is perceived by spectators as part of the whole" (emphasis added)). Here, because the Kleins refused to provide their wedding-cake service to Rachel and Laurel altogether, this is not a situation where the Kleins were asked to articulate, host, or accommodate a specific message that they found offensive. It would be a different case if BOLI's order had awarded damages against the Kleins for refusing to decorate a cake with a specific message requested by a customer ("God Bless This Marriage," for example) that they found offensive or contrary to their beliefs. Cf. *Craig Masterpiece Cakeshop, Inc.*, 370 P3d 272, 282 n 8 (Colo App 2015), cert den, No. 15SC738, 2016 WL 1645027 (Colo Apr 25, 2016), cert granted sub nom *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n*, 137 S Ct 2290 (2017) (distinguishing the refusal to create a custom wedding cake for a same-sex couple from the refusal to decorate a cake with a specific message, such as "Homosexuality is a detestable sin. Leviticus 18:2.>").

The Kleins' additional concern, as we understand it, is that a wedding cake communicates a "celebratory message" about the wedding for which it is intended, and the Kleins do not wish to "host" the message that same-sex weddings should be celebrated. But, unlike in *Hurley*, the Kleins have not raised a nonspeculative possibility that anyone attending the wedding will impute that message to the Kleins. We think it more likely that wedding attendees understand that various commercial vendors involved with the event are there for commercial rather than ideological purposes. Moreover, to the extent that the Kleins subjectively feel that they are being "associated" with the idea that samesex marriage is worthy of celebration, the Kleins are free to engage in their own speech that disclaims such support. Cf. *FAIR*, 547 US at 65 (rejecting argument that law schools would be perceived as supporting any speech by recruiters by simply complying with the Solomon Amendment; noting that nothing prevented the schools from expressing their views in other ways).

In short, we disagree that the Kleins' wedding cakes are invariably in the nature of fully protected speech or artistic expression, and we further disagree that BOLI's order forces the Kleins to host, accommodate, or associate with anyone else's particular message. Thus, because we conclude that BOLI's order does not have the effect of compelling fully protected expression, it does not trigger strict scrutiny under the First Amendment.

[...]

b. Free exercise of religión

We turn to the Kleins' contention that BOLI's order violates their constitutional right to the free exercise of their religion. The Kleins advance two arguments under the United States Constitution: (1) BOLI's final order is not merely the application of a "neutral and generally applicable" law because it impermissibly "targets" religion, and (2) the order implicates the Kleins' "hybrid rights," subjecting it to heightened scrutiny that it cannot survive. The Kleins also invoke the Oregon Constitution's free-exercise clauses in Article I, sections 2 and 3, contending that: (1) as under the federal constitution, the final order impermissibly targets religion, and (2) even if the final order does not impermissibly target religion, they should be granted an exemption to ORS 659A.403 on religious grounds. For the reasons explained below, we reject the Kleins' arguments.

The First Amendment proscribes laws "prohibiting the free exercise of" religion. The question presented by this case is whether BOLI's final order enforcing ORS 659A.403 against the Kleins runs afoul of that constitutional guarantee; if it does, the order is invalid unless it can survive strict scrutiny. See *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 US 520, 546-47, 113 S Ct 2217, 124 L Ed 2d 472 (1993); *United States v. Lee*, 455 US 252, 257-58, 102 S Ct 1051, 71 L Ed 2d 127 (1982).

The answer begins with *Employment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith*, in which the United States Supreme Court held that "the right of free exercise does not relieve an individual of the obligation to comply with a 'valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes (or prescribes) conduct that his religion prescribes (or proscribes).'" 494 US at 879 (quoting *Lee*, 455 US at 263 n 3 (Stevens, J., concurring)). Put another way, neutral and generally applicable laws do not offend the Free Exercise Clause simply because "the law has the incidental effect of burdening a particular religious practice." *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc.*, 508 US at 531.

To determine whether a law is "neutral," courts first ask whether "the object of [the] law is to infringe upon or restrict practices because of their religious motivation." *Id.* at 533. To determine a law's object, we begin with the text, as "the minimum requirement of neutrality is that a law not discriminate on its face." *Id.* "A law lacks facial neutrality if it refers to a religious practice without a secular meaning discernible from the language or context." *Id.* "Apart from the text, the effect of a law in its real operation is strong evidence of its object." *Id.* at 535; see *id.* (cautioning that mere "adverse impact will not always lead to a finding of impermissible targeting"). Additionally, whether a law is "generally applicable" depends on whether the government selectively seeks to advance its interests "only against conduct with a religious motivation." *Id.* at 543.

Nothing in the text of ORS 659A.403 or BOLI's final order is facially discriminatory towards the exercise of religious beliefs. Rather, the statute prohibits any "place of public accommodation" from discriminating "on account of" protected characteristics, including "sexual orientation." Similarly, BOLI's order is, on its face, a neutral application of ORS 659A.403 that gives no indication that the result would have been different if the Kleins' refusal of service was based upon secular rather than religious convictions.

A law that is written in neutral terms may still violate the Free Exercise Clause, however. In *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc.*, the Court concluded that the city ordinances in question—which prohibited certain animal

slaughtering for “ritual[s]” and “sacrifice”—were not neutral because some important terms, as the ordinances defined them, targeted the Santeria religion’s practice of ritualistic animal sacrifice while exempting other secular and religious practices like hunting and kosher slaughter. 508 US at 535-36. The laws were also not “generally applicable” because they were substantially underinclusive in advancing the government’s stated interests of protecting the public health and preventing cruelty to animals. *Id.* at 543. Rather, the laws were “drafted with care to forbid few killings but those occasioned by religious sacrifice.” *Id.*

Here, the Kleins advance a similar argument that BOLI’s order violates the Free Exercise Clause because it applies ORS 659A.403 in a way that impermissibly “targets” religion for disfavored treatment. They contend that the final order was a “novel expansion” of ORS 659A.403 that “was, at best, discretionary and done for the specific purpose of forcing business owners with moral reservations about same-sex marriage to either violate their consciences or go out of business.” (Emphasis omitted.) BOLI responds that no evidence exists to support the Kleins’ assertions, which are “pure speculation and utterly without merit.”

On review of the record, we agree with BOLI. The Kleins have directed us to no evidence whatsoever that ORS 659A.403 was enacted for the purpose of singling out religiously motivated action, or that BOLI has selectively targeted religion in its enforcement of the statute. The Kleins likewise fail to support their assertion that BOLI’s final order constitutes a “novel expansion” of the statute, rather than a straightforward application of a facially neutral statute to the facts of this case. For those reasons, the Kleins’ “targeting” argument is meritless.

[...]

The Kleins’ first argument is that the statute and final order are not neutral toward religion because they “target” the Kleins’ religious practice. In support of that contention, the Kleins essentially incorporate their arguments under the federal Free Exercise Clause; they do not contend that the analysis meaningfully differs under the state constitution, and we therefore reject that argument for the same reasons discussed above.

Second, the Kleins argue that, even in the absence of impermissible targeting, they should be granted a religious exemption from compliance with ORS 659A.403. They rely on two cases—Hickman and *Cooper v. Eugene Sch. Dist.*, 301 Or 358, 723 P2d 298 (1986). As BOLI correctly points out, however, neither of those cases actually created a religious exemption to a neutral law, or discussed the criteria, methodology, or standards that a court would use in determining whether to grant one. *Cooper* dealt with a law that was “not neutral toward religion,”¹² which the Supreme Court distinguished from a “general” and “neutral” regulation that could present an issue of an “individual claim to exemption on religious grounds.” 301 Or at 368-69. Nearly two decades later, *Hickman* simply cited *Cooper*, see 358 Or at 15-16 in a case that similarly did not present the issue of whether to grant a religious exemption, see *id.* at 17 (“The issue before us, then, is not whether and under what circumstances religiously motivated conduct is entitled to an exemption from a generally applicable and neutral law. Nor is the issue before us the more specific one of whether the defendants in this case are entitled to an exemption * * *.”).

In short, although the Kleins argue that the Oregon Constitution requires that they be granted an exemption on religious grounds to an otherwise neutral law, the cases on which they rely did not impose such a requirement, but merely acknowledged an abstract possibility that it could happen in a future case. The Kleins have not offered a focused argument for why the Oregon Constitution requires an exemption in this case, under the methodology for interpreting our constitution. See, e.g., *Priest v. Pearce*, 314 Or 411, 415-16, 840 P2d 65 (1992)

(identifying “three levels” on which to interpret the Oregon Constitution: its “specific wording, the case law surrounding it, and the historical circumstances that led to its creation”). They simply assert that a religious exemption to ORS 659A.403’s requirement of nondiscrimination on account of sexual orientation would impair the state’s nondiscrimination goals “minimally, if at all,” while furthering goals of “respect and tolerance for people of different beliefs.” That argument does not amount to solid constitutional ground in which to root an individual exemption to a valid and neutral statute.

Moreover, it is far from clear that a religious exemption as proposed by the Kleins would have only a “minimal” effect on the state’s antidiscrimination objectives. **The Kleins seek an exemption based on their sincere religious opposition to same-sex marriage; but those with sincere religious objections to marriage between people of different races, ethnicities, or faiths could just as readily demand the same exemption**²⁴.

The Kleins do not offer a principled basis for limiting their requested exemption in the manner that they propose, except to argue that there are “decent and honorable” reasons, grounded in religious faith, for opposing same-sex marriage, as recognized by the United States Supreme Court in *Obergefell*, ___ US at ___, 135 S Ct at 2602. That is not in dispute. But neither the sincerity, nor the religious basis, nor the historical pedigree of a particular belief has been held to give a special license for discrimination. See, e.g., *Bob Jones Univ. v. United States*, 461 US 574, 602-03, 103 S Ct 2017, 76 L Ed 2d 157 (1983) (a religious school’s interests in practicing its sincerely held religious beliefs by prohibiting interracial dating and marriage did not outweigh the government’s “overriding interest in eradicating racial discrimination in education” (internal quotation marks omitted)).

For the foregoing reasons, we reject the Kleins’ arguments that BOLI’s final order violates the federal Free Exercise Clause or Article I, sections 2 and 3, of the Oregon Constitution. [...]

Oregon Judicial Department

<http://www.publications.ojd.state.or.us/docs/A159899.pdf>

(28 de diciembre de 2017)

[Volver al índice](#)

²⁴ *El destacado es nuestro.*

Francia

A. Sentencia del Consejo de Estado que autoriza a los médicos a desconectar a una menor en estado vegetal, en contra de la voluntad de sus padres²⁵

**“Conseil d'État, ordonnance du 5 janvier 2018, Mme B...et M. D...
N° 416689**

Le juge des référés,

Vu la procédure suivante:

Mme E...B...et M. H...D...ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nancy, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, à titre principal, d'ordonner au centre hospitalier régional universitaire (CHRU) de Nancy de suspendre l'exécution de la décision du 21 juillet 2017 prévoyant de mettre fin aux traitements prodigués à leur fille, A...D..., et, à titre subsidiaire, d'une part, de suspendre à titre conservatoire l'exécution de cette décision et, d'autre part, de prescrire une expertise médicale, confiée à un collège de trois médecins ayant pour mission de décrire l'état clinique actuel d'A... D...et son évolution depuis son hospitalisation et de se prononcer sur le caractère irréversible des lésions neurologiques, sur le pronostic clinique et sur l'intérêt de maintenir ou non les traitements en cause.

Par une ordonnance n° 1702368 du 14 septembre 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Nancy, statuant dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, a, avant de statuer sur la requête, d'une part, ordonné qu'il soit procédé, dans les conditions prévues par les articles R. 621-2 à R. 621-14 du code de justice administrative, à une expertise confiée à un collège composé d'un médecin-réanimateur et de deux neuropédiatres, désignés par la présidente du tribunal administratif de Nancy, avec pour mission, dans un délai de deux mois à compter de la constitution du collège, en premier lieu, de décrire l'état clinique actuel d'A... D...et son évolution depuis son hospitalisation au CHRU de Nancy et, en particulier, d'indiquer son niveau de souffrance, en deuxième lieu, de déterminer si la patiente est en mesure de communiquer, de quelque manière que ce soit, avec son entourage, en troisième lieu, de se prononcer sur le caractère irréversible des lésions neurologiques de l'enfant, sur le pronostic clinique et sur le caractère raisonnable ou non du maintien de l'assistance respiratoire par voie mécanique ou au moyen d'interventions qui seront précisées et, en quatrième lieu, si la poursuite de cette assistance s'avère nécessaire, de préciser si des interventions complémentaires doivent être mises en œuvre et, auquel cas, d'indiquer lesquelles et, d'autre part, suspendu l'exécution de la décision du 21 juillet 2017 dans l'attente de la décision du juge des référés qui interviendrait au vu des conclusions du rapport d'expertise.

Par une ordonnance n° 1702368 du 7 décembre 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Nancy a, au vu du rapport d'expertise remis le 17 novembre 2017, rejeté la demande de Mme B...et M.D....

²⁵ La sentencia ratifica la decisión del Tribunal Administrativo de Nancy, que fue apelada por los padres ante el Consejo de Estado.

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 20 et 28 décembre 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Mme B...et M. D...demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) de suspendre l'exécution de la décision d'arrêt des soins prise par le docteur Boussard du 21 juillet 2017 et notifiée le 3 août 2017 ;

3°) de mettre à la charge du centre hospitalier régional universitaire de Nancy la somme de 3 000 euros au titre des articles 37 de la loi du 10 juillet 1991 et L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- la condition d'urgence est remplie au regard du caractère irréversible qui s'attacherait à l'exécution de la décision d'arrêt de la ventilation mécanique et à l'atteinte irrémédiable qui serait portée à la vie d'A...D... ;
- il est porté une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie d'A... D...et au droit au respect du consentement dès lors que la décision d'arrêter les traitements méconnaît, d'une part, les dispositions de l'article L. 1110-5-1 du code de la santé publique et, d'autre part, celles de l'article R. 4127-42 du même code en ce qu'elle intervient en désaccord avec l'avis des parents de la patiente ;
- l'état de leur fille, que l'ordonnance du juge des référés a caractérisé comme un état irréversible de perte d'autonomie la rendant tributaire des moyens de suppléance de ses fonctions vitales, ne constitue pas une situation dans laquelle la poursuite du traitement en cause serait injustifiée au nom du refus de l'obstination déraisonnable ;
- l'article R. 4127-37-2 du code de la santé publique, s'il permet qu'il puisse être passé outre au refus des parents de voir cesser les traitements de leur enfant, méconnaît les dispositions de l'article 371-1 du code civil ainsi que celles des articles L. 1111-2 et L. 1111-4 du code de la santé publique, auxquels la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie n'a pas entendu déroger ;
- l'article R. 4127-37-2 du code de la santé publique, s'il permet qu'il puisse être passé outre au refus des parents de voir cesser les traitements de leur enfant, méconnaît la convention du Conseil de l'Europe pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine signée à Oviedo le 4 avril 1997, dont la ratification a été autorisée par la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, en particulier son article 6 qui garantit aux seuls titulaires de l'autorité parentale le droit de consentir aux soins d'un enfant mineur.

Par un mémoire en défense, enregistré le 26 décembre 2017, le centre hospitalier régional universitaire de Nancy conclut au rejet de la requête. Il fait valoir que les moyens soulevés par les requérants ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- la convention européenne pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine signée à Oviedo le 4 avril 1997 ;
- le code civil ;

- le code de la santé publique ;
- la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, Mme B...et M. J..., d'autre part, le centre hospitalier régional universitaire de Nancy et la ministre des solidarités et de la santé ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du jeudi 28 décembre 2017 à 16 heures 30 au cours de laquelle ont été entendus :

- Me Bouzidi, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de Mme B... et M. D...;
- Mme B...et M.D... ;
- Me Boutet, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat du centre hospitalier régional universitaire de Nancy ;
- les représentants du centre hospitalier régional universitaire de Nancy ;

et à l'issue de laquelle le juge des référés a clos l'instruction ;

Considérant ce qui suit :

1. Il résulte de l'instruction que la jeune A...D..., née le 11 janvier 2003, qui souffrait d'une myasthénie auto-immune sévère, a été trouvée inanimée à son domicile, dans la matinée du 22 juin 2017 à la suite d'un arrêt cardio-respiratoire. Elle a été prise en charge en urgence et transférée au centre hospitalier régional universitaire (CHRU) de Nancy, où la ventilation mécanique a été poursuivie et où il a été procédé à la pose d'une voie veineuse centrale, d'une sonde gastrique et d'une sonde urinaire ainsi qu'à une sédation analgésique. Après avoir réalisé des électroencéphalogrammes, les 23 juin, 25 juin, 28 juin et 3 juillet 2017 ainsi qu'une imagerie par résonance magnétique (IRM) le 28 juin 2017, l'équipe médicale a constaté une évolution neurologique très défavorable avec absence de réveil, myoclonies sous corticales, absence de réactivité et d'organisation des tracés électroencéphalographiques et lésions ischémiques diffuses sur l'IRM, impliquant le tronc cérébral et le noyau gris. Dans ces conditions, le médecin responsable du service d'anesthésie-réanimation pédiatrique du CHRU de Nancy, après avoir recherché vainement un consensus avec les parents sur l'arrêt des soins, a décidé d'engager la procédure collégiale prévue à l'article L. 1110-5-1 du code de la santé publique. Une réunion collégiale s'est tenue le 21 juillet 2017, en présence notamment d'un consultant extérieur, professeur honoraire de pédiatrie, à l'issue de laquelle a été décidé l'arrêt de la ventilation mécanique et l'extubation d'A..., en raison du caractère sévère des lésions neurologiques constatées, de possibilités d'amélioration ou de guérison quasi-nulles selon les données actuelles de la science et d'un état pauci-relationnel avec persistance d'un coma aréflexique et disparition des réflexes du tronc cérébral. Afin de préserver le droit au recours effectif, il a toutefois été prévu que la décision ne serait pas appliquée dans l'hypothèse d'un recours des parents d'A... La décision a été notifiée aux parents de la jeune A...par un courrier du 3 août 2017.

2. M. D...et Mme B...ont saisi le juge des référés du tribunal administratif de Nancy, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le 11 septembre 2017, afin que soit ordonnée la suspension de

l'exécution de la décision du 21 juillet 2017. Le juge des référés du tribunal administratif de Nancy, statuant dans les conditions prévues à l'article L. 511-2 du code de justice administrative, a, par une première ordonnance en date du 14 septembre 2017, ordonné une expertise, qu'il a confiée à un collège de trois experts, et suspendu, dans l'attente de leur rapport, l'exécution de la décision en cause puis, après la remise du rapport des experts, par une seconde ordonnance rendue le 7 décembre 2017, a rejeté la demande de M. D...et MmeB.... Ces derniers font appel de cette ordonnance.

Sur l'office du juge des référés statuant sur le fondement de l'article L. 521 2 du code de justice administrative :

3. Aux termes du troisième alinéa de l'article L. 511-2 du code de justice administrative : « Lorsque la nature de l'affaire le justifie, le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel ou, au Conseil d'Etat, le président de la section du contentieux peut décider qu'elle sera jugée, dans les conditions prévues au présent livre, par une formation composée de trois juges des référés, sans préjudice du renvoi de l'affaire à une autre formation de jugement dans les conditions de droit commun ».

4. L'article L. 521-2 du code de justice administrative dispose que : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

5. En vertu de ce dernier article, le juge administratif des référés, saisi d'une demande en ce sens justifiée par une urgence particulière, peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité administrative aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale. Ces dispositions législatives confèrent au juge des référés, qui se prononce en principe seul et qui statue, en vertu de l'article L. 511-1 du code de justice administrative, par des mesures qui présentent un caractère provisoire, le pouvoir de prendre, dans les délais les plus brefs et au regard de critères d'évidence, les mesures de sauvegarde nécessaires à la protection des libertés fondamentales.

6. Toutefois, il appartient au juge des référés d'exercer ses pouvoirs de manière particulière, lorsqu'il est saisi, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'une décision, prise par un médecin, dans le cadre défini par le code de la santé publique, et conduisant à arrêter ou ne pas mettre en œuvre, au titre du refus de l'obstination déraisonnable, un traitement qui apparaît inutile ou disproportionné ou sans autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, dans la mesure où l'exécution de cette décision porterait de manière irréversible une atteinte à la vie. Il doit alors, le cas échéant en formation collégiale conformément à ce que prévoit le troisième alinéa de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, prendre les mesures de sauvegarde nécessaires pour faire obstacle à son exécution lorsque cette décision pourrait ne pas relever des hypothèses prévues par la loi, en procédant à la conciliation des libertés fondamentales en cause, que sont le droit au respect de la vie et le droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable.

Sur le cadre juridique applicable au litige :

7. Le cadre juridique applicable au litige est défini par les dispositions législatives du code de la santé publique, modifiées en dernier lieu par la loi du 2 février 2016. Aux termes de l'article L. 1110-1 du code la santé publique

: « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. ». L'article L. 1110-2 de ce code dispose que : « La personne malade a droit au respect de sa dignité ». Aux termes de l'article L. 1110-5 du même code : « Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir, sur l'ensemble du territoire, les traitements et les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire et le meilleur apaisement possible de la souffrance au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de traitements et de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. (...) ». Aux termes de l'article L. 1110-5-1 du même code : « Les actes mentionnés à l'article L. 1110-5 ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire. (...) ». Aux termes de l'article L. 1110-5-2 du même code : « (...) Lorsque le patient ne peut pas exprimer sa volonté et, au titre du refus de l'obstination déraisonnable mentionnée à l'article L. 1110-5-1, dans le cas où le médecin arrête un traitement de maintien en vie, celui-ci applique une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à une analgésie. / La sédation profonde et continue associée à une analgésie prévue au présent article est mise en œuvre selon la procédure collégiale définie par voie réglementaire qui permet à l'équipe soignante de vérifier préalablement que les conditions d'application prévues aux alinéas précédents sont remplies. (...) ». Aux termes de l'article L. 1111-4 du même code : « (...) Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible d'entraîner son décès ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale mentionnée à l'article L. 1110-5-1 et les directives anticipées ou, à défaut, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6 ou, à défaut la famille ou les proches, aient été consultés. (...) / Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision (...) ». Le III de l'article R. 4127-37-2 du code de la santé publique précise enfin que : « La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est prise par le médecin en charge du patient à l'issue de la procédure collégiale. Cette procédure collégiale prend la forme d'une concertation avec les membres présents de l'équipe de soins, si elle existe, et de l'avis motivé d'au moins un médecin, appelé en qualité de consultant. Il ne doit exister aucun lien de nature hiérarchique entre le médecin en charge du patient et le consultant. L'avis motivé d'un deuxième consultant est recueilli par ces médecins si l'un d'eux l'estime utile. / Lorsque la décision de limitation ou d'arrêt de traitement concerne un mineur ou un majeur protégé, le médecin recueille en outre l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, selon les cas, hormis les situations où l'urgence rend impossible cette consultation. (...) ».

8. Il résulte des dispositions législatives citées au point 7, ainsi que de l'interprétation que le Conseil constitutionnel en a donnée dans sa décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, qu'il appartient au médecin en charge d'un patient hors d'état d'exprimer sa volonté d'arrêter ou de ne pas mettre en œuvre, au titre du refus de l'obstination déraisonnable, les traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou sans autre effet que le seul maintien artificiel de la vie. Dans pareille hypothèse, le médecin ne peut prendre une telle décision qu'à l'issue d'une procédure collégiale, destinée à l'éclairer sur le respect des conditions légales et médicales d'un arrêt du traitement, et, sauf dans les cas mentionnés au troisième alinéa de l'article L. 1111-11 du code de la santé publique, dans le respect des directives anticipées du patient, ou, à défaut de telles directives, après consultation de la personne de confiance désignée par le patient ou, à défaut, de sa famille ou de ses proches.

9. Quand le patient hors d'état d'exprimer sa volonté est un mineur, il incombe au médecin, non seulement de rechercher, en consultant sa famille et ses proches et en tenant compte de l'âge du patient, si sa volonté a pu trouver à s'exprimer antérieurement, mais également, ainsi que le rappelle l'article R. 4127-42 du code de la santé publique, de s'efforcer, en y attachant une attention particulière, de parvenir à un accord sur la décision à prendre avec ses parents ou son représentant légal, titulaires, en vertu de l'article 371-1 du code civil, de l'autorité parentale. Dans l'hypothèse où le médecin n'est pas parvenu à un tel accord, il lui appartient, s'il estime que la poursuite du traitement traduirait une obstination déraisonnable, après avoir mis en œuvre la procédure collégiale, de prendre la décision de limitation ou d'arrêt de traitement. Ces règles ne sont pas incompatibles avec les stipulations de l'article 6 § 2 de la convention européenne pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997, qui prévoient que, lorsqu'un mineur n'a pas la capacité de consentir à une intervention, « celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi ». Les prescriptions réglementaires du code de la santé publique ne méconnaissent pas davantage les dispositions de l'article 371-1 du code civil relatives à l'autorité parentale.

10. La décision du médecin de limitation ou d'arrêt des traitements d'un patient mineur hors d'état d'exprimer sa volonté doit être notifiée à ses parents ou à son représentant légal afin notamment de leur permettre d'exercer un recours en temps utile, ce qui implique en particulier que le médecin ne peut mettre en œuvre cette décision avant que les parents ou le représentant légal du jeune patient, qui pourraient vouloir saisir la juridiction compétente d'un recours, n'aient pu le faire et obtenir une décision de sa part.

Sur le litige en référé :

11. Pour apprécier si les conditions d'un arrêt des traitements de suppléance des fonctions vitales sont réunies s'agissant d'un patient victime de lésions cérébrales graves, quelle qu'en soit l'origine, qui se trouve dans un état végétatif ou dans un état de conscience minimale le mettant hors d'état d'exprimer sa volonté et dont le maintien en vie dépend d'un mode artificiel d'alimentation et d'hydratation, le médecin en charge doit se fonder sur un ensemble d'éléments, médicaux et non médicaux, dont le poids respectif ne peut être prédéterminé et dépend des circonstances particulières à chaque patient, le conduisant à appréhender chaque situation dans sa singularité. Les éléments médicaux doivent couvrir une période suffisamment longue, être analysés collégalement et porter notamment sur l'état actuel du patient, sur l'évolution de son état depuis la survenance de l'accident ou de la maladie, sur sa souffrance et sur le pronostic clinique. Une attention particulière doit être accordée à la volonté que le patient peut avoir exprimée, par des directives anticipées ou sous une autre forme. Dans le cas d'un patient mineur, il incombe en outre au médecin de rechercher l'accord des parents ou du représentant légal de celui-ci, d'agir dans le souci de la plus grande bienfaisance à l'égard de l'enfant et de faire de son intérêt supérieur une considération primordiale.

12. En l'espèce, il résulte, en premier lieu de l'instruction et, en particulier, du rapport des trois médecins experts commis par le tribunal administratif, qui ont réalisé un examen de l'enfant le 31 octobre 2017, que la jeune A...est placée en permanence en état de décubitus dorsal, intubée, ventilée artificiellement et porteuse d'une sonde naso-gastrique et d'une sonde oro-pharyngée en aspiration continue afin d'aspirer les abondantes sécrétions salivaires, étant dans l'incapacité de déglutir de manière autonome. Elle ne présente aucune mobilité, spontanée, volontaire ou en réponse à la douleur, et aucun réflexe cornéen n'est visible. Si quelques mouvements respiratoires ponctuels capables de déclencher le respirateur ont été observés, de même que l'occurrence d'ouverture spontanée des yeux, il est relevé que ces mouvements sont de plus en plus rares et

sont qualifiés de réflexes. Les experts soulignent dans leur rapport que, plus de quatre mois après la survenue de l'arrêt cardio-respiratoire, le pronostic neurologique est « catastrophique » et qu'A... se trouve dans un état végétatif persistant, incapable de communiquer, de quelque manière que ce soit, avec son entourage, le caractère irréversible des lésions neurologiques étant certain dans l'état actuel de la science. Ils concluent expressément au caractère déraisonnable du maintien de l'assistance respiratoire par voie mécanique et du maintien de la nutrition artificielle par une sonde chez cette enfant, en état végétatif persistant.

13. En second lieu, si, compte tenu de son âge, il était envisageable de s'interroger sur les souhaits d'A..., les informations contradictoires relevées dans le dossier sur les avis émis par la jeune fille ne permettent pas de déterminer quelle aurait été sa volonté. L'avis des parents de la jeune patiente, titulaires de l'autorité parentale en vertu de l'article 371-1 du code civil, revêt dès lors une importance particulière. Il résulte de l'instruction ainsi que des échanges au cours de l'audience publique, que les parents de la jeune A..., M. D...et Mme B..., s'opposent à l'arrêt des traitements, de manière ferme et constante. Au-delà du caractère prématuré qu'a pu revêtir, à leurs yeux, la décision du 21 juillet 2017, qui est intervenue moins d'un mois après l'hospitalisation de leur fille, leur refus de tout arrêt des traitements repose notamment sur des motifs religieux ainsi que sur le projet de Mme B...d'une hospitalisation à son domicile dans l'espoir d'une amélioration de l'état d'A.... Le médecin en charge de la jeune patiente a fait valoir, lors de l'audience publique, qu'un tel projet ne lui apparaissait pas réaliste compte tenu de la gravité de l'état de la patiente, de son caractère irréversible et de la lourdeur des soins qu'il impliquerait de délivrer en permanence. Par ailleurs, s'il a été indiqué lors de l'audience publique que les parents ne s'opposaient plus, désormais, à ce que soit réalisées sur leur fille une trachéotomie et une gastrostomie, opérations que l'équipe médicale souhaitait pratiquer depuis plusieurs mois afin de rendre le dispositif de traitement moins lourd et de limiter les risques d'infection qu'il génère, ces opérations, prévues au cours de la première semaine de janvier, resteront, selon le médecin compétent, sans incidence sur l'état cérébral de la jeune A....

14. Dans ces conditions, au vu de l'état irréversible de perte d'autonomie de la jeune A...qui la rend tributaire de moyens de suppléance de ses fonctions vitales et en l'absence de contestation sérieuse tant de l'analyse médicale des services du CHRU de Nancy que des conclusions du rapport du collège d'experts mandaté par le tribunal administratif, il résulte de l'instruction, nonobstant l'opposition des parents qui ont toujours été associés à la prise de décision, qu'en l'état de la science médicale, la poursuite des traitements est susceptible de caractériser une obstination déraisonnable, au sens des dispositions de l'article L. 1110-5-1 du code de la santé publique. Il s'ensuit que la décision du 21 juillet 2017 d'interrompre la ventilation mécanique et de procéder à l'extubation de la jeune A...D...répond aux exigences fixées par la loi et ne porte donc pas une atteinte grave et manifestement illégale au respect d'une liberté fondamentale.

15. Il appartiendra au médecin compétent d'apprécier, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, si et dans quel délai la décision d'arrêt de traitement doit être exécutée. En tout état de cause, sa mise en œuvre impose à l'hôpital de sauvegarder la dignité de la patiente et de lui dispenser les soins palliatifs nécessaires.

16. Il résulte de tout ce qui précède, que M. D...et Mme B...ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le tribunal administratif de Nancy a rejeté leur demande. Leur requête d'appel doit dès lors être rejetée, y compris les conclusions présentées au titre des dispositions combinées de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de Mme B...et M. D...est rejetée.

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à Mme E...B..., à M. H...D..., au centre hospitalier régional universitaire de Nancy et à la ministre des solidarités et de la santé.”

Le Conseil d’Etat et la Juridiction Administrative

<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Conseil-d-Etat-ordonnance-du-5-janvier-2018-Mme-B-et-M.-D>
(5 de enero de 2017)

[Volver al índice](#)

Corte Europea de Derechos Humanos

A. Comunicado de la Sentencia que rechazó un requerimiento de paternidad solicitado por la pareja del mismo sexo de una mujer tras el nacimiento de su hijo biológico²⁶

“Press Release
Issued by the Registrar of the Court
ECHR 020 (2017)
18.01.2018

**“Refusal of a request for paternity leave made by a lesbian following the birth of her partner’s child:
application declared inadmissible”**

In its decision in the case of Hallier and Others v. France (application no. 46386/10) the European Court of Human Rights has unanimously declared the application inadmissible. The decision is final. The case concerned the inability of a lesbian (Ms Lucas) to obtain paternity leave following the birth of her partner’s child. Ms Hallier and Ms Lucas have lived as a couple for many years and are in a civil partnership. The Court held that the application was manifestly ill-founded, noting the following points in particular. Firstly, the institution of paternity leave pursued a legitimate aim, namely to allow fathers to play a greater role in their children’s upbringing by being involved at an early stage, and to promote a more equal distribution of household tasks between men and women. Secondly, the difference in treatment whereby, at the relevant time, only the biological father was eligible for paternity leave had not been based on sex or sexual orientation. Lastly, the Court noted that, under the Law of 17 December 2012, the mother’s partner was now entitled to carer’s leave under the same conditions as paternity leave if he or she was not the child’s biological parent.

Principal facts

The applicants, Karine Hallier and Elodie Lucas, are French nationals who were born in 1975 and 1976 respectively and live in Arthon en Retz (France). Ms Hallier additionally acted as the legal representative of her son, V., who was born in June 2004 and was also an applicant before the Court. After Ms Hallier gave birth to V., her partner, Ms Lucas, applied for 11 days’ paid paternity leave, but her application was refused by the Health Insurance Office (CPAM) on the grounds that the legislation made no provision for granting paternity leave to a woman. Ms Lucas appealed unsuccessfully to the Friendly Settlements Board and subsequently to the Social Security Tribunal. The latter held that the legislation in force was clear and unambiguous with regard to the status of persons entitled to paternity leave, referring not to the mother’s “partner” but rather to the “father” of the child; this implied that the person concerned had to be a man with a legally established parental relationship to the child. The Rennes Court of Appeal upheld that judgment and the Court of Cassation dismissed an appeal on points of law by Ms Lucas.

²⁶ La sentencia (en francés) disponible en: <http://derechoyreligion.uc.cl/es/docman/documentacion/internacional/jurisprudencia-1/1244-comunicado-de-la-sentencia-que-rechazo-un-requerimiento-de-paternidad-solicitado-por-la-pareja-del-mismo-sexo-de-una-mujer-tras-el-nacimiento-de-su-hijo-biologico/file>

Complaints, procedure and composition of the Court

The application was lodged with the European Court of Human Rights on 13 August 2010. Relying on Article 14 (prohibition of discrimination) taken in conjunction with Article 8 (right to respect for private and family life) of the Convention, Ms Hallier and Ms Lucas complained about the refusal of the application for paternity leave made by Ms Lucas following V.'s birth. They also alleged that the refusal had been based on discrimination on grounds of sex and sexual orientation.

The decision was given by a Committee of three judges, composed as follows:

Mārtiņš Mits (Latvia), President,
André Potocki (France),
Lətif Hüseynov (Azerbaijan), Judges,

and also Anne-Marie Dougin, acting Deputy Registrar

Decision of the Court

Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention

The Court considered that Ms Lucas, who had been helping to care for the child to whom her partner of many years had given birth, was in a comparable situation to a biological father within a heterosexual couple. She had nonetheless been subjected to a difference in treatment – as she was unable to claim paternity leave – which, in the Court's view, had pursued a legitimate aim. The institution of paternity leave was designed to allow fathers to play a greater role in their children's upbringing by being involved at an early stage, and to promote a more equal distribution of household tasks between men and women.

Furthermore, the difference in treatment had not been based on sex or sexual orientation since, in a different-sex couple, the mother's partner would not be eligible for paternity leave either if he was not the child's father. The Court therefore considered that the institution of paternity leave was proportionate to the aim pursued; the fact that, at the relevant time, paternity leave had been conditional on the existence of a parental relationship was a matter falling within the State's margin of appreciation. The Court therefore found no appearance of a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8. Lastly, the Court noted that, following the amendments introduced by the Law of 17 December 2012, the mother's partner was now entitled to carer's leave under the same conditions as paternity leave if he or she was not the child's biological parent.

The Court therefore rejected the application as being manifestly ill-founded (Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention)."

Corte Europea de Derechos Humanos

[https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"sort":\["kupdate Descending"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)

(18 de enero de 2018)

[Volver al índice](#)



Centro UC
Derecho y Religión

Facultad de Derecho, oficina 422

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

Teléfonos: (56 2) 2354 2943 - 2354 2943
Código postal: 8331010

derechoyreligion@uc.cl www.derechoyreligion.uc.cl