



Centro UC
Derecho y Religión

AÑO XIII • Nº 3 • DICIEMBRE 2017

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE
Facultad de Derecho

BOLETÍN JURÍDICO

Observatorio de libertad religiosa de América Latina y El Caribe

TEMAS DESTACADOS

CHILE

**RELIGIÓN Y ESPACIO PÚBLICO/
Recurso de
protección contra la
prohibición de realizar
eventos por visita papal**

ARGENTINA

**CLASES DE RELIGIÓN/
Corte Suprema de la Nación
declara inconstitucional
obligación clases de religión en
horario curricular en Salta**

AUSTRALIA

**ABUSO SEXUAL A MENORES/
Informe Final de la "Royal
Commission into Institutional
Responses to Child Sexual
Abuse"**

**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 21.051.-

Declara como feriado los días 17 y 18 de enero de 2018 en la Región de la Araucanía y en la de Tarapacá, respectivamente, con motivo de la visita del Papa Francisco. **5**

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Ley número 21.052.- Introduce diversas modificaciones a la normativa educacional. **5**

DECRETOS

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Decreto número 301, de 2016.- Modifica decreto N° 152, de 2016, que reglamenta el proceso de admisión de los y las estudiantes de establecimientos educacionales que reciben subvención a la educación gratuita o aportes del Estado. **10**

RESOLUCIONES

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES

Resolución exenta número 2.588, de 2017.- Modifica regulación del Comité Asesor en Patrimonio Cultural Inmaterial y deroga resolución N° 828 exenta, de 2015. **25**

CONCESIONES DE RADIODIFUSIÓN SONORA. **30**

II. PROYECTOS DE LEY EN TRÁMITE

Declara feriado el día 16 de enero de 2018 en la Región Metropolitana, con motivo de la visita del Papa Francisco. **31**

PROYECTOS DE LEY EN TRÁMITE QUE HAN SIDO PUBLICADOS EN EL BOLETÍN. **32**

III. DOCUMENTOS

A. Sentencia de la Corte de Valdivia apelada y confirmada por la Corte Suprema, que rechaza recurso de protección en contra de comunidad indígena por supuesta ocupación ilegal de predios en Calcurrupe (extracto). **39**

B. Dictamen ORD. N°5845/132 de la Dirección del Trabajo que precisa condiciones de permiso laboral por matrimonio y acuerdo de unión civil (Ley N°21.042). **43**

C. Recurso de protección presentado por alcaldesa de la Municipalidad de Caldera contra la prohibición de realizar eventos por visita papal, declarado admisible por la Corte de Apelaciones de Santiago (extracto). **47**

D. Sentencia de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago que ordena rectificación de cambio de sexo registral a ciudadano transexual. **54**

E. Sentencia de la Corte Suprema que acoge demanda de concejala transexual contra alcaldesa por discriminación, según la Ley N°20.609 (Ley Zamudio). **63**

ARGENTINA

A. Sentencia de la Corte Suprema de la Nación que declara inconstitucional la ley de educación de la Provincia de Salta, que obliga a las escuelas a dictar clases de religión en horario curricular (extracto). **69**

BERMUDAS

A. Proyecto de ley propuesto por el Ministro de Asuntos Internos ("Ministry of Home Affairs") y aprobado en el Senado, que busca reemplazar el matrimonio de personas del mismo sexo vigente por la figura de "convivencia doméstica" ("Domestic partnership") (extracto). **118**

BOLIVIA

A. Comunicado de la Asamblea Legislativa Plurinacional sobre la aprobación en el Senado del artículo 157 del Proyecto de reforma al Código Penal que amplía las causales del aborto y prohíbe la objeción de conciencia, y cuadro comparativo sobre las modificaciones. **124**

- Documento 1: Comunicado: "Senado aprueba por voto nominal artículo 157 del Código de Sistema Penal". **124**
- Documento 2: Cuadro comparativo que identifica las modificaciones al Código Penal en materia de aborto. **125**

COLOMBIA

A. Resolución de la Corte Constitucional sobre el estado de los derechos fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas y afrodescendientes (extracto). **128**

GUATEMALA

A. Sentencia de la Corte Suprema que acoge recurso de amparo y ordena el cese de la presentación y distribución de manual de derechos sexuales y reproductivos, que incluye el aborto, elaborado por el Procurador de Derechos Humanos en 2015 (extracto). **141**

PARAGUAY

A. Resolución N°29.664 del Ministerio de Educación y Ciencia "la cual se prohíbe la difusión y utilización de

materiales impresos como digitales referentes a la teoría de género, en instituciones educativas dependientes del Ministerio de Educación y Ciencias. **163**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A. Comunicado de Prensa sobre el rechazo a la Resolución n°29.664 del Ministerio de Educación y Ciencias de Paraguay que prohíbe la difusión de material relativo a la llamada identidad de género, y texto de la citada Resolución. **165**

AUSTRALIA

A. Informe Final de la “Royal Commission into Institutional Responses to Child Sexual Abuse” (extracto). **167**

ESPAÑA

A. Sentencia del Tribunal Supremo que confirma la sentencia en primera instancia y condena a cinco jóvenes que irrumpieron en una misa para protestar contra la reforma a la ley de aborto, por delito de libertad religiosa. **202**

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

A. Sentencia que condena a Italia por negarse a registrar como tales, matrimonios de personas del mismo sexo de nacionalidad italiana celebrados en el extranjero (extracto). **210**

CHILE

I. Normas Jurídicas Publicadas

LEYES

MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA

Ley número 21.051.-

Declara como feriado los días 17 y 18 de enero de 2018 en la Región de la Araucanía y en la de Tarapacá, respectivamente, con motivo de la visita del Papa Francisco

Diario Oficial: 7 de diciembre de 2017

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente proyecto de ley iniciado en moción de los H. Diputados señores Renzo Trisotti Martínez, Fuad Chahin Valenzuela, René Manuel García García, Hugo Gutiérrez Gálvez, Gustavo Hasbún Selume, Fernando Meza Moncada, Diego Paulsen Kehr, René Saffirio Espinoza y Mario Venegas Cárdenas,

Proyecto de ley:

“Artículo único.- Declárase feriado el 17 de enero de 2018 para la Región de la Araucanía y el 18 de enero de 2018 para la Región de Tarapacá, 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, 29 de noviembre de 2017.- 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](#)

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Ley número 21.052.- Introduce diversas modificaciones a la normativa educacional

Diario Oficial: 28 de diciembre de 2017

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

Proyecto de ley:

“ **Artículo 1** .- Modifícase el decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1996, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales, en el siguiente sentido:

1. Modifícase el artículo 7 septies, del modo que sigue:

a) Intercálase, en el inciso segundo, a continuación de la frase “Dichos establecimientos, respecto a los estudiantes con necesidades educativas especiales,”, lo siguiente: “así como las escuelas artísticas”.

b) Agrégase el siguiente inciso final:

“Se excluirá totalmente de los procesos regulados en los artículos precedentes y en los incisos anteriores de este artículo, la admisión a la modalidad educativa de adultos, a las aulas hospitalarias, a las escuelas cárceles y a aquellos establecimientos educacionales que impartan exclusivamente el nivel de educación parvularia. Sin perjuicio de lo anterior, los establecimientos educacionales que cuenten con cursos en el nivel de educación parvularia inferiores al primer nivel de transición, que impartan además el nivel de educación básica, deberán siempre aplicar el sistema de admisión desde el primer nivel de transición.”.

2. Incorpórase en el artículo 58 H el siguiente inciso final nuevo:

“No obstante lo anterior, en caso de muerte del constituyente de la entidad, el secretario regional ministerial de Educación correspondiente, a solicitud de cualquier interesado, podrá autorizar que la entidad individual educacional continúe con la función educativa, con uno de sus sucesores como titular, o con otro interesado persona natural en caso de que ninguno de éstos lo desee, siempre que los estatutos no determinen una persona natural para estos efectos.”.

Artículo 2.- Modifícase la ley Nº 20.845, de Inclusión Escolar, que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, en el siguiente sentido:

1. Agrégase, en el inciso primero del artículo segundo transitorio, la siguiente oración: “Para verificar el cumplimiento de lo anterior, se considerará la fecha en que se presente al Ministerio de Educación el instrumento mediante el que se realizó dicha transferencia.”.

2. En su artículo cuarto transitorio:

a) Reemplázase, en su inciso quinto, la frase “refieren los incisos anteriores” por “refiere este artículo”.

b) Reemplázase el numeral 1º del inciso sexto por el siguiente:

“1º En caso de pactarse entre personas relacionadas, estos contratos podrán extenderse hasta que el sostenedor adquiera la propiedad del inmueble o lo use en calidad de comodatario, de acuerdo a lo señalado en el literal a) quáter del artículo 6 del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación.”.

c) Intercálanse los siguientes incisos noveno, décimo y decimoprimer, nuevos, pasando el actual noveno a ser inciso decimosegundo:

“El sostenedor podrá pactar un canon de arrendamiento superior a los definidos en los incisos anteriores, siempre que el contrato que lo contemple tenga por único fin la prestación del servicio educativo y que se ajuste a los términos y condiciones que habitualmente prevalecen en el mercado para este tipo de operaciones en el lugar y tiempo de celebración. Para que dicho acuerdo sea procedente, el sostenedor deberá presentar el contrato respectivo a la Superintendencia de Educación en conjunto con una tasación bancaria que incorpore tanto el valor comercial del inmueble, como su correspondiente valor de arrendamiento. Dentro de los noventa días siguientes a la presentación de la tasación, la Superintendencia de Educación, basada en los antecedentes de que disponga que haya obtenido en el marco de sus atribuciones, podrá aceptar la tasación y el canon propuesto o definir uno alternativo. El canon aceptado deberá ser razonablemente proporcionado en consideración a los ingresos del establecimiento educacional por concepto de subvención y aportes del Estado, con el objeto de asegurar una adecuada prestación del servicio educativo. Si transcurrido el plazo ya referido la Superintendencia de Educación no se hubiere pronunciado, se aplicará lo establecido en el artículo 64 de la ley Nº 19.880. El sostenedor podrá impugnar la decisión de la Superintendencia de Educación de acuerdo a lo establecido en el artículo noveno transitorio, reemplazándose para estos efectos la Superintendencia de Educación en el rol de la Corporación de Fomento de la Producción. El canon de arrendamiento autorizado por la comisión tasadora será el definitivo.”.

d) En su inciso noveno, que ha pasado a ser decimosegundo, antes del punto y aparte, agrégase la frase “y controlará el cumplimiento permanente de los requisitos establecidos en los incisos anteriores.”.

e) Agrégase el siguiente inciso decimotercero:

“Los contratos de arrendamiento celebrados o renovados bajo las normas del presente párrafo, respecto de inmuebles que estén sometidos a leyes especiales, no requerirán dar cumplimiento a aquellos requisitos establecidos en este artículo que sean incompatibles con las normas especiales que los regulan.”.

3. En su artículo sexto transitorio:

a) Agrégase en su inciso tercero, a continuación del punto final que pasa a ser punto y seguido, el siguiente texto: “La Superintendencia de Educación podrá autorizar límites de imputación mensual y plazo superiores a los definidos en este inciso. Para ello, el solicitante deberá acompañar una resolución de la Corporación de Fomento de la Producción que apruebe una tasación comercial según lo dispuesto en la letra a) del artículo octavo transitorio. Por su parte, la Superintendencia tendrá a la vista las tasas de interés vigente de los bonos soberanos en unidades de fomento, para el mismo plazo, del Banco Central de Chile y la Tesorería General de la República y realizará el cálculo para verificar que el valor presente de la suma de las cuotas que se establezcan en el contrato de compraventa no supere al valor comercial del inmueble y que se celebre bajo los términos y condiciones que habitualmente prevalecen en el mercado en el lugar y tiempo de su celebración para este tipo de operaciones.”.

b) Reemplázase, en su inciso quinto, la oración “al inciso anterior” por “a los incisos anteriores”.

c) Reemplázase, en su inciso sexto, la expresión “el inciso segundo” por la expresión “este artículo”.

Artículo 3.- En los casos en que se declare zona afectada por sismo o catástrofe, de acuerdo a lo dispuesto en el decreto N° 104, de 1977, del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Título I de la ley N° 16.282, o de emergencia o alerta sanitaria establecida por la secretaría regional ministerial de salud respectiva, la Subsecretaría de Educación podrá exceptuar a los establecimientos educacionales afectados por estas medidas del cumplimiento de los requisitos prescritos en las letras g), h) e i) del artículo 6 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, cuando con ocasión del sismo, catástrofe, emergencia o alerta sanitaria no puedan ajustarse a ello desde el acaecimiento de la declaración de sismo o catástrofe, emergencia o alerta sanitaria, según corresponda, y hasta el vencimiento de la autorización otorgada. Dicha Subsecretaría también podrá autorizar a estos establecimientos educacionales a funcionar con otro establecimiento en un mismo local en doble jornada, en cuyo caso ambos establecimientos estarán exceptuados del cumplimiento de tales requisitos. Para el cálculo de la Subvención de Escolaridad y mientras dure la autorización señalada en el inciso precedente, se mantendrá el valor correspondiente al régimen de jornada escolar completa diurna, establecida en el artículo 9 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, por los alumnos matriculados en dicha jornada escolar, antes del sismo, catástrofe, alerta o emergencia sanitaria. La Subsecretaría de Educación también podrá autorizar el traslado transitorio del funcionamiento de establecimientos educacionales a locales con destino no educacional, siempre que tengan recepción definitiva de la dirección de obras municipales o cuenten con la autorización provisoria de la respectiva secretaría regional ministerial de Vivienda y Urbanismo. En ningún caso las normas de excepción establecidas en este artículo podrán significar duplicación del pago de las subvenciones educacionales, por un mismo alumno, para uno o más sostenedores.

Artículo 4.- Modifícase en la letra g) de la Glosa 04 de la Partida 09, Capítulo 01, Programa 30, Subtítulo 24, Ítem 03, Asignación 200, de la ley N° 20.981, de Presupuestos del Sector Público para el año 2017, el guarismo “2015” por “2016”.

Artículo 5 - A los sostenedores educacionales que no hayan ejercido oportunamente la facultad que les otorga el artículo segundo transitorio de la ley N° 20.845 se les retendrán todas las subvenciones y aportes del Estado que les correspondería recibir por todos los establecimientos educacionales de su dependencia, hasta el momento en que ejerzan dicha facultad en los términos, y con los mismos efectos, derechos y obligaciones establecidos en dicho artículo. En caso de que los sostenedores den cumplimiento a lo establecido en el inciso anterior en el plazo señalado en el inciso primero del artículo 58 del decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998, este último estará facultado para transferir a la nueva entidad sostenedora tanto las subvenciones y aportes retenidos como los que correspondan a partir de la fecha en que se acredite el cumplimiento de los requisitos que la ley exige para impetrar dichas subvenciones y aportes.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo primero .- Los establecimientos educacionales particulares subvencionados que oportunamente hubieren declarado que a la fecha de publicación de la ley N° 20.845 se encontraban realizando cobros por derecho de escolaridad, regulados en los artículos 16 y 17 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, derogados por los numerales 8) y 9) del artículo 2 de dicha ley, podrán acogerse a las reglas de su párrafo 4° transitorio “De la eliminación del financiamiento compartido”, considerándoseles como establecimientos educacionales con financiamiento compartido, para todos los efectos legales. Lo dispuesto en este artículo regirá a contar del año escolar 2018. La Subsecretaría de Educación deberá dictar en enero de 2018 una resolución exenta que individualice a los establecimientos educacionales, informando los montos máximos de cobro por alumno para dicho año respecto de cada uno de ellos, para el cumplimiento de las reglas establecidas en el párrafo 4° transitorio de la ley N° 20.845. Con todo, dicho monto máximo no podrá exceder al cobro mensual por derecho de escolaridad correspondiente al año escolar 2015 en cada establecimiento.

Artículo segundo.- Los establecimientos educacionales que, durante el año escolar 2017, hayan experimentado suspensión de las actividades académicas en virtud de lo señalado en el artículo 3 de esta ley, podrán acogerse a las reglas que éste establece, desde el acaecimiento de la declaración de sismo o catástrofe; emergencia o alerta sanitaria, según corresponda y hasta el vencimiento de la autorización entregada por la Subsecretaría de Educación.

Artículo tercero.- Los propietarios de establecimientos regidos por el decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, o de establecimientos de educación parvularia financiados con aportes regulares del Estado para su operación y funcionamiento, que no cuenten con permiso de edificación o que, contando con permiso de edificación, no han obtenido la recepción definitiva, emplazados en áreas urbanas o rurales, podrán, hasta el 31 de diciembre de 2019, obtener los permisos de edificación y de recepción simultánea, siempre que los establecimientos y/o sus ampliaciones cumplan los siguientes requisitos:

1. Haber sido construidos antes de la publicación de esta ley.
2. No estar emplazados en áreas de riesgo o protección, en terrenos afectos a declaratoria de utilidad pública o en bienes nacionales de uso público establecidos en los instrumentos de planificación territorial.
3. No tener, a la fecha de ingreso de la solicitud de regularización, reclamaciones escritas pendientes por incumplimiento de normas urbanísticas ante la dirección de obras municipales o el juzgado de policía local respectivo.
4. Cumplir con las normas de habitabilidad, accesibilidad universal, estabilidad y seguridad establecidas en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, contenida en el decreto supremo N° 47, de 1992, del

Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y con aquellas aplicables a las instalaciones de electricidad, agua potable, alcantarillado y gas que correspondan.

Artículo cuarto.- Los propietarios deberán presentar ante la dirección de obras municipales respectiva una solicitud de permiso y recepción simultánea, acompañando los siguientes documentos:

1. Declaración simple del propietario, en que señale ser titular del dominio del inmueble y que no existen respecto de dicho bien raíz las reclamaciones a que se refiere el numeral 3) del artículo anterior.
2. Planos de arquitectura, proyecto de cálculo estructural y especificaciones técnicas, conforme a lo establecido en los numerales 7, 10 y 11 del artículo 5.1.6. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.
3. Informe del arquitecto que certifique que el establecimiento cumple con las normas de habitabilidad, seguridad, accesibilidad universal e instalaciones señaladas en el numeral 4), y que no se emplaza en los terrenos a que se refiere el numeral 2), ambos del artículo anterior. Este informe deberá acompañar los antecedentes que permitan corroborar que el establecimiento existía a la fecha de publicación de esta ley, considerándose como tales cualquier medio gráfico o documental, por ejemplo, planos aprobados, cuentas de servicios, certificados de contribuciones, catastros municipales o de otros organismos públicos, o antecedentes de similar naturaleza. Asimismo, deberá describir detalladamente las características del proyecto indicando cómo éstas se ajustan a la normativa correspondiente, además de adjuntar los antecedentes necesarios para respaldar el cumplimiento de las normas requeridas.

La dirección de obras municipales, dentro de los noventa días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, revisará exclusivamente el cumplimiento de las normas urbanísticas a que se refiere el número 2) del artículo anterior, sin que puedan ser objeto de revisión las demás materias que contempla la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, y con el mérito de los documentos a que alude el presente artículo otorgará el correspondiente certificado de regularización, si fuere procedente. Si existieren observaciones a la solicitud, su emisión y subsanación se regirá por lo dispuesto para tales fines en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Los directores de obras municipales estarán sujetos a las responsabilidades contempladas en el artículo 22 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en lo que respecta al cumplimiento de lo establecido en el numeral 2) del artículo anterior, y al hecho de que se haya acompañado la documentación exigida por el presente artículo, así como también respecto de los plazos establecidos para su pronunciamiento. Los profesionales que certifiquen el cumplimiento de las normas de habitabilidad, accesibilidad universal, seguridad, estabilidad e instalaciones establecidas en este artículo responderán por la veracidad de sus informes y les serán aplicables las responsabilidades contempladas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Artículo quinto .- Corresponderá al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de la División de Desarrollo Urbano, emitir los formularios respectivos e impartir las instrucciones para la aplicación de las normas contenidas en los artículos tercero y cuarto transitorios de la presente ley, mediante circulares, que se mantendrán a disposición de cualquier interesado.”.

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

Santiago, 19 de diciembre de 2017.- MICHELLE BACHELET JERIA, Presidenta de la República.- Adriana Delpiano Puelma, Ministra de Educación.- Nicolás Eyzaguirre Guzmán, Ministro de Hacienda.- Gabriel de la Fuente Acuña, Ministro Secretario General de la Presidencia.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Atentamente, Valentina Karina Quiroga Canahuate, Subsecretaria de Educación.

[Volver al índice](#)

DECRETOS

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Decreto número 301, de 2016.- Modifica decreto Nº 152, de 2016, que reglamenta el proceso de admisión de los y las estudiantes de establecimientos educacionales que reciben subvención a la educación gratuita o aportes del Estado

Diario Oficial: 9 de diciembre de 2017

Núm. 301.- Santiago, 14 de noviembre de 2016.

Visto:

Lo dispuesto en los artículos 19 Nº 10 y Nº 11, 32 Nº 6 y 35 del decreto Nº 100, de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República; en el decreto con fuerza de ley Nº 1-19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la ley Nº 18.956, que reestructura el Ministerio de Educación; en la ley Nº 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la ley Nº 20.529, que crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización; en la ley Nº 20.845, de Inclusión Escolar que Regula la Admisión de los y las Estudiantes, Elimina el Financiamiento Compartido y Prohíbe el Lucro en Establecimientos Educacionales que Reciben Aportes del Estado; en la ley Nº 20.422, que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad; en el decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1996, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales; en el decreto con fuerza de ley Nº 2, de 2009, del Ministerio de Educación, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley Nº 20.370 con las normas no derogadas del decreto con fuerza de ley Nº 1, de 2005; en los decretos con fuerza de ley Nº 3, de 2015 y Nº 1 y Nº 4, de 2016, todos del Ministerio de Educación; en el decreto Nº 170, de 2009, del Ministerio de Educación que Fija Normas para Determinar los Alumnos con Necesidades Educativas Especiales que serán Beneficiarios de las Subvenciones para Educación Especial; y en la resolución Nº 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República que Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón, y

Considerando:

Que, el artículo 2º de la ley Nº 20.845, agrega en su numeral 6) los artículos 7º bis, 7º ter, 7º quáter, 7º quinquies, 7º sexies, y 7º septies, al decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación, estableciendo el proceso de admisión de los y las estudiantes que deban desarrollar los establecimientos educacionales que reciban subvención o aportes del Estado.

Que, el artículo 7º quinquies citado precedentemente, señala que el Ministerio de Educación, excepcionalmente autorizará para establecer procedimientos especiales de admisión, a partir de 7º año de la educación general básica o el equivalente que determine la ley, a aquellos establecimientos educacionales cuyos proyectos educativos tengan por objeto principal desarrollar aptitudes que requieran una especialización temprana, o a aquellos cuyos proyectos educativos sean de especial o alta exigencia académica, siempre y cuando acrediten los requisitos establecidos por la ley.

Que, el artículo 7º septies señala que lo dispuesto en los artículos 7º bis, 7º ter, 7º quáter, 7º quinquies y 7º sexies, no será aplicable a los establecimientos de educación especial diferencial ni a los establecimientos educacionales regulares con proyectos de integración escolar, respecto de sus cupos para estudiantes que presenten necesidades educativas especiales que requieran apoyos de carácter permanente asociados a una discapacidad, e indica que ambos tipos de establecimientos considerarán en sus procesos de admisión lo dispuesto en los artículos 9º y 9º bis, todos del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación.

Que, el inciso segundo del artículo 7º septies del cuerpo legal citado, establece que dichos establecimientos, respecto de los estudiantes con necesidades educativas especiales, tendrán un procedimiento de admisión determinado por ellos, el que será desarrollado por cada establecimiento.

Decreto:

Artículo único: Modifícase el decreto supremo Nº 152, de 2016, del Ministerio de Educación, que reglamenta el proceso de admisión de los y las estudiantes de establecimientos educacionales que reciban subvención a la educación gratuita o aportes del Estado, en el siguiente sentido:

1) Reemplázanse los incisos segundo y tercero del artículo 1º por los siguientes:

"El proceso de admisión que regula el presente reglamento, no será aplicable a la modalidad educativa de adultos; a los establecimientos educacionales que impartan modalidad de educación tradicional con Proyecto de Integración Escolar vigente, en adelante "Proyecto de Integración Escolar" o "PIE" indistintamente, respecto a sus cupos para estudiantes que requieran apoyos de carácter permanente asociados a una discapacidad; a las escuelas especiales diferenciales o a establecimientos que tengan reconocidas oficialmente modalidades de educación especial en alguno de sus niveles, respecto de los mismos; y a la educación que se imparta en aulas hospitalarias o escuelas cárceles. Los estudiantes de establecimientos que impartan niveles en modalidad de educación especial, y que quieran continuar en el mismo establecimiento en modalidad de educación tradicional deberán sujetarse al proceso de admisión del presente reglamento."

2) Modifícase el artículo 3º, en el siguiente sentido:

a) Intercálase en el numeral 7, a continuación del primer punto seguido, que pasa a ser coma, la siguiente oración: "incluyendo éste el procedimiento de admisión regular, y los procedimientos especiales regulados en los Títulos V y VI."

b) Agréganse los siguientes numerales 9, 10, 11, 12, 13 y 14 nuevos:

"9. Necesidades Educativas Especiales de carácter permanente asociadas a una discapacidad: son aquellas barreras para aprender y participar que determinados estudiantes experimentan durante toda su escolaridad como consecuencia de una discapacidad diagnosticada por un profesional competente y que demandan al sistema educacional la provisión de apoyos y recursos extraordinarios para asegurar el aprendizaje escolar.

10. Grupo curso: cada uno de los conjuntos de estudiantes, de naturaleza paralela, que conforman un curso en los términos del artículo 3º, número 3 de este reglamento.

11. Proyecto Educativo Institucional (PEI): son todos aquellos valores y principios distintivos de una comunidad escolar que se declaran en forma explícita en un documento y enmarcan su acción educativa otorgándole carácter, dirección, sentido e integración. El proyecto educativo institucional define ciertos sellos de la comunidad escolar que se expresan en la visión, misión y en el perfil del estudiante que se quiere formar.

12. Escuelas Especiales: son aquellos establecimientos educacionales que impartan exclusivamente la modalidad de educación especial diferencial, manteniendo para estos efectos, un equipo de profesionales especialistas en

atención permanente a alumnos con necesidades educativas especiales de carácter permanente asociadas a una discapacidad, y aquellos que atienden exclusivamente a alumnos con necesidades educativas especiales de trastornos específicos del lenguaje.

13. Establecimientos educacionales cuyo proyecto educativo desarrolle aptitudes que requieran una especialización temprana: corresponden a aquellos establecimientos que se abocan al desarrollo específico de habilidades artísticas o deportivas.

14. Establecimientos educacionales de especial o alta exigencia académica: corresponden a aquellos establecimientos que tienen un currículum académico orientado a la adquisición de conocimientos avanzados y con altos estándares de exigencia."

3) Agréganse en el artículo 7º, los siguientes incisos tercero, cuarto y quinto nuevos:

"En caso de que, una vez terminados los periodos de aplicación de los mecanismos principal y complementario de asignación, exista una demanda de matrícula que no pueda ser cubierta por los establecimientos que reciben subvención o aportes del Estado de un determinado territorio, considerando los cupos totales reportados y las vacantes disponibles en dichos establecimientos, el Secretario Regional Ministerial de Educación respectivo podrá autorizar un aumento de cupos y de la matrícula correspondiente por sobre los cupos totales reportados en esos establecimientos, siempre que dicha autorización no supere la capacidad máxima autorizada para el establecimiento de que se trate.

Para lo anterior, el Secretario Regional Ministerial deberá optar por aquel establecimiento que tenga una mayor diferencia entre los cupos totales reportados para cada curso que se requiera autorizar, y la capacidad máxima autorizada para el nivel respectivo del establecimiento educacional señalada en el inciso anterior. Si dicho establecimiento no es gratuito, el apoderado deberá aceptar expresamente la asignación al establecimiento, y de no aceptar, se continuará con aquel que posea la siguiente mayor diferencia, hasta determinar el establecimiento en que se autorizará el aumento de cupos.

En caso de que existan dos o más establecimientos con igual diferencia y tipo de financiamiento, la determinación del establecimiento quedará a elección del apoderado. Para estos efectos, se entenderá por "territorio" lo dispuesto en el artículo 17 del decreto Nº 148, de 2016, del Ministerio de Educación."

4) Reemplázase en el artículo 11 la frase "el proceso de admisión", por la siguiente: "el procedimiento de admisión regular establecido en el Título II, como también de aquellos procedimientos especiales de establecimientos educacionales con PIE, en relación a sus cupos para estudiantes que requieran apoyos de carácter permanente asociados a una discapacidad, del Título V y los procedimientos especiales del Título VI, todos del presente reglamento".

5) Agrégase en el inciso primero del artículo 12, a continuación del punto aparte, que pasa a ser seguido, la frase siguiente:

"Además, se informará respecto a las vacantes de los establecimientos educacionales con PIE vigente, en relación a sus cupos para estudiantes que requieran apoyos de carácter permanente asociados a una discapacidad por cada curso en la plataforma de registro, y la información relativa a las vacantes para los procedimientos especiales de admisión autorizados conforme al Título VI de este reglamento."

6) Agrégase en el artículo 13 el siguiente inciso segundo nuevo:

"Asimismo, los establecimientos educacionales podrán difundir sus proyectos educativos para darse a conocer, hasta antes del inicio de los procedimientos de postulación."

- 7) Intercálase en el artículo 18, entre la palabra "respectivo" la primera vez que aparece y el punto seguido, la siguiente frase: "al comienzo del procedimiento de regularización, teniendo preferencia sobre esas vacantes en relación a otros estudiantes que postulen vía regularización".
- 8) Modifícase la actual denominación del Título II "Del Procedimiento de Postulación", por la siguiente: "Procedimiento de Admisión Regular".
- 9) Reemplázase la denominación del párrafo 1 del Título II "§1. De la forma de postulación por el apoderado", que pasa a ser subpárrafo §1.1. por "§1. De la postulación".
- 10) Modifícase el artículo 22 en el siguiente sentido: a) Intercálase después del punto seguido la siguiente frase nueva: "En el caso de los establecimientos con formación diferenciada técnico profesional, los estudiantes deberán postular a las especialidades de su preferencia, pudiendo registrar más de una postulación a distintas especialidades de un mismo establecimiento, pero manteniendo el mínimo de dos establecimientos, cuando proceda.". b) Intercálase entre las palabras "rurales" y la coma, la expresión "o postulen en comunas urbanas donde no exista más de un establecimiento que imparta el curso a que postula".
- 11) Modifícase el artículo 23, en el siguiente sentido:
a) Reemplázase la frase "si fuere el caso" por "si procediera".
b) Agrégase luego del punto final, que pasa a ser coma, la frase "y en el caso de los establecimientos de formación diferenciada técnico profesional debe indicar que acepta el perfil de egreso de la especialidad a la que postula".
- 12) Reemplázase a continuación del artículo 24, el numeral del párrafo 2 del Título II que pasa a ser subpárrafo "§1.2. De la acreditación de la calidad de apoderado".
- 13) Modifícase a continuación del artículo 26, el numeral del párrafo 3 del Título II que pasa a ser subpárrafo "§1.3. Criterios de Prioridad".
- 14) Intercálase en el artículo 27 letra d), entre la palabra "subvención" y la coma, la frase: ", y que corresponda a la misma modalidad educacional".
- 15) Elimínase la denominación del actual Título III "Del Procedimiento de Admisión y mecanismos de asignación", y todos sus párrafos, pasando los actuales artículos 32 al 54 a formar parte del Título II.
- 16) Agrégase a continuación del artículo 31 el siguiente párrafo 2 nuevo "§ 2. De la admisión propiamente tal".
- 17) Modifícase el artículo 33 en el siguiente sentido:
a) Agrégase entre la palabra "prioridad", la segunda vez que aparece y la palabra "al", la siguiente frase nueva: "establecidos en las letras a), c) y d) del referido artículo".
b) Reemplázase a continuación del segundo punto seguido la palabra "quinto", por "séptimo".
- 18) Agrégase a continuación del artículo 38 el siguiente párrafo 3 "§ 3. Del mecanismo principal de asignación".
- 19) Modifícase el artículo 40, en el siguiente sentido:

- a) Reemplázase la expresión "los cupos" la primera vez que aparece, por "las vacantes".
- b) Reemplázase la expresión "cupos disponibles" por "las vacantes de cada establecimiento".

20) Agrégase a continuación del artículo 42 el siguiente párrafo 4 "§ 4. De la comunicación y confirmación de resultados".

21) Elimínase el actual artículo 43, pasando los artículos 44 al 51 a ser 43 al 50, respectivamente.

22) Modifícase el artículo 45, que pasó a ser artículo 44, en el siguiente sentido:

- a) Reemplázase la frase "párrafo 2" por "párrafo 3".
- b) Agrégase después de la palabra "aceptación" la primera vez que aparece, la expresión "o rechazo".
- c) Elimínase la frase "; aceptación o rechazo provisorio a la espera de una asignación de mejor preferencia o el rechazo definitivo respecto de la asignación que obtuvieren."

23) Reemplázase en el artículo 47, que pasó a ser artículo 46, la expresión "se liberarán los cupos" por la frase "se dispondrá de las vacantes".

24) Agrégase a continuación del actual artículo 48 que pasó a ser artículo 47, el siguiente párrafo 5 "§ 5. Del mecanismo complementario de asignación".

25) Reemplázase en el inciso tercero del artículo 51, que pasó a ser 50, la siguiente frase "de los Títulos II y III", por "del Título II".

26) a) Agrégase el siguiente artículo 51 nuevo:

"Artículo 51: Cuando un estudiante no sea asignado a ninguno de los establecimientos de su preferencia, y no sea posible aplicar lo dispuesto en el artículo 42 del presente reglamento, será asignado al establecimiento gratuito más cercano a su domicilio que cuente con vacantes y no se encuentre en la categoría de "Insuficiente" respecto del nivel postulado conforme a la última ordenación de desempeño que establezca la Agencia de Calidad de la Educación, ni se encuentre el establecimiento en la categoría denominada "en recuperación", conforme a la clasificación establecida en la Ley Nº 20.248, o aquel instrumento que las reemplace. Si hubiere sido expulsado con anterioridad del establecimiento al que fue asignado, lo será al siguiente más cercano que cumpla con las condiciones indicadas, y así sucesivamente." b) Agrégase a continuación del artículo 51, el siguiente párrafo 6 "§ 6. De la matrícula".

27) Modifícase el artículo 52, en el siguiente sentido:

- a) Agrégase el siguiente inciso primero nuevo, pasando el actual inciso primero a ser segundo: "Una vez que se hayan dado a conocer los resultados del proceso de admisión, se genera el derecho de matrícula para el estudiante admitido, que podrá ejercerse conforme a las reglas de este párrafo."
- b) Reemplázase el actual inciso primero, que pasa a ser inciso segundo, la expresión "dos períodos de" por "plazos para la formalización de la".
- c) Agrégase el siguiente inciso tercero nuevo: "El Ministerio de Educación proporcionará a cada establecimiento educacional información de contacto de los apoderados que hayan sido admitidos en él, sólo para fines de continuar con el proceso de admisión."

28) Reemplázase el número del actual Título IV Del Procedimiento de Regularización, por el número III, quedando como sigue, "Título III Del Procedimiento de Regularización".

29) Elimínase el artículo 53, pasando los actuales artículos 54 al 56 a ser artículos 53 al 55 respectivamente.

30) Modifícase el artículo 54, que pasó a ser 53, en el siguiente sentido:

a) Agrégase en el inciso primero, a continuación del punto aparte que pasa a ser coma, la frase "debiendo el establecimiento realizarla a través del Sistema de Información General de Estudiantes o el que lo reemplace, y entregar un comprobante al apoderado.".

b) Reemplázase la frase del inciso segundo "en ninguno de los dos períodos antes mencionados" por la frase "en los términos del presente párrafo".

31) Agréganse los siguientes artículos 56, 57 y 58, pasando los actuales artículos 57 al 63 a ser los artículos 59 al 65 respectivamente.

"Artículo 56: Todos los estudiantes que soliciten ingresar a un establecimiento mediante el presente procedimiento, deberán ser admitidos en caso de que las vacantes sean suficientes en relación al número de postulantes. En caso de no existir vacantes suficientes, el establecimiento deberá respetar el orden de ingreso de la solicitud de matrícula por parte de los postulantes, debiendo mantener un registro público en que se consigne el día, hora y firma del apoderado para estos efectos.

Durante este procedimiento se autorizará a matricular a alumnos en exceso por sobre los cupos reportados según el artículo 7º del presente reglamento, a los establecimientos que requieran incorporar a estudiantes de intercambio. No obstante, no se podrá sobrepasar la capacidad máxima de atención autorizada de cada establecimiento. El sobrecupo deberá ser regularizado el año escolar siguiente, declarándolo según lo dispuesto en el párrafo 2 del Título I de este reglamento.

Artículo 57: No obstante lo dispuesto en los artículos 7º, 8º y 9º del presente reglamento, excepcionalmente y con posterioridad a los procedimientos de admisión regular y complementario, si el establecimiento no logra completar sus cupos totales reportados y desea reducir las vacantes que quedarán disponibles para efectos de regularización, podrán ajustar sus cupos totales mediante una solicitud a la Secretaria Regional Ministerial de Educación respectiva, asegurando la continuidad de los estudiantes matriculados y de aquellos admitidos por el proceso de admisión. La disminución de cupos totales para estos efectos, deberá realizarse hasta el último día hábil de enero del año siguiente al del procedimiento de postulación, y deberá en caso de ser necesario, presentarse conjuntamente con la solicitud a que se refiere el artículo 22, inciso segundo del decreto N° 315, de 2010, de Educación, debiendo ser revisados ambos requerimientos por los profesionales respectivos según la materia, pero debiendo resolverse conjuntamente.

Artículo 58: Si durante el año escolar un estudiante decide no continuar estudiando en su establecimiento, este cupo quedará liberado para el proceso de admisión en el procedimiento de regularización, en el momento en que el establecimiento proceda a dar de baja al estudiante para efectos de subvención.".

32) Reemplázase a continuación del artículo 60, el número del actual Título V De la Fiscalización, por el número IV, quedando como sigue, "Título IV De la Fiscalización".

33) Modifícase en el actual artículo 59, que ha pasado a ser artículo 61, la expresión "los procesos de admisión" por "el debido cumplimiento de los procedimientos de postulación y admisión regulados en este reglamento".

34) Intercálase en el actual artículo 63, que ha pasado a ser artículo 65, luego de la expresión "admisión," la primera vez que aparece, la frase "o a un estudiante que haya solicitado ingresar a un establecimiento educacional mediante el procedimiento de regularización y contando con vacantes para el año escolar respectivo se le negare la matrícula, o no teniendo vacantes suficientes para todos los postulantes no se respetare el orden de ingreso de su solicitud de matrícula;"

35) Agréganse los siguientes Títulos V y VI nuevos:

"TÍTULO V

PROCEDIMIENTOS DE ADMISIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACIÓN ESPECIAL Y DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES QUE IMPARTAN MODALIDAD DE EDUCACIÓN TRADICIONAL CON PROYECTOS DE INTEGRACIÓN ESCOLAR, RESPECTO DE SUS CUPOS PARA ESTUDIANTES QUE PRESENTEN NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES QUE REQUIERAN DE APOYOS DE CARÁCTER PERMANENTE ASOCIADOS A UNA DISCAPACIDAD

§ 1. Disposiciones generales

Artículo 66: Los estudiantes que presenten necesidades educativas especiales que requieran apoyos de carácter permanente asociados a una discapacidad, de acuerdo a lo previsto en los artículos 9º y 9º bis del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación, podrán postular a cualquiera de los establecimientos educacionales que reciban subvención o aportes del Estado, a través del procedimiento de admisión regular, aun cuando el establecimiento no se encuentre adscrito a PIE, o mediante el procedimiento de admisión especial.

Artículo 67: El Ministerio de Educación informará a los establecimientos educacionales, mediante orientaciones de carácter general, respecto de los distintos mecanismos y recursos existentes para el apoyo y la inclusión de todos los estudiantes.

§ 2. De la coordinación del proceso de admisión con los procedimientos de admisión de las escuelas especiales diferenciales

Artículo 68: Los apoderados que postulen a nombre de un estudiante a las escuelas que impartan exclusivamente las modalidades de enseñanza de educación especial diferencial deberán sujetarse a los procedimientos determinados por ellas, los que se realizarán directamente en las escuelas referidas, para la admisión de sus estudiantes, considerando la normativa y los principios educacionales vigentes. Los sostenedores de las escuelas especiales diferenciales deberán proporcionar a los apoderados, en el plazo fijado en el calendario de admisión correspondiente, además de la información requerida por ley en la medida que les sea aplicable, lo siguiente:

- a) Número de vacantes por curso, según los términos señalados en el artículo 3º, número 3 del presente reglamento.
- b) Criterios generales de admisión.
- c) Fechas de inicio y término del procedimiento.
- d) Procedimiento de admisión que aplicarán, que deberá ser transparente y objetivo.

Los procedimientos señalados en los incisos precedentes, deberán realizarse una vez terminado el procedimiento de postulación regular. Las escuelas especiales diferenciales deberán informar a los apoderados

y al Ministerio las listas completas de todos los postulantes, con expresa indicación de aquellos admitidos hasta la fecha en que se entreguen los resultados de la generación de los órdenes aleatorios, según establezca el calendario de admisión correspondiente. Con todo, deberán actualizar dicha información en caso de incorporar nuevos alumnos hasta antes del inicio del año escolar siguiente.

§ 3. Del procedimiento de los establecimientos educacionales que impartan modalidad de educación tradicional con Proyecto de Integración Escolar vigente, respecto de sus cupos para estudiantes que requieran apoyos de carácter permanente asociados a una discapacidad.

Artículo 69: Los establecimientos que reciben subvención o aportes del Estado, y que se encuentren adscritos a PIE, deberán ceñirse al procedimiento regular de admisión en los términos que establece el decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación y el presente reglamento, o aquel que en el futuro lo reemplace. Sin perjuicio de lo anterior, respecto de sus cupos para estudiantes que requieran apoyos de carácter permanente asociados a una discapacidad, realizarán procedimientos de admisión determinados por ellos, considerando la normativa educacional vigente y las disposiciones de este reglamento.

§ 3.1. De la información que deben entregar los sostenedores al Ministerio

Artículo 70: Los sostenedores de los establecimientos de que trata este párrafo, deberán proporcionar al Ministerio, en el plazo fijado en el calendario de admisión correspondiente, la siguiente información:

- a) El número de vacantes por curso, según los términos del artículo 3º, número 3 de este reglamento, respecto de sus cupos para estudiantes que presenten necesidades educativas especiales que requieran apoyos de carácter permanente asociados a una discapacidad. Para estos efectos, los sostenedores podrán disponer de manera voluntaria, de hasta dos cupos reservados por grupo curso para la admisión de estudiantes con necesidades educativas especiales que requieran de apoyos de carácter permanente asociados a una discapacidad, en caso que los cupos de integración reservados para dichos estudiantes no estuviesen cubiertos con estudiantes ya matriculados. Estos cupos reservados se deberán informar en la misma oportunidad en que corresponda reportar los cupos totales del procedimiento regular de admisión.
- b) Los criterios generales de admisión.
- c) Los antecedentes y documentación que deberán presentar los postulantes.
- d) El plazo de postulación, fecha y lugar de publicación de sus resultados.
- e) El procedimiento especial de admisión que aplicarán, que deberá ser transparente y objetivo.

Artículo 71: Cuando el sostenedor no reportase las vacantes en la fecha que estipule el calendario de admisión para todos o alguno de los cursos de un determinado establecimiento educacional, se entenderá que no cuenta con cupos reservados para la postulación de estudiantes que presenten necesidades educativas especiales que requieran apoyos de carácter permanente asociados a una discapacidad, respecto de esos cursos. Para dichos cursos, la postulación y admisión se regirá por lo dispuesto en el Título II del presente reglamento.

Artículo 72: En caso que la capacidad máxima de atención de un establecimiento educacional cambie, afectando la cantidad de cupos reservados para la admisión especial, deberá realizarse la adecuación de manera previa al periodo de reporte de cupos y según lo establecido en los artículos 8º y 10 de este reglamento, realizando en caso que se reduzca capacidad o el número de grupos cursos, un procedimiento aleatorio entre los estudiantes con necesidades educativas especiales asociados a una discapacidad.

§ 3.2. De la reserva de cupos

Artículo 73: Las reservas para estudiantes que presenten necesidades educativas especiales que requieran apoyos de carácter permanente asociados a una discapacidad, que pudiesen repetir de curso, se efectuarán según lo descrito en el párrafo 4, Título I, de este reglamento, utilizando los cupos del procedimiento de admisión regular.

§ 3.3. De la admisión

Artículo 74: Los apoderados deberán postular a nombre de un estudiante, según lo establecido en el Título II, párrafos 1.1 y 1.2 del presente reglamento. Sin perjuicio de lo anterior, la plataforma de registro indicará si alguno de los establecimientos con PIE de su preferencia realizará un procedimiento de admisión determinado por ellos, de conformidad a lo establecido en el artículo 70, del presente reglamento, respecto de sus cupos para estudiantes que requieran apoyos de carácter permanente asociados a una discapacidad.

Estos procedimientos deberán realizarse una vez terminado el procedimiento de postulación regular. Los establecimientos deberán entregar información sobre los alumnos admitidos y la lista de espera en la misma oportunidad en que se entreguen los resultados de la generación de los órdenes aleatorios, según la fecha que disponga el calendario a que se refiere el artículo 4º del presente reglamento.

Artículo 75: Los estudiantes que postulen mediante este procedimiento, tendrán la posibilidad de ser admitidos, tanto por el procedimiento regular como por el procedimiento determinado por el establecimiento. Cada estudiante será admitido en solo un establecimiento y se respetarán sus preferencias según lo establecido en el Título II, de este reglamento. Cuando un estudiante sea asignado a un establecimiento que imparta educación en modalidad tradicional mediante el proceso de admisión regular, sea que el establecimiento cuente o no con proyecto de integración escolar, no se podrá negar la matrícula al estudiante en consideración a que presente necesidades educativas especiales y requiera apoyos de carácter transitorio o permanente, debiendo tomar el establecimiento las medidas necesarias tendientes a la inclusión del mismo.

Artículo 76: Las vacantes que no sean completadas mediante los procedimientos recién descritos, deberán serlo mediante el procedimiento descrito en el Título II, del presente reglamento.

§ 4. Disposiciones finales

Artículo 77: Los procedimientos especiales que regula este Título, no podrán realizarse durante los períodos complementario y de regularización.

Artículo 78: La confirmación de resultados y la matrícula en estos procedimientos especiales, se regirán por lo dispuesto en el Título II, párrafos 4 y 6 de este reglamento.

TÍTULO VI

SOBRE LA AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE ADMISIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES CUYOS PROYECTOS EDUCATIVOS INSTITUCIONALES TENGAN POR OBJETO DESARROLLAR APTITUDES QUE REQUIERAN ESPECIALIZACIÓN TEMPRANA O SEAN DE ESPECIAL O ALTA EXIGENCIA ACADÉMICA

§ 1. Disposiciones generales

Artículo 79: El presente Título regulará los procedimientos y requisitos que deberán cumplir los establecimientos educacionales que reciban subvención o aportes del Estado y cuyos proyectos educativos institucionales tengan por objeto principal desarrollar aptitudes que requieran una especialización temprana, o sean de especial o alta exigencia académica, para que, a partir de séptimo año de educación general básica o el equivalente que determine la ley, establezcan procedimientos especiales de admisión para un 30% de sus vacantes, previa autorización del Ministerio de Educación.

§ 2. De la autorización para realizar procedimientos especiales de admisión y la información que deben proporcionar los establecimientos al Ministerio

Artículo 80: El Ministerio de Educación excepcionalmente autorizará para establecer procedimientos especiales de admisión, a partir de séptimo año de la educación general básica o el equivalente que determine la ley, y solo para su menor curso, a aquellos establecimientos educacionales cuyos proyectos educativos tengan por objeto principal desarrollar aptitudes que requieran una especialización temprana, o a aquellos cuyos proyectos educativos sean de especial o alta exigencia académica.

Artículo 81: Los establecimientos a que se refiere el artículo precedente, deberán acreditar las siguientes condiciones, en la medida que le sean aplicables, para obtener la autorización del Ministerio de Educación, que regula el presente Título:

- a) Que cuentan con planes y programas propios destinados específicamente a la implementación de su proyecto educativo, el que deberá estar orientado al desarrollo de aptitudes que requieran de una especialización temprana, o a la especial o alta exigencia académica.
- b) Que cuentan con una trayectoria y prestigio en el desarrollo de su proyecto educativo y resultados de excelencia. Para determinar dicha trayectoria y prestigio, en los establecimientos postulantes a ser calificados como de especialización temprana, se considerarán los resultados de excelencia destacados en la región, en relación a su área de especialización durante los últimos dos ciclos, tales como haber participado en más de una oportunidad en alguna competencia regional, nacional o internacional relativa a su área de especialización, o en un concierto o banda, competencia deportiva o exposición; contar con estudiantes que integren selecciones deportivas regionales o nacionales, o bandas, orquestas o coros regionales o nacionales, o grupos artísticos en otras áreas, de manera sistemática en este período de tiempo; o cualquier otro antecedente que refleje sus resultados de excelencia. Por su parte, se considerarán que cuentan con trayectoria y prestigio aquellos establecimientos postulantes a ser calificados como de especial o alta exigencia académica, que sean gratuitos al momento de la presentación de los antecedentes; tengan algún método de selectividad académica comprobada durante el último ciclo; y que se ubican dentro del 20% superior de rendimiento a nivel regional, o dentro del 33% superior en rendimiento a nivel regional y a la vez en el quintil superior de rendimiento a nivel nacional, de las mediciones nacionales de lenguaje y matemática para segundo medio o el curso equivalente que determine la ley. Para ordenar a los establecimientos por su rendimiento en dichas evaluaciones se

considerará el promedio de los resultados obtenidos por los estudiantes de los 2 últimos ciclos, equivalentes a 12 años, corregido por nivel socioeconómico, conforme a las variables utilizadas por la Agencia de Calidad de la Educación para esa corrección. Se entenderá por ciclo, referido en los incisos precedentes, el lapso contado desde el primer hasta el último curso autorizado para establecer procedimientos especiales de admisión a que se refiere el artículo 7º quinquies del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación, esto es, desde 7º año de educación básica a 4º año de educación media.

c) Que cuentan con los recursos materiales y humanos necesarios y suficientes para el desarrollo de su proyecto educativo. Para lo anterior, el sostenedor deberá presentar una relación del personal docente, que ejerza función técnico-pedagógica y/o de aula, idóneo para el desarrollo de su proyecto educativo. De igual manera deberá acompañar una relación del personal asistente de la educación que atenderá las necesidades propias de esta especialización. Para ambos efectos, se considerará el número de horas dedicadas al proyecto educativo especial en el marco del currículum general y a la cantidad de estudiantes que atenderán. La idoneidad profesional del personal docente que ejerza función técnico-pedagógica y/o de aula, y del personal asistente de la educación, se acreditará con copia legalizada de su título o licenciatura, y habilitación o autorización para ejercer la función docente, si correspondiera. Para acreditar que cuentan con los recursos materiales necesarios y suficientes para el desarrollo de su proyecto educativo, deberá acompañar un inventario del material didáctico y mobiliario necesario para el desarrollo de este tipo de proyectos educativos, así como de la infraestructura que utilizará para los mismos, si correspondiera.

d) Que cuentan con una demanda considerablemente mayor a sus vacantes, entendiéndose que cumplen con esta condición cuando la cantidad de postulaciones duplique el número de vacantes del curso de que se trate, en base a los datos registrados del año anterior.

Artículo 82: El sostenedor interesado deberá presentar una solicitud fundada ante la Secretaría Regional Ministerial de Educación correspondiente, acompañando los antecedentes que acreditan el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo precedente, hasta el último día hábil del mes de marzo del año anterior a aquel en que pretenda dar aplicación a los procedimientos especiales que regula el presente Título, esto es, aquel en que se verifique la postulación.

Artículo 83: La Secretaría Regional Ministerial de Educación respectiva, cuando corresponda, dará curso a la solicitud presentada en tiempo y forma, enviando sus antecedentes y el informe que recaiga sobre ella al Ministerio de Educación. De no darse curso, el interesado tendrá un plazo de cinco días para rectificar la solicitud o acompañar los antecedentes correspondientes.

Con el mérito de la solicitud, sus antecedentes y el informe de la Secretaría Regional Ministerial de Educación respectiva, el Ministerio resolverá la solicitud mediante resolución fundada, en el plazo de noventa días.

Dicha resolución será revisada en el plazo de noventa días por el Consejo Nacional de Educación, contados desde la notificación a este, de la resolución del Ministerio de Educación.

Se entenderá aceptada una solicitud cuando esta fuere aprobada por el Ministerio y ratificada dicha decisión por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del Consejo Nacional de Educación. Con todo, la solicitud de autorización deberá presentarse y estar resuelta en una época anterior al inicio del procedimiento de postulación, según lo establecido en el calendario de admisión.

Estando firme la resolución aprobatoria para adoptar un procedimiento de admisión especial, y en caso de estimarlo necesario, ella deberá ser renovada en el plazo de seis años, mediante el procedimiento señalado previamente, manteniéndose su vigencia mientras se sustancie el respectivo procedimiento. Para el caso de los establecimientos educacionales de especial o alta exigencia, deberán demostrar especialmente que han

continuado exhibiendo los estándares de excelencia en el rendimiento académico que justificaron la autorización.

Artículo 84: Los establecimientos educacionales señalados en este Título deberán promover la integración y desarrollo armónico de todos sus estudiantes y no podrán, en caso alguno, generar diferencias en la composición de los grupos cursos sobre la base del resultado del procedimiento de admisión de estos.

§ 3. De la postulación

Artículo 85: Los apoderados deberán postular según lo establecido en el Título II, párrafos 1.1 y 1.2, del presente reglamento. Sin perjuicio de lo anterior, la plataforma indicará si alguno de los establecimientos cuenta con una autorización para realizar procedimientos especiales y las fechas de estos.

§ 4. De la admisión

Artículo 86: Para efectos de calcular las vacantes disponibles se estará a la definición establecida en el artículo 3º número 6 del presente reglamento. De las vacantes, se reservará un 30% para estos efectos.

Artículo 87: En el caso de los establecimientos de especial o alta exigencia, serán autorizados para desarrollar el procedimiento de admisión señalado en los artículos precedentes de entre aquellos postulantes que pertenezcan al 20% de los alumnos de mejor desempeño escolar del establecimiento educacional de procedencia, considerando el rendimiento académico del curso previo a aquel en que se encuentra, comparado con los estudiantes de dos generaciones anteriores del mismo establecimiento, que hayan cursado el referido curso. La pertenencia al 20% de mejor desempeño se informará a los apoderados a través de la plataforma de registro. En caso de existir discrepancias en la pertenencia al 20% de mejor desempeño, será aplicable el procedimiento de apelación establecido en el artículo 28 del presente reglamento.

Artículo 88: Para el caso de los establecimientos educacionales cuyo proyecto educativo tenga por objeto desarrollar aptitudes que requieran una especialización temprana, la citada autorización permitirá realizar pruebas de admisión para estas vacantes, y se pronunciará específicamente sobre la pertinencia, en relación al tipo de especialización del establecimiento respectivo, de las pruebas que este último pretenda aplicar, las que deberán evaluar exclusivamente las aptitudes señaladas y no medirán, directa o indirectamente, características académicas, socioeconómicas, religiosas, culturales o de otra índole, que puedan implicar alguna discriminación arbitraria.

Los establecimientos que postulen a ser de especialización temprana, además, deberán acompañar en la presentación de antecedentes las pruebas o todo el detalle del procedimiento de selección que realizarán, en caso de tratarse de otro tipo de evaluación.

Artículo 89: El postulante a establecimientos de especialización temprana realizará la prueba de admisión autorizada directamente en ellos, y respecto a los establecimientos de alta exigencia postulará exclusivamente a través de la plataforma referida en el artículo 3º, número 7 del presente reglamento.

Artículo 90: Las pruebas para la admisión a establecimientos que desarrollen aptitudes que requieran de una especialización temprana, deberán realizarse una vez terminado el procedimiento de postulación del párrafo 1, del Título II. Los establecimientos deberán entregar información sobre los alumnos admitidos y la lista de espera,

en la misma oportunidad en que se entreguen los resultados de la generación de los órdenes aleatorios, según la fecha que disponga el calendario a que se refiere el artículo 4º del presente reglamento.

Artículo 91: Una vez terminados los procedimientos de admisión especial tratados en este Título, se enviará a los establecimientos la lista completa de los postulantes, acorde a lo establecido en el artículo 33 del presente reglamento. Los establecimientos autorizados a realizar procedimientos especiales de alta exigencia, recibirán dicha lista con sus postulantes clasificados de acuerdo a su pertenencia al quintil superior de rendimiento académico, según los criterios descritos en el presente párrafo.

Artículo 92: En caso que los establecimientos educacionales de alta exigencia tengan una cantidad de postulantes pertenecientes al 20% de mejor desempeño del establecimiento educacional de procedencia, según lo dispuesto en el artículo 87 del presente reglamento, superior al 30% de sus vacantes que están autorizados a seleccionar, deberán realizar el procedimiento aleatorio descrito en el párrafo 2 del Título II de este reglamento, respecto de todos sus postulantes. Los mecanismos de ordenación aleatoria que ponga a disposición el Ministerio deberán generar una lista de los estudiantes que cumplan con la condición del artículo 87 precedente, ordenados según el número aleatorio obtenido en el procedimiento descrito en el inciso anterior.

Artículo 93: Los establecimientos deberán proporcionar los resultados que constan en las listas al Ministerio de Educación, en la fecha que determine el calendario de admisión. En caso de que los establecimientos no proporcionen alguna de las listas, será el Ministerio de Educación quien desarrolle el procedimiento de generación de órdenes aleatorios.

Artículo 94: Los estudiantes que postulen mediante este procedimiento, tendrán la posibilidad de ser admitidos, tanto por el procedimiento regular como por el procedimiento especial. Cada estudiante será admitido en solo un establecimiento y se respetarán sus preferencias según lo establecido en el Título II, del presente reglamento.

Artículo 95: Las vacantes que no sean completadas mediante los procedimientos descritos en el presente Título, deberán serlo mediante el procedimiento descrito en el Título II, de este reglamento.

Artículo 96: Los resultados serán comunicados y deberán ser confirmados de la misma manera descrita en el Título II, párrafo 4 del presente reglamento. La lista de admitidos y de espera se entregará a cada establecimiento y será única, incluyendo tanto los admitidos por el procedimiento regular como por el procedimiento especial. El Ministerio de Educación proporcionará a cada establecimiento educacional información de contacto de los apoderados que hayan sido admitidos en él, solo para fines de continuar con el proceso de admisión.

§ 5. Disposiciones finales

Artículo 97: Los procedimientos especiales no podrán realizarse durante los períodos complementario y de regularización.

Artículo 98: La matrícula en estos procedimientos especiales, se registrará por lo dispuesto en el Título II, párrafo 6 de este reglamento."

36) Modifícanse los artículos transitorios en el siguiente sentido:

- a) Intercálase en el artículo primero transitorio, entre las palabras "educativos" y "reconocidos", la palabra "sucesivos".
- b) En el artículo segundo transitorio: i) Reemplázase la expresión "el procedimiento descrito en el Título III de este reglamento" por "un procedimiento aleatorio". ii) Incorpórase a continuación del primer punto seguido, que pasa a ser coma, la siguiente frase: "debiendo respetar los criterios de prioridad establecidos en el párrafo 1.3, del Título II, de este reglamento.". iii) Incorpórase a continuación de "comunidad educativa", la expresión "junto con sus resultados", eliminándose la frase ", desarrollándose y comunicando sus resultados, con anterioridad al inicio del período de postulación determinado en el calendario de admisión". iv) Incorpórase a continuación del punto final, que pasa a ser coma, la frase nueva: "y sólo podrá efectuarse durante tres años consecutivos debiendo el sostenedor, una vez terminado dicho lapso, garantizar la continuidad de estudios a todos sus alumnos.".
- c) Elimínanse los artículos tercero, cuarto y sexto transitorios, pasando el actual artículo quinto transitorio, a ser tercero transitorio, y el actual séptimo transitorio a ser cuarto transitorio.
- d) Reemplázase en el actual artículo séptimo transitorio, que pasa a ser cuarto transitorio, la frase "a los artículos sexto transitorio y siguientes del presente reglamento" por "al artículo precedente".
- e) Agréganse los siguientes artículos quinto a décimo tercero transitorio nuevos:
- "Artículo quinto: Para el primer año de postulación a través del proceso de admisión regulado en este reglamento, conforme a lo dispuesto en los decretos con fuerza de ley Nº 3 de 2015, y Nº 1 y Nº 4, de 2016, todos del Ministerio de Educación, se entenderá que el establecimiento cumple con el requisito del artículo 81, letra d) del presente reglamento, cuando la cantidad de postulaciones sea igual o superior a un 30% respecto del número de vacantes totales del curso del que se trate, en base a los datos registrados del año anterior. Asimismo, no será aplicable a los establecimientos de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, la Región de Tarapacá; la Región de Coquimbo; la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins, y la Región de Los Lagos, para efectos de demostrar selectividad académica, lo dispuesto en la letra b) del artículo 81 del presente reglamento.

Artículo sexto: Solo aquellos establecimientos que cuenten con una resolución otorgada por el Ministerio, que certifique el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo siguiente, podrán seleccionar a partir de séptimo año de la educación general básica o el equivalente que determine la ley, y solo para su menor curso, de acuerdo a la gradualidad territorial definida por los decretos con fuerza de ley Nº 3 de 2015, y Nº 1 y Nº 4, de 2016, todos del Ministerio de Educación.

Dichos establecimientos educacionales podrán admitir a sus estudiantes realizando sus pruebas de admisión de la siguiente forma:

- i) El primer año para el 85% de sus vacantes.
- ii) El segundo año para el 70% de sus vacantes.
- iii) El tercer año para el 50% de sus vacantes.
- iv) El cuarto año para el 30% de sus vacantes.
- v) El quinto año no se podrán realizar pruebas de admisión.

Para efectos de calcular las vacantes disponibles se estará a la definición establecida en el artículo 3º, número 6 del presente reglamento. De las vacantes, se reservará para estos efectos el porcentaje que corresponda según la gradualidad en vigencia.

Artículo séptimo: Para obtener la resolución a que hace referencia el artículo anterior, los establecimientos deberán presentar al Ministerio antecedentes que justifiquen el cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Que posean características históricas y rendimiento académico destacado dentro de su región, entendiéndose que las tienen aquellos establecimientos que se ubican dentro del 20% superior de rendimiento a nivel regional, o dentro del 33% superior en rendimiento a nivel regional y a la vez en el quintil superior de rendimiento a nivel nacional, de las mediciones nacionales de lenguaje y matemática para segundo medio o el curso equivalente que determine la ley. Para ordenar a los establecimientos por su rendimiento en dichas evaluaciones se considerará el promedio de los resultados obtenidos por los estudiantes de los 2 últimos ciclos, equivalentes a 12 años, corregido por nivel socioeconómico, conforme a las variables utilizadas por la Agencia de Calidad de la Educación para esa corrección.

Se entenderá por ciclos, referidos en los incisos precedentes, el lapso contado desde el primer hasta el último curso autorizado para establecer estos procedimientos especiales de admisión a que se refiere el artículo vigésimo sexto transitorio de la ley Nº 20.845.

b) Que sean gratuitos al momento de presentación de los antecedentes.

c) Que cuenten con una demanda considerablemente mayor a sus vacantes, entendiéndose que cumplen con esta condición cuando la cantidad de postulaciones sea igual o superior a un 30% respecto del número de vacantes totales del curso del que se trate, en base a los datos registrados del año anterior.

d) Que hayan establecido procedimientos de selección académica a la fecha de publicación de la ley Nº 20.845. Los establecimientos deberán presentar los antecedentes a más tardar el último día hábil del mes de marzo del año en que comienza a regir el sistema de admisión en su región. Estos serán evaluados y se resolverán mediante resolución fundada de la Subsecretaría de Educación, en el plazo de 60 días.

Artículo octavo: Los sostenedores de los establecimientos que cuenten con la citada resolución, deberán proporcionar al Ministerio en el plazo fijado en el calendario de admisión correspondiente, además de la información requerida por ley en la medida que le sea aplicable, lo siguiente: a) Antecedentes y documentación que deberán presentar los postulantes. b) Tipos de pruebas a las que serán sometidos y su respectivo temario. c) Plazo de postulación, fecha y lugar de publicación de sus resultados.

Artículo noveno: Dichos establecimientos podrán realizar sus pruebas de admisión una vez terminado el procedimiento de postulación regular. Los establecimientos deberán entregar información sobre los alumnos admitidos y la lista de espera, según lo estipulado en el calendario de admisión. En caso de no reportarse los estudiantes admitidos en la fecha estipulada, se entenderá que todas las vacantes se completarán mediante el procedimiento descrito en el Título II del presente reglamento.

Artículo décimo: Los apoderados deberán postular según lo establecido en los párrafos 1.1 y 1.2, del Título II, de este reglamento. Sin perjuicio de lo anterior, la plataforma indicará si los establecimientos cuentan con una autorización para realizar estos procedimientos, así como los procedimientos especiales regulados en los Títulos V y VI del presente reglamento, y las fechas de estos. Artículo décimo primero: Los establecimientos autorizados de manera transitoria a realizar pruebas de admisión, no podrán hacer efectivo al mismo tiempo el procedimiento especial de admisión descrito en el Título VI precedente, pudiendo renunciar a la gradualidad autorizada en cualquier momento, acogiéndose de esta manera, a los Títulos II y VI, de este reglamento.

Artículo décimo segundo: Las vacantes que no sean completadas mediante los procedimientos recién descritos, deberán serlo mediante el procedimiento descrito en el Título II, de este reglamento.

Artículo décimo tercero: Las solicitudes para autorizar procedimientos especiales, para el proceso de admisión del año 2019, cuya postulación se verificará el año 2018, podrán presentarse dentro de los 60 días siguientes a la publicación del presente decreto.

Anótese, tómese razón y publíquese.- MARIO FERNÁNDEZ BAEZA, Vicepresidente de la República.- Adriana Delpiano Puelma, Ministra de Educación.

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

[Volver al índice](#)

RESOLUCIONES

CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES
Resolución exenta número 2.588, de 2017.- Modifica regulación del Comité Asesor en Patrimonio Cultural Inmaterial y deroga resolución N° 828 exenta, de 2015
Diario Oficial: 29 de diciembre de 2017

Núm. 2.588 exenta.- Valparaíso, 20 de diciembre de 2017.

Vistos:

Lo dispuesto en los artículos 5° y 19 N° 10 de la Constitución Política de la República; en el decreto N° 11, de 2009, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que Promulga la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial; en la ley N° 19.891, que crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes; en la ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y en la resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República.

Considerando:

Que conforme a lo dispuesto en el numeral 10° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, corresponde al Estado la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. En relación con lo anterior, el inciso final del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados constitucionalmente y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Que por su parte, según lo establecido en los numerales 1), 2), 9) y 10) del artículo 3° de la ley N° 19.891, el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, en adelante "el Consejo" o "el Servicio" indistintamente, tiene por funciones estudiar, adoptar, poner en ejecución, evaluar y renovar políticas culturales, así como planes y programas del mismo carácter con el fin de dar cumplimiento a su objeto de apoyar el desarrollo de la cultura y

las artes, y de conservar, incrementar y difundir el patrimonio cultural de la Nación; ejecutar y promover la ejecución de estudios e investigaciones acerca de la actividad cultural y artística del país, así como sobre el patrimonio cultural de éste; establecer vínculos de coordinación y colaboración con todas las reparticiones públicas que, sin formar parte del Consejo ni relacionarse directamente con éste, cumplan también funciones en el ámbito de la cultura; y desarrollar la cooperación, asesoría técnica e interlocución con corporaciones, fundaciones y demás organizaciones privadas cuyos objetivos se relacionen con las funciones del Consejo, y celebrar con ellas convenios para ejecutar proyectos o acciones de interés común.

Que de acuerdo a lo previsto en la orgánica vigente del Consejo, el Departamento de Patrimonio Cultural tiene por misión promover un desarrollo cultural armónico, pluralista y equitativo entre los habitantes del país, a través de la preservación y difusión del patrimonio cultural, implementando políticas e iniciativas públicas vinculadas al registro e inventario, investigación, preservación y salvaguardia, valorización y desarrollo sostenible, así como la instalación de mecanismos de transmisión y promoción del patrimonio cultural, que estimulen una participación activa de la ciudadanía en el logro de tales fines.

Que nuestro país ratificó la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), en adelante también "la Convención", instrumento internacional promulgado mediante decreto N° 11, de 2009, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Que en su artículo 13, la Convención establece que cada Estado Parte hará todo lo posible por adoptar una política general que permita realzar la función social del patrimonio cultural inmaterial e integrar su salvaguardia en los programas de planificación; designar o crear uno o varios organismos competentes para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio; fomentar estudios científicos, técnicos y artísticos, así como metodologías de investigación, para la salvaguardia eficaz del patrimonio cultural inmaterial, y en particular del patrimonio cultural inmaterial que se encuentre en peligro; y adoptar las medidas de orden jurídico, técnico, administrativo y financiero adecuadas para: (i) favorecer la creación o el fortalecimiento de instituciones de formación en gestión del patrimonio cultural inmaterial, así como la transmisión de este patrimonio en los foros y espacios destinados a su manifestación y expresión; (ii) garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio; y (iii) crear instituciones de documentación sobre el patrimonio cultural inmaterial y facilitar el acceso a ellas.

Que, asimismo. en su artículo 11 letra b). la Convención prescribe que incumbe a cada Estado Parte identificar y definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes, agregando -en su artículo 15- que en el marco de sus actividades de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, cada Estado tratará de lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y, si procede, los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo.

Que, en el marco de su objeto y funciones, y en cumplimiento del mandato otorgado por la Convención, el Consejo creó el Comité Asesor en Patrimonio Cultural Inmaterial, cuya regulación vigente fue establecida mediante resolución exenta N° 828, de 21 de abril de 2015, de este Servicio, publicada en el Diario Oficial de 4 de mayo de 2015.

Que, sobre la base de las disposiciones y principios de la Convención, así como de las Directrices Operativas para su aplicación, y en ejercicio de sus atribuciones, la jefatura superior del Servicio ha estimado necesario actualizar la regulación del Comité Asesor en Patrimonio Cultural Inmaterial de este Consejo, para lo cual viene en dictarse este acto administrativo. Por tanto,

Resuelvo:

Primero: Apruébase la nueva estructura, conformación, funciones y funcionamiento del Comité Asesor en Patrimonio Cultural Inmaterial, cuyo contenido es del siguiente tenor:

Artículo 1°: El Comité Asesor en Patrimonio Cultural Inmaterial -en adelante también "el Comité"-, tiene por objetivo contribuir y orientar las decisiones del Consejo relativas a la identificación de elementos de patrimonio cultural inmaterial, su reconocimiento, investigación y registro, y su correcta gestión en ámbitos de política pública. El Departamento de Patrimonio Cultural del Consejo adoptará las medidas necesarias para que el Comité no desempeñe funciones ni ejerza atribuciones que la normativa legal y reglamentaria vigente reserva a los siguientes órganos colegiados del Consejo: Directorio Nacional, Consejos Regionales de la Cultura y las Artes, Comité Consultivo Nacional, Comités Consultivos Regionales y Consejos Sectoriales (Consejo del Arte y la Industria Audiovisual, Consejo de Fomento de la Música Nacional y Consejo Nacional del Libro y la Lectura). El Comité orientará sus propuestas y guiará sus acciones conforme a las disposiciones y los principios de la Convención, así como las Directrices Operativas para su aplicación.

Artículo 2°: El Comité estará conformado por siete personas, designadas por el/la Ministro/a Presidente/a del Consejo. Sus integrantes serán seleccionados en consideración a sus competencias técnicas, conocimientos y/o trayectorias vinculadas estrechamente con materias relativas al patrimonio cultural inmaterial en Chile y/o sobre la Convención. Para su conformación, el Departamento de Patrimonio Cultural deberá elaborar una nómina con candidatos/as, quienes serán seleccionados/as por el/a Ministro/a Presidente/a, considerando criterios de equidad de género, pertenencia a pueblos originarios y tribales y representación territorial.

Artículo 3°: El Comité estará integrado por:

- a) Una personalidad del ámbito del patrimonio cultural inmaterial y su salvaguardia, en calidad de representante del/la Ministro/a Presidente/a del Consejo, quien presidirá el Comité.
- b) Un/a cultor/a, ya sea individuo o representante de un colectivo, con reconocimiento de Tesoros Humanos Vivos, cultores/as destacados/as, o bien, perteneciente a un elemento inscrito en el Inventario de Patrimonio Cultural Inmaterial, en adelante "el Inventario"
- c) Dos académicos/as con trayectoria demostrable y preparación profesional vinculada a la investigación, enseñanza, difusión y/o gestión de patrimonio cultural inmaterial, pertenecientes a universidades distintas y que de preferencia integren el Consejo de Rectores de Universidades Chilenas.
- d) Tres miembros, que sean seleccionados por sus conocimientos y/o experiencia en la gestión en materias de patrimonio cultural inmaterial.

Artículo 4°: Los integrantes del Comité durarán un máximo dos años en sus funciones, contados desde su nombramiento, cesando sus funciones una vez finalizado el periodo con posibilidad de ser reelegidos para un segundo periodo. En caso de renuncia o impedimento de un/a integrante para seguir formando parte del Comité por cualquier causa, la Jefatura del Departamento de Patrimonio Cultural deberá certificar esa circunstancia y realizar las gestiones necesarias para la designación de un nuevo integrante para el Comité, en conformidad al artículo precedente.

Artículo 5°: En el desarrollo de sus funciones, los/as integrantes del Comité observarán, en lo que corresponda, las normas sobre probidad y deberes de abstención, conforme a lo dispuesto en los artículos 52 de la ley N° 18.575 y 12 de la ley N° 19.880, circunstancias por las cuales velará la Jefatura del Departamento de Patrimonio Cultural.

Artículo 6°: El Comité sesionará las veces que sea necesario, con un mínimo de dos sesiones por año, previa citación del Departamento de Patrimonio Cultural del Consejo. Las citaciones las realizará el Departamento de Patrimonio Cultural por cualquier medio fehaciente con, a lo menos, una semana de anticipación a la sesión correspondiente. En la citación se incluirán una tabla con los asuntos a tratar en la sesión y los documentos de apoyo que se requieran para la mejor comprensión de los mismos. No obstante, la ausencia de dicha información y/o material, no será impedimento para el desarrollo de la sesión.

Artículo 7°: Todos los integrantes del Comité tendrán derecho a voz y voto. El Comité tendrá el carácter de ad honorem, sesionará con la presencia de la mayoría de sus integrantes en ejercicio y el quórum de acuerdo será la mayoría de sus integrantes presentes. En caso de empate, dirimirá la presidencia. Se entenderá que participan en la sesión quienes a pesar de no encontrarse físicamente presentes, estén comunicados simultáneamente y durante todo el transcurso de la sesión a través de medios tecnológicos, de lo cual deberá quedar constancia en acta. De cada sesión del Comité, se deberá levantar un acta pública, la que para su validez deberá ser firmada por todos los asistentes a la respectiva sesión, salvo aquellos que participaron a través de medios tecnológicos, dejándose constancia en acta de esa circunstancia, Los/as integrantes del Comité podrán dejar constancia en acta de sus observaciones y/o de los hechos que sean de su interés, así como de su oposición a determinados acuerdos.

Artículo 8°: Aquellos acuerdos y propuestas del Comité que requieran de acto administrativo para ser llevadas a efecto, serán formalizados mediante resolución dictada por la autoridad competente del Consejo.

Artículo 9°: Serán funciones del Comité las siguientes:

- a) Revisar los formularios de solicitudes ciudadanas que se hayan presentado y proponer el ingreso de elementos al Registro de patrimonio cultural inmaterial, en adelante "el Registro". Por solicitudes ciudadanas se entenderá los formularios presentados con el objetivo de identificar y relevar manifestaciones culturales presentes en el territorio nacional, para su evaluación y posterior ingreso al Procedimiento para la salvaguardia.
- b) Proponer la supresión de un elemento inscrito en el Registro cuando ya no cumpla con uno o varios de los criterios considerados para su inclusión en él.
- c) Proponer aquellos elementos del Registro respecto de los cuales se elaborarán investigaciones participativas, que permitan la identificación, contextualización, descripción, caracterización exhaustiva y análisis diagnóstico de un elemento de patrimonio inmaterial.
- d) Revisar el contenido de las investigaciones participativas del elemento de patrimonio cultural inmaterial, realizando recomendaciones y aportes cuando corresponda.
- e) Evaluar los expedientes de elementos de patrimonio cultural inmaterial, proponer las incorporaciones al Inventario, y su prioridad para la focalización de recursos, y/o proponer la supresión de un elemento inscrito en el Inventario cuando ya no cumpla con uno o varios de los criterios considerados para su inscripción en él.
- f) Proponer aquellos elementos de patrimonio cultural inmaterial que requieran la elaboración de un Plan de Salvaguardia.
- g) Monitorear y acompañar el proceso de implementación de los Planes de Salvaguardia que se hayan elaborado.
- h) Proponer al Consejo los elementos de patrimonio cultural inmaterial, de aquellos presentes en el Inventario, susceptibles de presentarse al Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de Unesco para su inscripción en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad o en la Lista del Patrimonio Cultural Inmaterial que requiere medidas rrgentes [sic] de Salvaguardia.

i) Proponer iniciativas, proyectos o programas de patrimonio cultural inmaterial, susceptibles de presentarse al Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de Unesco para su inscripción en el Registro de Buenas Prácticas de Salvaguardia.

Artículo 10: Las funciones de Secretaria Ejecutiva del Comité Asesor serán ejercidas por la Jefatura del Departamento de Patrimonio Cultural, quien deberá desarrollar las labores administrativas necesarias para el funcionamiento del Comité, dentro de las cuales se contarán especialmente las siguientes: a) Elaborar la nómina de candidatos/as para integrar el Comité; b) Certificar la renuncia o impedimento de un/a integrante para seguir formando parte del Comité por cualquier causa; c) Realizar las gestiones necesarias para la designación de un nuevo integrante en caso de verificarse lo previsto en el literal b) precedente; d) Citar a los miembros del Comité y preparar la tabla para cada sesión; e) Designar y citar a los especialistas requeridos para abordar materias específicas; f) Remitir con antelación y presentar los antecedentes de las materias que serán abordadas en cada sesión, de modo de facilitar y coordinar el trabajo de los integrantes del Comité; g) Levantar acta de cada sesión, en la que consten los acuerdos tomados y sus fundamentos, y firmarla.

Artículo 11: El Comité, en atención a las materias a abordar, podrá hacerse orientar por especialistas invitados, quienes deberán ser citados con la debida antelación. Estos especialistas serán designados por la Jefatura del Departamento de Patrimonio Cultural, a propuesta del Comité, quienes podrán participar de las sesiones del Comité sin derecho a voto.

Segundo: Todas las referencias al Consejo Nacional de la Cultura y las Artes o al Departamento de Patrimonio Cultural contenidas en esta resolución, se entenderán hechas respecto de éstos o de su continuador legal. Tercero: Adóptense por el Departamento de Patrimonio Cultural todas las medidas pertinentes para el correcto y oportuno cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1° a 11 del resuelto primero de este acto administrativo. Cuarto: En cumplimiento de lo prescrito en los artículos 48 y 49 de la ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, una vez tramitada, publíquese la presente resolución, por la Sección Secretaría Documental del Consejo, en el Diario Oficial. Sin perjuicio de su publicación, por razones impostergables de continuidad y buen servicio, esta resolución entrará en vigencia desde la fecha de su dictación. Quinto: Derógase, a contar de la fecha de total tramitación de este acto administrativo, la resolución exenta N° 828, de 2015, del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. Sexto: Una vez tramitada, publíquese la presente resolución en el sitio electrónico de Gobierno Transparente del Consejo Nacional, por el Departamento Jurídico en la categoría "Potestades, competencias, responsabilidades, funciones, atribuciones y/o tareas" y "Actos y documentos publicados en el Diario Oficial" de la sección "Marco normativo", a objeto de dar cumplimiento con lo previsto en el artículo 7° del artículo primero de la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, y en el artículo 51 de su Reglamento.

Anótese y publíquese.- Ernesto Ottone Ramírez, Ministro Presidente, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.

[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 803, de 2017	Otorga concesión de radiodifusión comunitaria ciudadana para la comuna de Quellón	Iglesia del Señor Apostólica (RUT N° 70.458.700-7)	9 de diciembre de 2017

[Volver al índice](#)

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

Relaciones Iglesia Estado

Declara feriado el día 16 de enero de 2018 en la Región Metropolitana, con motivo de la visita del Papa Francisco

N° de Boletín: 11544-06

Fecha de Ingreso: martes 19 de diciembre de 2017

Cámara de origen: Cámara de Diputados

Iniciativa: Mensaje

Autor: Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Ministerio Secretaría General de la Presidencia

Descripción: Artículo único. Proyecto que se fundamenta en el derecho a la “La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público” establecido la Constitución, así como en el derecho a la libertad religiosa según lo establecido en los pactos internacionales suscritos por Chile (Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas). En virtud de lo anterior, el proyecto busca “asegurar que los habitantes de la región Metropolitana puedan asistir sin dificultades a los eventos públicos que se susciten con ocasión de la visita del Papa Francisco, quien es Jefe Supremo de la Iglesia Católica y máxima autoridad del Estado de la Ciudad del Vaticano.” Con este fin, el proyecto propone declarar feriado el día martes 16 de enero de 2017 en la región Metropolitana.

[Volver al índice](#)

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 ¹ .	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	

¹ 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 ² .	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.				

² 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	Año III n°6 Abril 2008
Urgencia: Simple				
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	Año IX n°6 Abril 2014
Urgencia: Sin urgencia				
Reforma el Código de Aguas.	7543-12	Diputados	Segundo Trámite Constitucional / Senado	Año XII n°2 Noviembre 2016
Urgencia: Sin urgencia				

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	Año IX n° 9 Julio 2014
Urgencia: Sin Urgencia				

Modifica la pena para la 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. Sentencia de la Corte de Valdivia apelada y confirmada por la Corte Suprema, que rechaza recurso de protección en contra de comunidad indígena por supuesta ocupación ilegal de predios en Calcurrupe (extracto)³

Valdivia, veintinueve de agosto de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Con fecha diez de abril de dos mil diecisiete comparece con René Fuchslocher Raddatz, abogado, en representación convencional de doña Alicia Teresa Mohr Ziegler, corredora de seguros, ambos domiciliados en General Lagos N° 1638, Valdivia, deduciendo recurso de protección en contra de Comunidad Indígena Francisco Tripayán Aiñanco, representada por don Antolín Cosito Cárdenas Arriagada (sic), ambos domiciliados en sector Llifén, Calcurrupe, Lago Ranco, en atención a que el actuar ilegal y arbitrario de los recurridos vulnera sus garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 N° 1 y 24 de la Carta Fundamental.

Expone que la recurrente es poseedora regular e inscrita del Lote veinte guión veintiuno guión B, del plano de subdivisión de un predio de mayor extensión ubicado en Calcurrupe, comuna de Lago Ranco, de una superficie aproximada de cinco mil trescientos treinta y siete metros cuadrados, con los deslindes especiales que detalla en su presentación e inscrito a fojas 497, bajo el N° 564 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes de Río Bueno del año 2017. Agrega que con fecha 4 de abril de 2017, compró el referido inmueble a don Osvaldo Küllmer Kiekebusch, quien es propietario del resto del predio de mayor cabida, el cual siempre se ha encontrado cercado, perfectamente delimitado y sin ocupantes, pues se trata de una parcelación consolidada hace varios años en la que se han construido decenas de viviendas, sin conflictos con vecinos y/o “tomas” de inmuebles. Refiere que el 5 de abril de 2017, a las 22:30 horas, la recurrente recibió un llamado del vendedor para alertarle que varios individuos pertenecientes a la Comunidad Indígena Francisco Tripayán Aiñanco se habían apoderado clandestina y violentamente de varios terrenos en el sector, incluido el inmueble de marras, retirando los cercos perimetrales e instalando otros en lugares diversos, así como simbología mapuche y un letrero de madera que indica: “Recuperación de Territorio—Lonco Fco. Tripayan Aiñanco—Titulo Comisario Año 1834”, lo que fue constatado al apersonarse en el lugar.

Sostiene que el actuar de los recurridos es ilegal, atendido que no existe autorización, contrato ni sentencia judicial que los faculte para ingresar al inmueble de la recurrente, retirar cercos e instalar otros, impidiendo el uso y goce del mismo. Arguye que las reclamaciones de tierras indígenas cuentan con una vía institucional de resolución de conflictos, con intervención de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, por lo que los recurridos no pueden abstraerse del uso de las herramientas que prevé el ordenamiento jurídico y utilizar vías de hecho para reivindicar los derechos que estiman les asisten. Expone que los citados actos son arbitrarios, pues se ejercitaron de forma clandestina y violenta, motivados por el solo objeto de apoderarse del inmueble de la recurrente.

³ Sentencia completa Corte de Valdivia en: <http://derechoyreligion.uc.cl/es/docman/documentacion/chile/jurisprudencia/1230-sentencia-de-la-corte-de-valdivia-apelada-y-ratificada-por-la-corte-suprema-que-rechaza-recurso-de-proteccion-en-contra-de-comunidad-indigena-por-supuesta-ocupacion-ilegal-de-predios-en-calcurrupe-extracto/file>

Sentencia de la Corte Suprema en: <http://derechoyreligion.uc.cl/es/docman/documentacion/chile/jurisprudencia/1231-sentencia-de-la-corte-suprema-que-ratifica-sentencia-de-corte-de-valdivia-rechazando-recurso-de-proteccion-en-contra-de-comunidad-indigena-por-supuesta-ocupacion-ilegal-de-predios-en-calcurrupe/file>

Señala que los actos ilegales y arbitrarios causan grave privación al legítimo ejercicio de la garantía constitucional consagrada en el numeral primero del artículo 19 de la Carta Fundamental, tanto por la cuantiosa suma invertida en la adquisición del inmueble -\$32.000.000- como por la imposibilidad de usar y gozar del mismo. Añade que la recurrente ha experimentado el justo temor de verse afectada en su integridad física producto de lo que denomina “conflicto mapuche”. Agrega que las vías de hecho desplegadas por los recurridos vulneran el derecho de propiedad de doña Alicia Mohr, al privarla del uso, goce y disposición práctica del predio que adquirió para vivir junto a su familia. Cita jurisprudencia en apoyo a sus asertos.

Pide se acoja el recurso y se ordene el retiro de los recurridos del predio ya individualizado, así como de todo otro ocupante; se restablezcan los antiguos cercos y se retiren los nuevos, junto a los letreros y banderas instalados; se ordene a los recurridos abstenerse de ingresar nuevamente al antedicho predio y que encausen el proceso de recuperación de tierras mediante los procedimientos que al efecto ha establecido el legislador, con costas.

[...]

Informando los recursos, don Belarmino Cárdenas Arriagada, Lonko de Calcurrupe, en su calidad de Autoridad Ancestral perteneciente al Pueblo Mapuche, y don Antolín Cobit Cárdenas Arriagada, en representación de la Comunidad Indígena Francisco Tripayán Añaco, Personalidad Jurídica N° 737, exponen, en lo que fue acompañado a los autos, que forman parte de una Comunidad Indígena perteneciente al Pueblo Mapuche, descendientes directos del Lonko Francisco Tripayán Añaco, conformada por 30 familias con integrantes de diversas edades, que desde tiempos inmemoriales [sic] han habitado el territorio de Calcurrupe hasta Lago Ranco, desarrollando sus raíces, **lugares sagrados**⁴, historia de vida y sustento alimentario en dicho lugar, existiendo antecedentes en el Estado Chileno sobre su permanencia desde el año 1800. Agregan que los hechos descritos en el recurso son falsos ya que en ningún momento los integrantes de la Comunidad han afectado las actividades de los recurrentes, por lo que no vislumbran cómo se habrían afectado los derechos que estiman conculcados. Indican que en el caso de la recurrente Mohr Ziegler, han constatado el ingreso de al menos seis maestros al inmueble, quienes han instalado cercos dentro del perímetro anteriormente cercado por la recurrente, sin que se hayan afectado dichas faenas o el desplazamiento de la recurrente.

Sostienen que la Comunidad ha desarrollado sus **actividades tradicionales, espirituales y de subsistencia alimentaria** dentro del territorio reconocido al Lonko Francisco Tripayán Añaco, por lo que ejercerán las acciones judiciales que correspondan, de manera pacífica y sin perturbar o amenazar derechos de terceros. Refieren que la instalación de un letrero de madera obedece a un proceso interno de la Comunidad destinado a lograr, en sede administrativa y/o judicial, el reconocimiento del título que el Estado de Chile suscribió al Lonko Francisco Tripayán Añaco, habida cuenta que en la instalación no medió violencia o amenaza y que, en todo caso, fue retirado por la recurrente Mohr Ziegler al decretarse la orden de no innovar. Argumentan que en la especie no se verifican los requisitos para la procedencia del recurso de protección, porque carece de fundamentos de hecho y de derecho.

En relación al recurrente Paul Fernández, indican que en el informe evacuado en esta causa por Carabineros de Chile no se constató ninguna perturbación o vulneración a los derechos del recurrente, quien incluso dispone del libre tránsito por el mismo camino que utilizan las familias de la comunidad. Sostienen que no se han modificado los cercos o límites por los miembros de la Comunidad, pues **no existen cercos en los lugares sagrados** en que la Comunidad realiza sus rogativas y donde desarrolla sus actividades de sustento alimentario.

⁴ El destacado es nuestro.

[...]

Sostienen que se encuentran recuperando el espacio sagrado y territorial del Lonko, esto es, donde vivió (ruca), lugar de rogativas (rewe guillatun) y cementerio. Argumentan que este es *“el lugar donde el primer usurpador llamado Felizardo Figueroa y posteriormente Juvenal Carrasco, y desde ahí en adelante se ha estado loteando por particulares que desconocemos, y negándonos nuestro derecho al acceso a la playa del Lago Ranco”*. Exponen que la autoridad ancestral y la comunidad jurídica N° 737, representan a más de treinta y seis familias que son descendientes directos del Ñizol Lonko Francisco Tripayan Aiñanco, las cuales se encuentran viviendo en un espacio muy reducido. Citan los artículos 14 y 15 del el Convenio 169. Finalizan anunciando que acompañan documentos junto con su presentación, los cuales no fueron aparejados.

[...]

CONSIDERANDO

[...]

SÉPTIMO: Que, habiendo sido controvertidos los dichos de los recurrentes ha sido carga de éstos acreditar la efectividad de los hechos que constituyen el acto arbitrario e ilegal que se describe en los recursos, lo que no ocurrió, pues los antecedentes dominicales y fotografías no datadas resultan insuficientes para determinar si se alteró o no el statu quo vigente, máxime si se considera que Carabineros de Chile informó que actualmente el “lote veinte guion veintiuno guion B” no se encuentra “ocupado” y que “las banderas y letreros” están ubicados en el límite de los lotes 34 y 31, que no son de propiedad de los recurrentes.

Asimismo, debe considerarse que lo informado por los Carabineros del Retén de Riñinahue, refuta las alegaciones en orden a que los recurridos alteraron los cercos divisorios, pues se expresa que la instalación y retiro de los mismos se habría efectuado por los dueños de dichos inmuebles.

[...]

OCTAVO: Que, así las cosas, con el mérito de los informes de los recurridos y el oficio remitido por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Región de Los Ríos, es posible tener por acreditado que la Comunidad Indígena Francisco Tripayán Aiñanco actualmente se encuentra en un **proceso de “reivindicación del territorio, sitio sagrado, terrenos desocupados y administración de la playa Calcurrupe”**. Sin embargo, no es posible vincular dicho actuar con las manifestaciones de autotutela que se reprochan en los escritos de recurso, pues se encuentra acreditada la ausencia de ocupación actual de los inmuebles de los recurrentes. Por lo demás, lo único probado en autos es que miembros de la Comunidad recurrida instalaron un letrero en el inmueble de la recurrente Mohr Ziegler, lo que no amerita la adopción de medidas urgentes en esta sede, por falta de trascendencia y oportunidad.

NOVENO: Que, en las circunstancias antes indicadas, falta uno de los requisitos básicos para la procedencia de esta acción cautelar, atendido que no se allegaron antecedentes que permitan concluir que los actos por los cuales se reclama se materializaron. Por consiguiente, no pudiendo constatarse si efectivamente se ha producido una privación, perturbación o amenaza a los derechos constitucionales cuyo amparo pretenden los recurrentes, el presente recurso no podrá prosperar y deberá ser desestimado.

DÉCIMO: Que, todo lo anterior es sin perjuicio de que la tutela que se demanda, en cuanto fuere procedente, pueda ser otorgada mediante el ejercicio de las acciones que procedieren. Por lo expuesto, normas citadas, y

visto, además, lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se **RECHAZA**, sin costas, la acción de protección interpuesta por doña Alicia Teresa Mohr Ziegler y don Andrés José Paul Fernández en contra de Comunidad Indígena Francisco Tripayán Añanco.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad. Redacción de la Ministra Srta. Ruby Alvear Miranda. N°Proteccion-393-2017.

Ruby Antonia Alvear Miranda
Ministro

Gloria Edith del Carmen Hidalgo Alvarez
Fiscal

Claudio Eugenio Aravena Bustos
Abogado"

Poder Judicial de Chile

http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=55&CRR_IdTramite=19618821&CRR_IdDocumento=17609045
(29 de agosto de 2017)

[Volver al índice](#)

B. Dictamen ORD. N°5845/132 de la Dirección del Trabajo que precisa condiciones de permiso laboral por matrimonio y acuerdo de unión civil (Ley N°21.042)

“04-dic-2017

DEPARTAMENTO JURÍDICO

UNIDAD DE DICTAMENES E

INFORMES EN DERECHO

K (2354) 2017

ORD.:5845/132

MAT.: [sic]

RDIC. Ley N° 21.042. Permiso laboral por matrimonio y acuerdo de unión civil.

ANT.: Correo electrónico de 08.11.2017 del Jefe del Departamento Jurídico.

FUENTES: Código del Trabajo, art.207 bis.

CONCORDANCIAS: Ord. 2888 de 31.05.2016; Ord. 3342/048 de 01.09.2014

SANTIAGO, 04.12.2017

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO.

A : JEFE DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN.

Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 21.042, que aplica al trabajador que celebra un acuerdo de unión civil el permiso laboral que se otorga a quien contrae matrimonio, sustituyendo el artículo 207 bis del Código del Trabajo, esta Dirección ha estimado necesario pronunciarse sobre la modificación incorporada por la citada ley.

Como consideración previa, cabe tener presente que el antiguo artículo 207 bis del estatuto laboral, en su inciso 1°, concedía a todo trabajador un permiso pagado de cinco días hábiles continuos para el caso de *contraer matrimonio*, no haciendo mención a la situación del acuerdo de unión civil consagrado en la Ley 20.830.

Tal omisión motivó que este Servicio dictara el Ord. N° 2888 de 31.05.2016, que concluyó que el permiso por matrimonio es también aplicable al trabajador o trabajadora que otorga el referido acuerdo.

A su turno, con fecha 21.06.2016, por moción parlamentaria, se dio inicio a la tramitación del proyecto de ley para modificar el Código del Trabajo en este punto, proceso que concluyó con la publicación de la aludida Ley 21.042 en el Diario Oficial el pasado 08.11.2017 (Boletín N°10763-13, disponible en www.bcn.cl).

Atendido lo anterior, informo a Ud. lo siguiente:

El artículo único de la Ley 21.042 ha sustituido el artículo 207 bis del Código del Trabajo por el texto que sigue:
“Art. 207 bis.- En el caso de contraer matrimonio o celebrar un acuerdo de unión civil, de conformidad con lo previsto en la ley N° 20.830, todo trabajador tendrá derecho a cinco días hábiles continuos de permiso pagado, adicional al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio. Este permiso se podrá utilizar, a elección del trabajador, en el día del matrimonio o del acuerdo de unión civil y en los días inmediatamente anteriores o posteriores al de su celebración. El trabajador deberá dar aviso a su empleador con treinta días de anticipación y presentar dentro de los treinta días siguientes a la celebración el respectivo certificado de matrimonio o de acuerdo de unión civil del Servicio de Registro Civil e Identificación.”

Del precepto transcrito se obtienen las siguientes consideraciones:

1. Contenido del derecho.

Es un derecho de fuente legal que se enmarca dentro de las prerrogativas laborales consagradas en el Título II “De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar”, del Libro II “De la protección a los trabajadores”, del Código del Trabajo, en cuya virtud el trabajador o trabajadora que contrae matrimonio o que otorgue acuerdo de unión civil, podrá gozar de un descanso de cinco días hábiles continuos, adicionales al feriado anual, con derecho a remuneración íntegra, con independencia del tiempo de servicio.

Conforme a lo anterior, se trata de un beneficio legal para todo trabajador o trabajadora que celebre alguno de estos actos: el matrimonio contemplado en el artículo 102 del Código Civil o el acuerdo de unión civil regulado en la Ley 20.830.

A su vez, consiste en un permiso o descanso *pagado*, es decir, para efectos remuneracionales, resulta improcedente la deducción de los días por los cuales se extiende, debiendo el empleador pagar la totalidad de los emolumentos del periodo.

Del mismo modo, no obstante tener la denominación de permiso, el empleador no puede negarlo si el o la dependiente beneficiario ha cumplido con los requisitos y formalidades que exige el precepto anotado, así tampoco puede condicionarlo o limitarlo en su extensión.

En relación con esta última observación, necesario es reafirmar el criterio sostenido en el citado Ord.3342/048, a saber, que el permiso de la especie tiene carácter irrenunciable, razón por la cual las partes no están habilitadas para pactar estipulaciones que lo eliminen o disminuyan, mientras subsista el contrato de trabajo.

2. Oportunidad para hacer uso del beneficio.

Conforme al mandato legal, se puede hacer uso del descanso el día del matrimonio o acuerdo de unión civil y en los días inmediatamente anteriores o posteriores a dicha fecha, a elección del trabajador.

Es decir, el trabajador puede disponer de los cinco días hábiles en tanto den lugar a un lapso continuo, dentro del cual ha de estar el día en que se otorga el matrimonio o el acuerdo de unión civil, no siendo procedente gozar del referido permiso en un momento distinto al fijado por el legislador, ni su fraccionamiento, aun cuando así lo pacten las partes.

3. Forma de contabilizar los días de permiso.

Siguiendo el criterio sostenido por esta Dirección en el aludido Ord. Nº 3342/048, cabe destacar que, atendido que el plazo de cinco días de permiso es de días hábiles, para su cómputo corresponde excluir los días domingo y festivos eventualmente contenidos dentro del período elegido por el trabajador, y además, por tratarse de un descanso que tiene como particularidad ser “*adicional al feriado anual*”, resulta aplicable el artículo 69 del Código del Trabajo que prescribe que “*Para los efectos del feriado, el día sábado se considerará siempre inhábil*”. De esta manera, al momento de contabilizar los días de permiso a que tiene derecho el trabajador debe tenerse presente que los días sábados, domingos y festivos son días inhábiles para estos efectos.

4. Requisitos formales para acceder al permiso.

Como elemento previo, merece indicar que el trabajador tiene derecho a este beneficio cualquiera sea el tiempo que lleve prestando servicios en la respectiva empresa. Es decir, la data de la relación laboral deviene irrelevante para acceder al derecho en comento, a diferencia de lo que ocurre con el feriado anual consagrado en el artículo 67 del Código del Trabajo.

Ahora bien, el citado artículo 207 bis establece que, para hacer uso del permiso, el trabajador deberá cumplir con el siguiente procedimiento:

- a) comunicar al empleador, con treinta días de antelación al evento, que utilizará el permiso establecido en el citado precepto.
- b) presentar al empleador el correspondiente certificado de matrimonio o de acuerdo de unión civil, expedido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, dentro de los treinta días siguientes al respectivo evento.

5. Casos especiales.

Una situación especial puede darse respecto de los trabajadores que otorgarán el acuerdo de unión civil en los días siguientes a la entrada en vigor de la Ley 21.042 y que, por proximidad a la publicación de ésta, les ha impedido cumplir con el aviso a su empleador con treinta días de antelación.

En tales circunstancias, es parecer de esta Dirección que el beneficio también se puede impetrar, desde que la exigencia formal se ha tornado imposible de cumplir, siendo razonable aceptar que basta en el caso de marras que el dependiente efectúe la comunicación con la anticipación que le permitan los días faltantes para la celebración del acuerdo.

Otro caso especial es el del matrimonio o acuerdo de unión civil celebrado entre trabajadores de una misma empresa. A juicio del suscrito, ambos dependientes deben hacer uso, a la vez, de un único lapso de cinco días hábiles, no siendo procedente exigir una suerte de suma o acumulación de los permisos de cada uno –diez días hábiles en total–.

En efecto, según se desprende de la moción parlamentaria de 10.06.2008 que dio origen a la tramitación de la Ley 20.764, la voluntad del legislador al momento de crear el permiso matrimonial –al cual accede el acuerdo de unión civil– ha sido permitir a los trabajadores “gozar de un tiempo mínimo necesario para preparar y celebrar su matrimonio, momento de importancia fundamental para buena parte de las familias de nuestro país” (en Historia de la Ley 20.764, disponible en www.bcn.cl), lo que obliga a sostener que el permiso en comento existe en función del evento respectivo –el matrimonio o el acuerdo de unión civil–, el cual, en la hipótesis en examen, es el mismo para ambos dependientes, bastando, para satisfacer la pretensión normativa, el periodo de cinco días hábiles.

Un tercer caso es el del trabajador que, ya habiendo gozado del permiso del artículo 207 bis, celebra un nuevo matrimonio o acuerdo de unión civil.

Al respecto, dable es colegir que, habiéndose equiparado el acuerdo de unión civil con el matrimonio para efectos del artículo 207 bis, corresponde mantener la conclusión contenida en el ya citado Ord. N° 3342/048, en orden a que el derecho puede ejercerse en cada ocasión en que el dependiente contraiga matrimonio o acuerdo de unión civil, siempre que cumpla con los pertinentes requisitos.

Por último, cabe agregar que si las partes, antes de la entrada en vigor de la Ley 21.042, ya han pactado individual o colectivamente un permiso por acuerdo de unión civil, los días objeto de dicho pacto se imputarán a los cinco días a que da derecho el artículo 207 bis del Código del Trabajo.

En consecuencia, conforme a las consideraciones precedentes, cumpla con señalar que el sentido y alcance del nuevo artículo 207 bis del Código del Trabajo, sustituido por el artículo único de la Ley N° 21.042, publicada el 08.11.2017, son los expuestos en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Ud.

CHRISTIAN MELIS VALENCIA

ABOGADO

DIRECTOR DEL TRABAJO

JFCC/LBP/CLCH

Distribución:

- Dest
- Jurídico – Partes
- Control - Boletín
- Divisiones D.T.
- Subdirectora – U. Asistencia Técnica
- XV Regiones
- Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social
- Sr. Subsecretario del Trabajo”

Dirección del Trabajo

<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-113958.html>

(7 de diciembre de 2017)

[Volver al índice](#)

C. Recurso de protección presentado por alcaldesa de la Municipalidad de Caldera contra la prohibición de realizar eventos por visita papal, declarado admisible por la Corte de Apelaciones de Santiago (extracto)⁵

Procedimiento:	Recurso de Protección
Recurrentes	Ilustre Municipalidad de Caldera
Rut	69.030.300-0
Recurrentes	Brunilda Clementina González Anjel
Rut	9.198.247-1
Domicilio	Matías Cousiño N° 395, comuna de Caldera
Abogado Patrocinante	Rodrigo Flores Osorio
RUT:	9.832.914-5
Domicilio	Alcántara N° 200, Piso 6, Las Condes.
Recurrida	MAHMOUD ALEUY PEÑA Y LILLO RUT: Se ignora
Domicilio	Palacio de la Moneda, comuna y ciudad de Santiago

EN LO PRINCIPAL: RECURSO DE PROTECCIÓN. PRIMER OTROSÍ: ORDEN DE NO INNOVAR. SEGUNDO OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS. TERCER OTROSÍ: PATROCINIO Y PODER.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Brunilda Clementina González Anjel, chilena, casada, matrona, Rut: 9.198.247-1, en mi calidad de Alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Caldera, actuando por sí, en representación de esta Corporación Autónoma de derecho

⁵ La Corte de Apelaciones de Santiago declaró la admisibilidad del recurso con fecha 21 de noviembre de 2017. Ver sentencia admisibilidad: http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=20514188&CRR_IdDocumento=18344094

público, ambos domiciliados en Matías Cousiño N° 395, comuna de Caldera, y de todos los habitantes de esta Comuna, a SS. Iltna., con respeto expongo:

Que en virtud de la representación de la que me encuentro investida, y en las calidades invocadas, vengo en interponer Recurso de Protección de garantías constitucionales consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, en contra de Resolución Ord. 25612 de fecha 23 de octubre de 2017, dictada por don MAHMOUD ALEUY PEÑA Y LILLO, en su calidad de Subsecretario de Interior, Ingeniero Comercial, Ignoro cédula nacional de identidad, domiciliado en el Palacio de la Moneda, de la comuna y ciudad de Santiago, que acompaño en copia simple, el que fue recepcionado por la Municipalidad de Caldera el día 23 de Octubre del presente año, 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.

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 esta recurrente, previstos en el artículo 19 N° 2°, 7° inciso 1° y 13° de la Carta Fundamental, como quedará demostrado en el curso de esta presentación.

L- HECHOS QUE MOTIVAN EL RECURSO

[...]

1.- Que es un hecho público, conocido y ampliamente difundido, que el Papa Francisco, visitará nuestro país entre el 15 y 18 de enero de 2018, realizando actividades en diversas ciudades del territorio nacional, siendo estas, Santiago, Temuco e Iquique.

2.- Mediante, Ord. 25612 de fecha 23 de octubre de 2017, suscrito por don **MAHMOUD ALEUY PEÑA Y LILLO**, y recepcionado por la Ilustre Municipalidad de Caldera el día 23 de Octubre de 2017, se indica que;

“Me dirijo a usted con motivo de la visita a Chile de Su Santidad, el Papa Francisco, entre el 15 y el 18 de enero de 2017.

Dicha visita de Estado implicará un esfuerzo adicional por parte de Carabineros de Chile en torno a la seguridad de la comunidad que asista a las actividades organizadas en ocasión de su visita.

Este esfuerzo se adicionará a las tradicionales tareas en materia de control y resguardo del orden público en general.

En este marco, se informa a usted que entre los días 10 y el 21 de enero de 2018, ambos días incluidos, 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.

Solicito a Ud. anticipar esta determinación a las municipalidades, clubes de fútbol, productoras de eventos y otros similares de su región y provincia.

Sin otro particular

[...]

7.- Debo agregar que el Estado de Chile es laico, por lo que sin perjuicio de tratarse de una visita de un Jefe de Estado en el marco de actividades de orden religioso, católico, estimo que esa no resulta ser una razón plausible para que se puedan afectar garantías constitucionales y la seguridad de los habitantes de aquellas zonas que no serán visitadas por el Papa Francisco, ergo, la seguridad los habitantes y visitantes de la comuna de Caldera en beneficio exclusivo y excluyente de las de ciudades de Santiago, Temuco e Iquique.

8.- La señalada actuación de la autoridad importa una flagrante infracción de ley, que causa agravio a los habitantes de la comuna que represento y atenta contra las garantías constitucionales que los amparan.

II.- EL DERECHO

EL ACTO RECLAMADO ES ILEGAL Y ARBITRARIO

La decisión contenida en el Ord. 25612, **constituye un acto ilegal** por los motivos y fundamentos antes señalados y que dicen relación con que el Subsecretario del Interior se ha excedido en sus funciones y competencias, al permitirse mediante la emisión de un simple Ordinario (Acto), no un Decreto emanado de la Sra. Presidenta de la República, restringir y afectar garantías constitucionales, por lo que la actuación de la recurrida resulta del todo abusiva, constituyendo un exceso, pues sus funciones específicas, son en cuanto a su legalidad;

[...]

Al respecto cabe señalar, que el bien jurídico protegido en esta norma, en primer lugar "la libertad personal" la que por relacionarse con la libertad de movilización se llama también libertad ambulatoria. Este derecho se expresa en la letra a) del número 7 del artículo 19, el que dispone "toda persona tiene el derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre **el perjuicio de terceros**".

Si bien la libertad personal tiende a identificarse con la libertad ambulatoria y por ello, con la norma transcrita, estamos ante un concepto mucho más amplio, identificable derechamente con la libertad o autodeterminación, de carácter residual a todo el resto de las libertades específicas. Los límites serían la libertad de terceros y las normas legales.

Por su parte la "seguridad individual" es una garantía o protección de la libertad individual, en cuanto a que no existan limitaciones ilegales o arbitrarias a dicho derecho que, en los hechos, lo anulen.

POR TANTO,

De acuerdo con lo precedentemente expuesto, artículo 19 números 2º, 7º inciso 1º y 13º, artículo 20 y demás pertinentes de la Constitución Política de la República, y el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema de 28 de agosto de 2015, sobre tramitación de Recurso de Protección,

RUEGO A S.S. ILTMA., se sirva tener por interpuesto Recurso de Protección en contra en contra de Resolución Ord. 25612 de fecha 23 de octubre de 2017, dictada por don MAHMOUD ALEUY PEÑA Y LILLO, en su calidad de Subsecretario de Interior, ya individualizado, 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 Ord. 25612 de fecha 23 de octubre de 2017, emanado del citado funcionario de Gobierno, en cuanto a que no tenga efecto ni rija respecto de la comuna de Caldera y se disponga mantener inalterada la dotación habitual y permanente de Carabineros de Chile en la citada comuna entre los días 10 y 21 de enero de 2018, ambos días inclusive.

PRIMER OTROSÍ: RUEGO A SS.ILTMA. tener a bien **dictar orden de no innovar, disponiendo la suspensión, en tanto no se resuelva el fondo de la presente acción deducida, de los efectos del Ord. 25612 de fecha 23 de octubre de 2017,** toda vez que el referido acto administrativo, que pretende privarnos del legítimo derecho a ejercer las garantías constitucionales conculcadas afectará gravemente nuestras actividades comunales planificadas para ese mes de enero de 2018, como también muchas otras que han de desarrollar los vecinos a los que represento, en especial a la actividad turística de la esa zona, y que, atendida su proximidad, producirá efectos inmediatos y conllevará necesariamente la pérdida de muchas fuentes laborales en la comuna de Caldera, lo que nos causa un daño irreparable, lo cual resulta evitable solamente mediante la dictación de orden de no innovar solicitada.

SEGUNDO OTROSÍ: SÍRVASE S.S. ILTMA: tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1.- Copia del Ord. 25612 de fecha 23 de octubre de 2017.
- 2.- Acta de Acuerdo N° 496/2017, de la Ilustre Municipalidad de Caldera, donde consta voto político de apoyo a la interposición del presente recurso.
- 3.- Acta de proclamación de Alcalde electo, donde consta mi personería.

4.- Documento que da cuenta de planificación de actividades de verano de la I. Municipalidad de Caldera.

TERCER OTROSÍ: RUEGO A SS. ILTMA: tener presente que por este acto designo como Abogado patrocinante y confiero poder a don **Rodrigo Fernando Flores Osorio**, habilitado para el ejercicio de la profesión, con domicilio en calle Alcántara N° 200, piso 6, Comuna de Las Condes, Región Metropolitana, correo electrónico rodrigo@bfabogados.cl, y que firma en señal de aceptación.



The image shows a handwritten signature in blue ink, which appears to be "Rodrigo Flores". Below the signature is a rectangular stamp. The stamp contains the text "AUTORIZO PODER" at the top, followed by "Acreditación profesional de Abogado" in smaller text. The date "10 NOV 2017" is stamped in the center, and "Santiago" is at the bottom. There is a large, stylized handwritten mark over the stamp, possibly "9.198.247-1".

D. Sentencia de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago que ordena rectificación de cambio de sexo registral a ciudadano transexual⁶

Santiago, once de diciembre de dos mil diecisiete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos Quinto, Sexto y Séptimo, los que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que, ha recurrido de apelación la representante de la solicitante de estos autos voluntarios en contra de la decisión que desestimó su petición consistente en rectificar su partida de nacimiento, con el objeto de corregir el sexo que allí figura de la recurrente, fundada en la Ley N°19.477, artículos 2, 4 inciso 4; 17 y 18; artículo 31 inciso 2° de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil.

Segundo: Que, la requirente introdujo a la presente gestión los siguientes elementos de justificación y prueba:

a) Certificado de Nacimiento emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, de fs.82, con las siguientes menciones: Inscripción N° [REDACTED] año [REDACTED], de la circunscripción de Las Condes, correspondiente a: Nombre: [REDACTED] R.U.N. [REDACTED]; fecha nacimiento 28 de Septiembre de 1978; sexo: masculino; Nombre del padre: [REDACTED]. Los padres declaran reconocerla como hija natural el 10 de octubre de 1978, Rectificación judicial: partida rectificada por sentencia ejecutoriada del Juzgado civil de Santiago de fecha 14.4.2011.

b) Inscripción de Nacimiento de fs. 83 donde la recurrente figura inscrita al nacer como [REDACTED] y la rectificación judicial del nombre, a [REDACTED], de fecha 15 de abril de 2011.

c) Extracto de Filiación y Antecedentes de [REDACTED]
[REDACTED]

⁶ Los textos tachados corresponden al original.

d) Informe del Servicio de Registro Civil, suscrito por la abogada de la Subdirección Jurídica Paula Miranda Neira, que hace alusión a las sucesivas rectificaciones de la partida de nacimiento que aparecen en los documentos que adjunta, e indica que en el marco de la función registral es preciso que se produzca una coherencia entre ciertos datos en términos tales que permitan dar certeza y seguridad jurídica en cuanto al hecho que con posterioridad se acredita y/o certifica. En materia de sexo, el Servicio se está al comprobante de parto o a la declaración de testigos, medios que ha franqueado la ley para dar fe del mismo al tiempo de requerirse la inscripción de una persona o bien lo que en definitiva resuelve un tribunal, atendido el mérito de los antecedentes y prueba que han sometido a su conocimiento y apreciación. Indica que es efectivo que la actual legislación exige que exista correspondencia entre el nombre y el sexo de una persona desde que se practica la inscripción, por disposición del inciso segundo del artículo 31 de la Ley N° 4.808, pero la norma fija un tiempo específico, claro y concreto en que debe darse cumplimiento, el momento de inscribir el nacimiento, oportunidad en que se asienta registralmente este atributo de la personalidad, cual es el nombre y que por su naturaleza jurídica representa un aspecto esencial, determinante de un derecho, a saber, la identidad. Por otra parte, el avance de la medicina en el área quirúrgica, así como en las corrientes de conocimiento y estudio de orden psicológico de la construcción de la personalidad, así como las tendencias legislativas orientadas a velar por el principio de no discriminación, han generado un ámbito que hoy se somete a conocimiento y decisión del tribunal y sólo el juez puede constatar a la luz de los antecedentes aportados, en cuanto a la procedencia del cambio de nombre de un género a otro en el contexto general que se produce, así como sus incidencias en lo que el servicio se estará a lo que el tribunal resuelva.

e) Certificado emitido por el médico endocrinólogo Rafael Ríos Salazar, que da cuenta que [REDACTED]

[REDACTED] desde el [REDACTED] se encuentra bajo su supervisión médica en un tratamiento de hormonoterapia, de terapia de reemplazo hormonal femenizante, conforme a la evaluación psicológica y psiquiátrica, que acredita su condición de transexualidad, y la necesidad de ser apoyada y reconocida bajo el nombre de [REDACTED] identidad de género: femenina.

f) Informe psicológico emitido por la psicóloga clínica Gabriela Gómez Briones, en el que consigna que [REDACTED] manifiesta que desde la primera etapa de identificación, habría manifestado características marcadamente femeninas que habrían sido negadas por su entorno familiar, y ha manifestado como forma de validación ante la sociedad su nombre en la cédula de identidad que legalmente es conforme a su identidad femenina, sin embargo, la no aceptación de su género femenino conforme al nombre con el cual se identifica, ha generado en ella sentimientos de frustración que, según manifiesta, desaparecerían al obtener a nivel legal el género conforme a su propia identidad. Manifiesta haber intentado adecuarse a lo esperado por sus padres, siendo esto altamente desafiante en atención al continuo bullying de que habría sido víctima durante la enseñanza básica y media. Ha venido demostrando su identidad de género en su entorno familiar y social desde hace 5 años a la fecha del informe (mayo de 2013) y en el entorno laboral desde el año 2012, siendo respetada y validada en todos los contornos relacionales de la paciente. Diagnóstico. Estructura de personalidad neurótica; transexualidad, identidad de género femenina. Por lo anterior, se sugiere otorgar el apoyo que Francisca requiera para lograr un total empoderamiento de su identidad de género a través de terapia hormonal, las cirugías que requiera y decida realizarse y acciones legales de cambio de su nombre y sexo a femenino.

g) Certificado médico psiquiátrico otorgado con fecha 10 de octubre de 2013 por la médico Catherine Fieldouse A, en el que se indica que la paciente pese a ser de sexo biológico masculino, presenta dentro del desarrollo de su personalidad, una identidad psicológica

femenina. Evaluada mediante entrevista psiquiátrica y psicológica, con entrevistas y test de Rorcharch, se destaca en su biografía desde su primera infancia, conducta característica femenina en juegos, preferencias y las conductas con sus amistades, la elección de vestuario y de roles y actividades en general y el modo de enfrentarlas, con todo, lo que denota una identidad claramente de orientación contraria a su sexo biológico con el que nació. Se descartó diagnóstico de psicosis, trastorno de personalidad, travestismo, presentaría lesbianismo por su preferencia sexual equivalente al sexo al cual se identifica. Prima en su identidad y definición como persona, la identidad sexual con la que se identifica, que es la femenina, por lo que está indicado seguir apoyándola, si así lo quiere, en el cambio de sexo mediante cirugías, hormonoterapia y acciones legales de resignación sexo y nombre a femenino. Diagnóstico: transexualidad. Identidad sexual femenina. Elección de objeto sexual: femenino, por lo que sería lesbiana.

h) Publicación en el Diario Oficial de 2 de mayo de 2016, de la solicitud ante el [REDACTED], en autos voluntarios sobre rectificación de partida de nacimiento Rol [REDACTED], comparece [REDACTED], quien solicita cambio de sexo quedando en definitiva inscrita con sexo femenino. El Secretario.

i) Prueba testimonial de fs. 71 y 72, mediante la cual la testigo [REDACTED] da cuenta que la requirente es transexual, que desde el año 2010 se identificaba como [REDACTED] y vivía como tal; que logró cambio de nombre en el 2011, pero no su letra de sexo, lo que le produjo un sin número de problemas en su entorno social, familiar y académico, ya que la letra m aparece como un estigma que le impide llevar una vida como cualquier persona merece. En similar sentido depone [REDACTED], que indica que el solo hecho de aparecer con su sexo masculino a [REDACTED] le provoca menoscabo moral y afectación anímica, además que le dificulta encontrar trabajo. Considera que se debería regularizar esa situación para que mejore su calidad de vida.

j) Entrevista de la Juez del 17° Juzgado Civil de Santiago a [REDACTED] de fs. 74, quien expone que en causa seguida ante el Tercer Juzgado Civil de Santiago le autorizaron el cambio de nombre pero no de sexo, porque no se encuentra operada, añadiendo que tenía mala situación económica, la rechazaban en los trabajos porque su nombre no se condice con su sexo en la cédula de identidad. Agrega que la operación es muy costosa. Se desempeña como guardia de seguridad de un colegio y pretende realizarse la cirugía a medida que se lo permita su situación económica. Estudia técnico en párvulos y necesita la corrección de sexo para realizar su práctica. Fue discriminada por su familia, tuvo que alojar en casas de amigos, trabajó en ferias libres, compraventa de metales y cartones. Desde hace 3 años se encuentra en terapia hormonal que le cuesta \$25.000 mensuales y que desde los 12 años se sentía mujer, hoy tiene 37, además atuvo un comportamiento femenino, usaba la ropa de sus primas y jugaba con muñecas, no tuvo apoyo de la familia, no tiene contacto con ellos desde hace 6 años. No tiene pareja y piensa ser madre, por adopción. Indica que el no tener la letra F en su cédula de identidad la hace sentirse incompleta y ha sufrido episodios de discriminación, por lo que necesita la rectificación de su partida.

k) Informe emitido por la psicóloga forense del Servicio Médico Legal Paola Valenzuela Pizarro, que concluye que [REDACTED] presenta un trastorno de identidad de género de inicio en la infancia donde da cuenta de una identidad psicológica femenina no concordante con la inscripción de sexo en el Registro Civil. Por lo tanto, se hace comprensible y necesaria la solicitud de rectificación de partida de nacimiento en cuanto al cambio de sexo, a pesar de haberse realizado con anterioridad el cambio de nombre, dado que lo anterior ha generado un malestar emocional en la examinada.

Tercero: Que, los antecedentes médicos y psicológicos relacionados en el motivo precedente acreditan que [REDACTED] es una persona transexual femenina, condición que

resultó corroborada con prueba testimonial y con los propios dichos de ██████ en la entrevista sostenida con la juez *a quo*.

Se ha acreditado asimismo que ella ha recurrido a los tribunales solicitando el reconocimiento pleno del derecho a su identidad de género, más sus reclamos no han sido debidamente atendidos.

Por el contrario, en el motivo quinto la juez *a quo* indica que es incompetente porque la pretensión del actor ya había sido desestimada por sentencia firme pronunciada en la causa ██████ del Tercer Juzgado Civil de Santiago. Yerra la sentenciadora, por cuanto, acorde al artículo 821 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias que resuelven las gestiones voluntarias o no contenciosas, como es el caso, son revocables y por lo mismo, la sentenciadora está facultada para conocer nuevamente del asunto y de otra parte, es plenamente competente para conocer del asunto, en atención a lo establecido en los artículos 17 y 18 de la Ley N° 4.808 y artículos 45 N°2 letra c) y 134 del Código Orgánico de Tribunales.

De otra parte, la juez *a quo*, en el motivo séptimo, asilándose en artículo 1° de la Ley N°17.344, desestimó la solicitud, con el argumento de que la rectificación sólo podía solicitarse una sola vez y bajo el pretexto de que no hay norma que regule la situación específica. Yerra nuevamente, por cuanto la solicitud que rechaza, no versa sobre el cambio de nombre regulado en el citado artículo 1°, sino que lo que se requiere es la rectificación del registro del sexo en la partida de nacimiento, en atención a que la actora figura con nombre de mujer y sexo masculino. Esta incongruencia se traduce en una manifiesta indeterminación de su identidad de género, y por ende, en un menoscabo a derechos esenciales de las personas, garantizados en los artículos 1, 2 3 y 4 de la Constitución Política de la República, que requieren del amparo judicial.

A mayor abundamiento y con la evidente finalidad de dar certeza y seguridad jurídica a los hechos que se registran y luego certifican, la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, en su artículo 31 N° 4 inciso segundo,

dispone que el nombre que se imponga en los registros, no debe ser equivoco respecto del sexo. Sin embargo, de la sola lectura de la copia de la partida de nacimiento y los correspondientes certificados, queda de manifiesto que esta exigencia se incumple respecto de la recurrente y, por lo tanto, en su actual estado, su partida de nacimiento no resulta idónea como instrumento acreditativo de identidad de género.

Cuarto: Que la Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado ya el año 2012 como tema relevante la identidad de género, que define como "la vivencia interna e individual del género, tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento".

En el Anexo al comunicado de prensa 36/R emitido al culminar el 144 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 30 de marzo de 2012, se indica que "el transgenerismo es una categoría dentro de la identidad de género, que incluye a su vez la subcategoría transexualidad y travestismo, así como otras variaciones."

El común denominador del transgenerismo, es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que le ha sido tradicionalmente asignado a ésta.

Quinto: Que, en la línea expresada, la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, reconoce expresamente la valoración y protección jurídica de la identidad de género, prohibiendo discriminaciones sobre tal base, de conformidad a su artículo 2° inciso primero.

Sexto: Que, la determinación del sexo de un sujeto es un hecho que puede ser verificado de manera científica, tanto física como psicológicamente, y en el caso de autos, la ciencia médica psicológica ha comprobado que la identidad de género de la recurrente es femenina.

A su vez, la solicitante ha sido reconocida desde su adolescencia como mujer, es más, ya ha sido aceptada oficialmente su individualización con nombre de mujer, por lo que la contradicción evidente con la referencia al sexo, en la que figura como hombre, le provoca menoscabo moral y material, lo cual, a su vez, impide su realización personal, el libre desarrollo de su personalidad y la afecta gravemente en su dignidad como ser humano con pleno derecho a ser tratado y reconocido conforme a su verdadera identidad sexual. Todo ello debe conducir a la corrección de la mención que se ha indicado, ajustándola a su realidad, esto es, a un sexo femenino.

Por lo expuesto, conforme a la evidencia reunida, es que procede acoger la solicitud de autos, pues resolver en sentido contrario implicaría mantener una discriminación arbitraria respecto de la solicitante.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en las normas citadas y en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia apelada de veintidós de febrero de dos mil diecisiete, escrita a fs. 108 y siguientes, que rechaza la gestión voluntaria de rectificación de partida de nacimiento en cuanto al sexo y, en su lugar se resuelve, que la misma queda acogida, ordenándose la rectificación de la inscripción de nacimiento [REDACTED] año [REDACTED], de la Circunscripción de Las Condes del Servicio de Registro Civil e Identificación, correspondiente a [REDACTED] [REDACTED] nacida el 28 de septiembre de 1978, de sexo masculino, en el sentido de establecer que el sexo de dicha persona es femenino.

Sirva una copia autorizada de la presente sentencia, debidamente ejecutoriada, de mérito suficiente para requerir la inscripción solicitada.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la ministro (S) señora Riesco.

Civil Rol [REDACTED]

Pronunciada por la **Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por el ministro señor Leopoldo Andrés Llanos Sagristá e integrada, además, por la ministro (S) señora María Riesco Larraín y la abogado integrante señora María Cecilia Ramírez Guzmán. No firma la ministra (S) señora Riesco, por haber cesado sus funciones en esta Corte.

LEOPOLDO ANDRES LLANOS
SAGRISTA
MINISTRO
Fecha: 11/12/2017 13:39:26

MARIA CECILIA DEL PILAR RAMIREZ
GUZMAN
Abogado
Fecha: 11/12/2017 13:28:03

FABIOLA KARINA CORNEJO
CASTILLO
MINISTRO DE FE
Fecha: 11/12/2017 13:48:15

Poder Judicial
<http://www.pjud.cl/documents/396729/0/CAMBIO+SEXO+CAUSA+ANTERIOR+SIN+DATOS.pdf/730ca86e-35a3-4224-aae1-3aa17ee08a21>
(11 de diciembre de 2017)

[Volver al índice](#)

E. Sentencia de la Corte Suprema que acoge demanda de concejala transexual contra alcaldesa por discriminación, según la Ley N°20.609 (Ley Zamudio)⁷

[...]

Santiago, diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada de diecisiete de noviembre de dos mil quince, escrita a fojas 210 y siguientes, previa eliminación de los motivos quinto, sexto y octavo, que se eliminan, y se tiene, en su lugar, y además presente:

1° Que, en forma previa, se debe tener presente que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 20.609, corresponde entender por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funde en los motivos que señala a título ejemplar.

Desde luego, la identidad de género es una de tales motivaciones, y debe entenderse por tal, conforme la definición dada por la Unidad LGTBI (lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que sea libremente escogida) y otras expresiones de género, que comprende la vestimenta, el modo de hablar y los modales. El transgenerismo, por su parte, es un término que se usa para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la disconformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que de manera tradicional ha sido asignado a éste; siendo la intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– que adecue la

⁷ El documento contiene también la sentencia que invalida de oficio la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Santiago con fecha 10 de mayo de 2016. Ver sentencia segunda instancia:

<http://www.pjud.cl/documents/396729/0/DISCRIMINACION+LAMP+CORTE.pdf/4c7fa341-c8e3-411c-a9bb-f22b40575375> . Sentencia Primera instancia dictada por el Juzgado de Letras de Colina, con fecha 17 de noviembre de 2015:

<http://www.pjud.cl/documents/396729/0/DISCRIMINACION+LAMP+PRIMERA.pdf/f2f0d602-782c-4e1f-88b7-d41800a9320b>

aparición física-biológica a la realidad psíquica, emocional, espiritual y social, sólo una opción para construir la identidad; y existe cierto consenso en los especialistas en la materia que para referirse o autoreferirse a las personas transgénero, es correcto referirse como mujeres trans cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres trans si el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; y persona trans o trans cuando no existe convicción de identificarse dentro de la categorización binaria masculino-femenino.

2° Que el acto discriminatorio para ser sancionable conforme a la Ley N° 20.609, debe vulnerar necesariamente un derecho fundamental establecido en la Carta Fundamental o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; la que no eleva a la categoría de fundamental el derecho a la identidad; y sólo es el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño el que impone a los Estados Partes el compromiso de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, en los términos que señala.

Pues bien, a propósito del derecho a la identidad se ha sostenido que es *“...el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social...”* (sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de abril de 2012).

“También, que es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, por lo que es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro; por lo tanto, se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción donde están las raíces y los condicionamientos pero traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro.” (Fernández Sessarego, C.,

Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Astrea, 1992, PAG. 113 y 114.).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, al relacionar el derecho a la identidad con la dignidad humana, noción esta última que considera como la “piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales”, concluye que aunque nuestra Carta Fundamental carece de una referencia o reconocimiento expreso de la identidad como prerrogativa humana básica, ello no obstaculiza su protección constitucional, debido justamente a la estrecha vinculación entre ambos conceptos, y, además, por la expresa protección con que cuenta en diversos tratados internacionales vigentes, en nuestro país (sentencia de 13 de mayo de 2008, antecedentes Rol 834-07);

3° Que, entonces, como el artículo 1 de la Constitución Política de la República establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y el de identidad es uno personalísimo, inherente a toda persona, independiente de su edad, sexo o condición social, por lo tanto, está íntimamente vinculado a la dignidad humana, la inferencia lógica es que debe ser considerado entre aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a que se refiere el inciso 2° del artículo 5 de la misma, que, conforme a su tenor, se erigen como límite al ejercicio de la soberanía, imponiendo a los órganos del Estado respetarlos y promoverlos.

Además, como el artículo 19, números 1 y 2, asegura a todas las personas el derecho a la integridad psíquica y la igualdad ante la ley, que resultarán conculcados si no se respeta el derecho a la identidad, pues el fuero interno de la agraviada experimentará sentimientos de aflicción, generando una suerte de discriminación a su respecto, se debe concluir que el referido derecho se encuentra protegido constitucionalmente, con ello, el colectivo formado por personas lesbianas, gays, bisexuales, trans (que comprende travestis, transexuales y transgéneros) e intersexuales. Por lo tanto, si con motivo de su identidad de género experimentan una distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que les cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales señalados,

corresponde entender que se configuró un acto de discriminación arbitraria, atendido los términos del artículo 2 de la Ley N° 20.609;

4° Que, como se señaló, es un hecho pacífico que en las reuniones del concejo municipal se refieren a la parte demandante con su nombre legal, no obstante que ha solicitado que se use el social.

Además, con la prueba documental rendida precisamente por la parte demandada, consistente en tarjeta de visita de la parte demandante, impresión de su página de Facebook e instrumento que demuestra cómo se presentó ante la comunidad en la campaña electoral, que dan cuenta que su aspecto físico es la de mujer, pues se maquilla y viste como tal, se debe tener por acreditada esa circunstancia, con ello, que en esa condición se desenvuelve en la sociedad; apariencia conforme a la cual también se presenta y participa en la sesiones llevadas a cabo en el concejo municipal. Lo anterior, además, lo corrobora el mérito que surge de los documentos emanados de la Contraloría General de la República como de particulares, acompañados por la parte demandante, que dan cuenta que están dirigidos a ella con su nombre social, a saber, Alejandra, y no con el legal, Felipe.

Entonces, si el aspecto físico de la parte demandante es la de una mujer, se presenta como tal ante la comunidad, y solicita que se utilice su nombre social, y no se accede a ello, e incluso en una sesión del concejo municipal, a la “hora de incidentes”, ante las diferencias de opinión surgidas con motivo de su solicitud de que se refieran a ella con su nombre social, la alcaldesa le responde con una pregunta “¿concejál o concejala?”, conforme se consigna en el documento que se nomina Acta N° 1109, de 12 de mayo de 2014, que corresponde sea calificada de irónica, precisamente por la oportunidad y contexto en que se dio, a saber, aquel en que una persona solicita que se la respete como tal, con sus distintivos y características, a juicio de esta Corte, dicha negativa importa un acto de discriminación, en la modalidad de distinción, esto es, en los términos del Mensaje de la Ley N° 20.609, de una diferenciación sobre la base de una particularidad, su identidad de género, con la finalidad de afectar su dignidad como persona y que carece de justificación razonable, pues no puede ser considerado como

tal que haya postulado con su nombre legal al cargo de representación popular que actualmente desempeña, pues no tenía otra opción conforme a la legislación electoral; tampoco que no se haya sometido a una intervención quirúrgica para adecuar de manera definitiva su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, emocional, espiritual y social, menos que no haya recurrido al procedimiento que le permitiría cambiar su nombre, porque no hay norma legal que la obligue a adoptar dichas decisiones, por lo que se encuentra sometido a su libre albedrío.

Incluso, en tal sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la exigencia de someterse a intervenciones quirúrgicas o tratamiento esterilizador, como requisito para reconocer la identidad de género, viola el derecho al respeto a la vida privada y familiar (Caso A.P., Gargon and Nicot V. France, N°79885/12, 52471/13 y 52596/13).

5° Que, sin embargo, como la prueba rendida no permite concluir que el administrador municipal, señor Fernando Salame Saldías, incurrió en alguna de las conductas en las condiciones señaladas en el artículo 2 de la Ley N° 20.609, se desestimará la demanda dirigida en su contra.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 20.609 y en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de diecisiete de noviembre de dos mil quince, escrita a fojas 210 y siguientes, y acogiéndose la demanda se declara que la demandada doña Graciela Fernanda Ortúzar Novoa, alcaldesa de la comuna de Lampa, incurrió en un acto discriminatorio respecto de doña Alejandra (Domingo Felipe) González Pino, en razón de su identidad de género, debiendo cesar en dicha conducta y dirigirse a ella con su nombre social. Además, se la condena al pago de una multa equivalente a cinco unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, sin costas.

Acordada con el voto en contra del ministro señor Blanco, quien fue de opinión de confirmar la sentencia apelada por compartir sus fundamentos.

Regístrese y devuélvanse, con su agregado.

Redactó la ministra Gloria Ana Chevesich R.

Rol N° 38.238-16

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Haroldo Brito O., Ricardo Blanco H., señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., y la Abogada Integrante señora Leonor Etcheberry O. No firma el Ministro señor Brito, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios. Santiago, diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete.

RICARDO LUIS HERNAN BLANCO
HERRERA
MINISTRO
Fecha: 19/12/2017 12:23:01

GLORIA ANA CHEVESICH RUIZ
MINISTRA
Fecha: 19/12/2017 12:23:02

ANDREA MARIA MERCEDES MUÑOZ
SANCHEZ
MINISTRA
Fecha: 19/12/2017 12:23:02

ROSA MARIA LEONOR ETCHEBERRY
COURT
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 19/12/2017 12:23:03

Poder Judicial
<http://www.pjud.cl/documents/396729/0/DISCRIMINACION+LAMPA+SUPREMA.pdf/8c9ed071-89d9-4142-94d1-2742c27ce268>
(19 de diciembre de 2017)

[Volver al índice](#)

Argentina

A. Sentencia de la Corte Suprema de la Nación que declara inconstitucional la ley de educación de la Provincia de Salta, que obliga a las escuelas a dictar clases de religión en horario curricular (extracto)⁸

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, *10 de diciembre de 2017*.

Vistos los autos: "Castillo, Cárina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo".

Considerando:

1º) Que un grupo de madres de alumnos de escuelas públicas salteñas y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) iniciaron una acción de amparo colectiva contra la Provincia de Salta (Ministerio de Educación). Plantearon la inconstitucionalidad del art. 27, inc. ñ, de la ley provincial de educación 7546, en cuanto dispone que la instrucción religiosa "integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa".

Las actoras solicitaron, además, que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 49 de la Constitución provincial y 8º, inc. m, de la referida ley 7546, que establecen, con una redacción idéntica, que "los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones", para el caso de que se les otorgare una interpretación que no tuviere compatibilidad con los derechos invocados por su parte.

⁸ Sentencia disponible en: <http://derechoyreligion.uc.cl/es/docman/documentacion/internacional/jurisprudencia-1/1234-sentencia-de-la-corte-suprema-de-salta-que-declara-inconstitucional-la-ley-provincial-de-educacion-que-obliga-a-las-escuelas-a-dictar-clases-de-religion-en-horario-curricular/file>

Asimismo, tacharon de inconstitucionales las actividades de los funcionarios escolares de la Provincia de Salta que, al aplicar esas normas, imponen la enseñanza obligatoria de la religión católica en las escuelas públicas provinciales.

En este contexto, peticionaron el cese de la enseñanza de la religión católica en dichas escuelas y de toda práctica religiosa dentro del horario escolar, por considerarlas violatorias de los derechos constitucionales de libertad de culto, religión y conciencia, de igualdad, educación libre de discriminación y respeto a las minorías étnicas y religiosas, y de privacidad.

2º) Que la Corte de Justicia de Salta confirmó la declaración de constitucionalidad del art. 49 de la Constitución provincial y de los arts. 8º, inc. m, y 27, inc. ñ, de la ley 7546. Asimismo, ordenó que las prácticas y usos religiosos tuvieran lugar únicamente durante el horario fijado para la enseñanza de la materia "religión", y que se arbitrara un programa de formación alternativo para quienes no desearan ser instruidos en la religión católica durante el horario escolar (fs. 998/1018).

Para así decidir, la corte local consideró que las normas impugnadas respetan la libertad de culto y de conciencia, ya que no imponen la enseñanza de una religión determinada, no establecen privilegios a favor de los alumnos católicos, ni afectan el derecho a optar por no recibir instrucción religiosa. En esta línea, expresó que nuestra Constitución Nacional, en su Preámbulo y en su articulado, afirma la existencia de Dios y, a

CSJ 1870/2014/CS1
Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de
Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de
Salta s/ amparo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

su vez, reconoce la libertad de culto y de conciencia; las que, aplicadas en el ámbito de la enseñanza escolar, no deben ni pueden ser entendidas en el sentido de exclusión de todo lo religioso.

Manifestó además que nuestro país está jurídicamente estructurado desde su fundación como una nación católica apostólica romana, y que la Provincia de Salta, en particular, tiene una población que en su mayoría profesa dicho credo. Desde esta perspectiva, indicó que la decisión de no impartir la enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas perjudicaría a los niños carentes de recursos y a aquellos que viven lejos de los centros urbanos, por cuanto no tendrían la posibilidad de recibirla en una escuela privada.

Añadió que si el legislador provincial había decidido válidamente que en las escuelas públicas se brinde enseñanza religiosa respetando el derecho de los padres y tutores a exigir que se diera a sus hijos o pupilos aquella que estuviera de acuerdo con sus convicciones -o a no recibirla-, aparece como razonable y no discriminatorio el sistema adoptado de solicitar una manifestación de su voluntad en tal sentido, así como la separación de los niños a esos efectos. Por el contrario, calificó de irrazonable la pretensión de la parte actora de que, por tratarse de datos sensibles, en orden a resguardar el derecho a la intimidad, se prive a todos los alumnos de su derecho a recibir educación religiosa.

Destacó que la normativa cuestionada, al establecer la enseñanza religiosa y contemplar alternativas conforme a los

deseos de los padres o tutores, no confronta de manera alguna con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestro país.

Sin perjuicio de lo expuesto, el *a quo* tuvo por acreditado que en algunos establecimientos escolares no se actúa con el adecuado respeto hacia aquellos alumnos que no desean participar en actividades directamente vinculadas con la religión católica -tales como rezos obligatorios al comienzo de la jornada, inclusión de oraciones en los cuadernos y bendición de la mesa-, y que tampoco se les ofrece una alternativa curricular a la clase de enseñanza religiosa que esté de acuerdo a sus creencias. Por tal motivo, juzgó necesario que las prácticas y usos religiosos se realicen solamente durante la clase de enseñanza religiosa, y que se disponga un espacio alternativo de formación donde los alumnos puedan recibir una instrucción según sus convicciones. Preciso que estas medidas deben ser adoptadas por el juez de grado en la etapa de ejecución de sentencia, quien a su vez tendrá a su cargo el control de su cumplimiento.

3º) Que contra este pronunciamiento, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y dos coactoras interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 1026/1045) que, por mayoría, fue concedido en razón de haberse cuestionado la constitucionalidad de normas provinciales y haber sido la decisión recurrida a favor de su validez (fs. 1123/1132 vta.).

Las recurrentes alegan que las normas provinciales, tal como fueron aplicadas por las autoridades escolares e interpretadas por el *a quo*, atentan contra el principio de neutrali-

CSJ 1870/2014/CS1
Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de
Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de
Salta s/ amparo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

dad religiosa del Estado. Al respecto, manifiestan que el art. 2° de la Constitución Nacional se refiere a la obligación de sostener el culto católico solamente desde el punto de vista económico, y que nuestra Ley Fundamental ha adoptado el principio de neutralidad religiosa.

Destacan asimismo que lo resuelto vulnera los derechos a la libertad de culto y de conciencia, a la igualdad, educación sin discriminación y respeto de las minorías étnicas y religiosas, y a la intimidad contenidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos.

Remarcan que la corte local, al reconocer la validez constitucional de las normas provinciales tal como fueron aplicadas por las autoridades escolares, avaló el adoctrinamiento en la religión católica, de manera discriminatoria y coercitiva, en los establecimientos de educación primaria. En esta inteligencia, sostienen que resulta inaceptable que la corte provincial, pese a reconocer la existencia de prácticas de tal tenor, haya rechazado su planteo de inconstitucionalidad y resuelto, en cambio, que la subsanación de dicha situación ilegítima debía ser arbitrada por el juez de primera instancia, en la etapa de ejecución de la sentencia.

4°) Que, con arreglo a lo previsto en la acordada 30/2007, se fijó una audiencia pública informativa ante este Tribunal que se desarrolló los días 16, 17, 30 y 31 de agosto del corriente año. Durante las tres primeras jornadas efectuaron sus exposiciones los Amigos del Tribunal que habían sido admitidos en los términos de la acordada 7/2013. En el último día de

audiencia, los representantes de cada una de las partes fueron interrogados sobre distintos aspectos de la controversia y, finalmente, se dio intervención a los oradores designados en calidad de terceros voluntarios admitidos en el proceso, tal como dan cuenta las actas incorporadas al expediente (fs. 1569/1668).

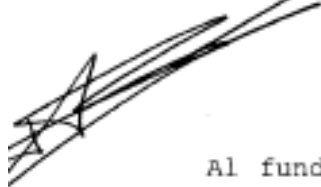
5°) Que el recurso extraordinario resulta admisible, toda vez que en el caso se encuentra en tela de juicio la constitucionalidad de normas provinciales —art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta y los arts. 8, inc. m, y 27, inc. ñ, de la ley provincial de educación 7546—, bajo la pretensión de ser contrarias a los derechos constitucionales de libertad de religión y de conciencia, de igualdad y no discriminación y de privacidad; y la decisión apelada ha sido a favor de la validez de las normas locales (art. 14, inc. 2°, de la ley 48).

6°) Que los recurrentes sostienen —para invalidar las normas que impugnan— que aun cuando la Constitución Federal ha adoptado el principio de neutralidad religiosa, la Corte de Justicia de Salta interpretó defectuosamente su texto al concluir que “la Argentina está jurídicamente estructurada desde su fundación como una nación católica apostólica romana” (fs. 1041 vta.).

En este punto, cabe recordar que en la Asamblea Constituyente que precedió la sanción de la Constitución de 1853, la cuestión religiosa emergió en ocasión de debatirse el art. 2° del proyecto según el cual “[e]l gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”.

CSJ 1870/2014/CS1
Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de
Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de
Salta s/ amparo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación



Al fundar esta disposición, José Benjamín Gorostiaga, quien expuso en nombre de la Comisión de Negocios Constitucionales, sostuvo que "este artículo imponía al Gobierno Federal la obligación de sostener el culto católico apostólico romano, y esta disposición presuponía y tenía por base un hecho incontable y evidente, cual es que esa religión era la dominante en la Confederación Argentina, la de la mayoría de los habitantes... que la declaración ... de que la religión católica era la religión del Estado sería falsa; porque no todos los habitantes de la Confederación ni todos los ciudadanos de ella, eran católicos...". En el debate, el convencional Manuel Pérez propuso agregar que el gobierno federal "profesaba" -a más de sostener- ese culto; seguidamente Manuel Leiva propuso establecerla como "religión de estado"; Pedro Zenteno agregó que correspondía hacerlo "puesto que era ella el único y sólo sentimiento dominante en la mayoría de los habitantes de la Confederación" (Convención Nacional de 1898, antecedentes: Congreso Constituyente de 1853 y Convenciones reformadoras de 1860 y 1866, Compañía Sud-americana de billetes de Banco, Buenos Aires, p. 293. Todas las citas de los considerandos 6° y 7° se referirán a esta obra salvo indicación en contrario).

Frente a esta propuesta, el convencional Lavaisse -sacerdote de "espíritu liberal" como lo definiese José María Zuviria en "Los Constituyentes de 1853" (Lajouane, Buenos Aires, 1889, p. 134)- sostuvo que se oponía porque "la constitución no podía intervenir en las conciencias, sino reglar sólo el culto exterior". Nuevamente intervino Gorostiaga, agregando que la decisión de los puntos de dogma "no es de la competencia de un

Congreso político, que tiene que respetar la libertad de juicio en materias religiosas y la libertad de culto, según las inspiraciones de la conciencia" (p. 294). Finalmente, el convencional Seguí diferenció -para fundar la pertinencia del artículo redactado por la comisión- que "toda religión constaba de dos partes: dogma y símbolo. Que la primera no era materia de ninguna legislación humana; porque sería ridícula una ley sin la probabilidad de hacerla cumplir. Que en este sentido la religión no podía ser sostenida, protegida ni regularizada por ningún poder ni legislación humana" (p. 295).

Al término del debate, el art. 2° fue aprobado sin las modificaciones propuestas. De ese modo, la Constitución de 1853 resultó ser el primer texto constitucional nacional que no consagró una religión oficial de Estado, pues la de 1819 empezaba por establecer como religión del Estado a la católica a la que el gobierno debía "la más eficaz y poderosa protección; y los habitantes del territorio todo respeto, cualesquiera que sean sus opiniones privadas", (art. I); la de 1826 establecía que la religión de la Nación Argentina "es la Católica Apostólica Romana, a la que prestará siempre la más eficaz, y decidida protección, y sus habitantes el mayor respeto, sean cuales fueren sus opiniones religiosas" (art. I, inciso 3°).

7°) Que en la Convención del Estado de Buenos Aires de 1860 encargada de revisar la Constitución de 1853, el convencional Frías planteó reeditar el debate sobre la separación del Estado y de la Iglesia. Propuso modificar el art. 2° señalado para incluir que "[l]a religión católica apostólica romana es la religión de la República Argentina, cuyo gobierno costea su cul-

Corte Suprema de Justicia de la Nación



to. El gobierno le debe la más eficaz protección, y sus habitantes el mayor respeto y la más profunda veneración" (p. 1016). Diversos convencionales alertaron entonces sobre la peligrosidad de avanzar en el punto, en el entendimiento de que resultaba un ámbito tan sensible que convenía que la cuestión no fuera discutida. Así, Sarmiento pidió "evitar esta cuestión que puede ser tempestuosísima" (p. 1020), y el convencional Portela solicitó que la enmienda fuese retirada porque no era "oportuna" (p. 1022); Roque Pérez sostuvo que lo secundaba por ser un asunto "ciertamente muy grave y de mucha trascendencia" (p. 1022). El convencional Elizalde (D.R.) explicó que estaba "haciendo el mayor sacrificio por evitar entrar en esta cuestión (...) [s]i discutiéramos, se vería todo lo que tiene de serio este negocio" (p. 1026). Bien vale entonces observar en este punto que frente al riesgo de que las diferencias religiosas mutaran en oposiciones políticas, la propuesta de "reformular el artículo 2° de la Constitución o no" fue desechada por la Convención sin ser debatida en cuanto a su contenido (p. 1026). La inconveniencia del debate resultó incentivo suficiente para evitar -al menos en clave constitucional- el conflicto religioso en ciernes entre "clericales" y "liberales".

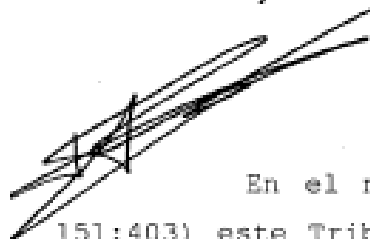
8°) Que, en suma, del debate de la Convención Constituyente surge que el privilegio que recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/1860 como religión mayoritaria de los habitantes del país no importa que aquella sea establecida como religión de Estado, sino que el término "sostenimiento" debe entenderse limitado al "sostenimiento económico" del culto católi-

co, ello en el contexto de una posición en todo otro aspecto neutral del Estado frente a las religiones.

En este sentido, esta Corte ha manifestado en numerosas ocasiones antes de 1994 -y el presente caso es oportunidad de reiterarlo- que ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino y que "la aludida norma constitucional se limita a privilegiar a la Iglesia Católica en sus relaciones con el Estado coadyuvando, a la vez, al sostén y protección económica de los gastos de ese culto, los cuales serían pagados por el tesoro nacional, incluidos en su presupuesto y sometidos, por consiguiente, al poder del Congreso" (Fallos: 312:122).

9º) Que, al resolver diferentes cuestiones, este Tribunal había sostenido esta interpretación del art. 2º. Así, en el precedente "Correa" (Fallos: 53:188) sostuvo que "la Constitución organiza el Gobierno Federal de la Nación dividiéndolo en tres altos poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, sin designar ningún otro, ni conferir á congregación alguna, sea cual fuere su naturaleza y origen, la facultad de dictar leyes generales que obliguen á los habitantes del país como colectividad civil (...) Que por el contrario, ni aún las disposiciones de la Iglesia Católica contenidas en decretos de los concilios, bulas, breves ó rescriptos de los Pontífices pueden tener efectividad en el país, ni ser promulgadas en él sin el pase del Poder Ejecutivo con acuerdo de la Corte Suprema; requiriéndose una ley del Congreso cuando contengan disposiciones generales y permanentes (...)".

Corte Suprema de Justicia de la Nación



En el mismo sentido, en "Didier Desbarats" (Fallos: 151:403) este Tribunal señaló que "no existe en la Constitución (y no podría existir válidamente en el Código Civil) precepto o disposición alguno que haya limitado el derecho impositivo de la Nación o de las provincias en beneficio de los bienes o de las adquisiciones de la iglesia. Antes bien, esta Corte Suprema ha declarado que el art. 2° de la Constitución Nacional, al disponer que el Gobierno Federal sostiene el culto católico apostólico romano, no impide que la iglesia pueda ser sometida al pago de las contribuciones comunes sobre los bienes que posea o reciba como persona jurídica, al igual de las otras personas de la misma clase y no con ocasión o con motivo de actos del culto".

10) Que en el marco de la interpretación evolutiva que ha desarrollado este Tribunal respecto del alcance del mencionado art. 2°, no puede dejar de mencionarse el precedente "Sejean" (Fallos: 308:2268, voto del juez Enrique S. Petracchi) en el cual esta Corte declaró la inconstitucionalidad de la prohibición del divorcio vincular prevista en el art. 64 de la ley 2393. Sostuvo que "la libertad de conciencia es incompatible (...) con la confesionalidad del Estado. El privilegio que, como religión de la mayoría de los habitantes del país, recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/1860 no importa (...) que aquélla sea establecida como religión del Estado. Y aun 'siendo innegable la preeminencia consagrada en la Constitución Nacional a favor del culto católico apostólico romano, al establecer la libertad de todos los cultos no puede sostenerse con su texto, que la Iglesia Católica constituye un poder político en nuestra organización, con potestad de dictar leyes de carác-

ter civil como son las que estatuyen el régimen del matrimonio’”.

11) Que, como se advierte, los precedentes señalados resultan coincidentes con los antecedentes históricos antes citados en cuanto a la interpretación y alcance que cabe asignarle al “sostenimiento” del culto católico por parte del Estado en la Constitución Nacional. No puede concluirse entonces que dicha cláusula hubiera instituido al catolicismo como “religión oficial”.

12) Que despejado este punto la cuestión subsiguiente —de acuerdo a las posturas asumidas por las partes— es determinar cuál es el alcance del principio de neutralidad del Estado en materia religiosa en el ámbito de la educación. Al respecto, la reforma de 1994 introdujo modificaciones significativas al mandato conferido al legislador en el art. 67, inciso 16, de la anterior redacción de “proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las Provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria”. En la redacción del art. 75 inciso 19, el Congreso Nacional debe “[s]ancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

Corte Suprema de Justicia de la Nación



13) Que del debate que precedió su aprobación surge que el constituyente persiguió un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina —su carácter neutral y gratuito— y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación.

En efecto, el disenso de las distintas posiciones asumidas por los convencionales versó sobre qué precisiones correspondía incluir en la formulación del nuevo articulado para asegurar más eficazmente el logro de dichos objetivos; esto es, si correspondía establecer el deber del Estado de garantizar en la educación pública la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna —tesis finalmente consagrada normativamente—, o si resultaba necesario consignar expresamente la prescindencia religiosa de la educación pública.

Así, el convencional Del Bono señaló que *"Si nuestro país no padece divisiones o enfrentamientos irreconciliables por diferencias étnicas, sociales o religiosas, se debe en gran medida a esa escuela pública universal y gratuita, concebida con los criterios de la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna. Me parece muy bien que demos a esos criterios el rango constitucional que se merecen"* (p. 3383 del Debate de la Convención Nacional Constituyente, 28ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria, 8, 9, 10 y 11 de agosto de 1994, al que se referirá en lo sucesivo las citas de este considerando). La convencional Gómez de

Marelli sostuvo que el Estado está obligado a garantizar “...una escuela sin discriminación, formadora de hombres libres, en fin, una escuela abierta para todos, abierta al pueblo... Por ello vengo a defender la constitucionalización de estos principios” (p. 3409). Por su parte, Sánchez García afirmó que “la escuela pública debe tener pluralidad y no sectorizarse hacia ninguna religión. Cien años de escuela pública en el país permitieron el desarrollo de una infinidad de credos, religiones, etcétera...” (p. 3409); y la convencional Puiggrós precisó que “Coincidimos con el texto del dictamen de mayoría en lo siguiente:... la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...” (p. 3837).

Más allá de estas posiciones sobre el modo en que los convencionales entendían que debía formularse la norma, todos aludieron al carácter laico de la educación pública como un principio clave para asegurar la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna. En el seno de la Convención hubo un consenso prácticamente unánime en que con la nueva previsión se buscaba que la educación pública mantuviera el espíritu de la ley 1420 que estipuló su carácter laico y gratuito (ver, en particular, las intervenciones de los convencionales Bravo, Felicevich, La Rosa y Rodríguez en el debate).

14) Que este principio de neutralidad también comprende la posibilidad de profesar o no libremente su culto en el ámbito escolar (art. 14 de la Constitución Nacional). La reforma constitucional incorporó al bloque de constitucionalidad diversos tratados que contemplan el derecho de los padres a que sus

Marelli sostuvo que el Estado está obligado a garantizar “...una escuela sin discriminación, formadora de hombres libres, en fin, una escuela abierta para todos, abierta al pueblo... Por ello vengo a defender la constitucionalización de estos principios” (p. 3409). Por su parte, Sánchez García afirmó que “la escuela pública debe tener pluralidad y no sectorizarse hacia ninguna religión. Cien años de escuela pública en el país permitieron el desarrollo de una infinidad de credos, religiones, etcétera...” (p. 3409); y la convencional Puiggrós precisó que “Coincidimos con el texto del dictamen de mayoría en lo siguiente:... la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...” (p. 3837).

Más allá de estas posiciones sobre el modo en que los convencionales entendían que debía formularse la norma, todos aludieron al carácter laico de la educación pública como un principio clave para asegurar la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna. En el seno de la Convención hubo un consenso prácticamente unánime en que con la nueva previsión se buscaba que la educación pública mantuviera el espíritu de la ley 1420 que estipuló su carácter laico y gratuito (ver, en particular, las intervenciones de los convencionales Bravo, Felicevich, La Rosa y Rodríguez en el debate).

14) Que este principio de neutralidad también comprende la posibilidad de profesar o no libremente su culto en el ámbito escolar (art. 14 de la Constitución Nacional). La reforma constitucional incorporó al bloque de constitucionalidad diversos tratados que contemplan el derecho de los padres a que sus

Corte Suprema de Justicia de la Nación



hijos reciban enseñanza religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones o creencias. Así, el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, [...] de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"); el art. 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"); y el art. 18.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones").

En relación al alcance de este derecho, el Comité de Derechos Humanos, mediante la Observación General 22, señaló que "la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores".

En conclusión, la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular —incluso la de los no creyentes—, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar.

15) Que en nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea la "base de la educación" -para retomar la expresión del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional- las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la "educación primaria" de acuerdo al art. 5°. Este dispone que "[c]ada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure (...) la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

En ejercicio de este poder, la Provincia de Salta estableció en el art. 49 de su Constitución que "[e]l sistema educacional contempla las siguientes bases: (...) Los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

Como se advierte, el art. 49 replica casi literalmente las normas del derecho internacional de los derechos humanos citadas en el considerando 14, con el aditamento de que ese derecho debe ser asegurado en el ámbito de la "escuela pública". Esta previsión, al no distinguir, puede ser entendida como comprensiva de todos los establecimientos educativos reconocidos por las autoridades salteñas. Desde este enfoque, el art. 49 en nada modifica las normas del bloque de constitucionalidad federal, razón por la cual se puede afirmar que respeta los principios de neutralidad del Estado en el ámbito religioso y de

Corte Suprema de Justicia de la Nación



igualdad y no discriminación tal como fue receptado en el art. 75, inciso 19.

Este entendimiento ofrece una lectura que armoniza de manera razonable la norma provincial con la Constitución Nacional y la ampara por lo tanto de la tacha de inconstitucionalidad alegada por los recurrentes; debe recordarse que la invalidez de una norma es siempre la última ratio de la interpretación, a la que solo debe acudirse, como tiene dicho esta Corte, cuando no exista alternativa de mantenerla dentro del sistema normativo pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147:286 y 335:2333, entre muchos otros).

16) Que por las mismas razones expuestas en el considerando anterior debe concluirse que es también válido el inciso m del art. 8° de la ley 7546 que, en el marco de la enunciación de los principios, fines y criterios rectores de la educación en la Provincia de Salta, se limita a reproducir el texto de la Constitución provincial.

17) Que, en consecuencia, la cuestión a resolver queda circumscripita al examen del inciso ñ del art. 27 de la ley 7546 -mediante el cual se reglamenta el derecho previsto en el referido art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta- y de su aplicación por las autoridades educativas locales.

La cláusula legal controvertida dice que: "son objetivos de la Educación Primaria en la provincia de Salta: (...) ñ) Brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la

participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”.

Corresponde determinar entonces si el art. 27, inciso “ñ”, de la ley de educación provincial lesiona los derechos a la igualdad y a la no discriminación, por cuanto constituyen pautas constitucionales fundamentales que debe respetar y promover la educación pública conforme lo reseñado en los considerandos anteriores.

18) Que para realizar esa determinación se debe tener en cuenta que, luego de la reforma constitucional de 1994, el principio de igualdad que surge del art. 16 de la Constitución Nacional —y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias— debe también ser considerado a la luz del art. 75 inciso 23 y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional (“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, art. II; “Declaración Universal de Derechos Humanos”, art. 7°; “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, art. 24; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, arts. 2.1 y 26; “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, arts. 2.2 y 3°; “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, arts. 2° a 7°; “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, arts. 2°, 3° y 5° a 16 y “Convención sobre los Derechos del Niño”, art. 2°). Estas normas, al incorporar, por un lado, mecanismos de acciones posi-

Corte Suprema de Justicia de la Nación



tivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinear categorías sospechosas de discriminación, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes.

En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen.

19) Que esta perspectiva de la igualdad conlleva la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que aquel generalmente utilizado para evaluar los casos desde el enfoque tradicional de la igualdad.

En este enfoque tradicional, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines. Sin embargo, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías "específicamente prohibidas" o "sospechosas" corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos

restrictivo para cumplir un fin sustancial (doctrina de Fallos: 327:3677; 332:433, considerando 6° y sus citas).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a esta perspectiva al caracterizar al derecho a la igualdad y no discriminación como un derecho humano que se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación (Corte IDH. Caso Atala Riffe y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos 79 y 124).

El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras.

20) Que hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de su apariencia —que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad—, puede ocurrir, sin embargo, que *prima*

Corte Suprema de Justicia de la Nación



facie la norma -aplicada en un contexto social- produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado. Esto es, "leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras" causantes de una "discriminación sistémica (...) que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros" (Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puntos 10 y 12).

21) Que en los casos en los cuales exista una norma neutral que *prima facie* genere un impacto desmedido en los miembros de un grupo, resultará necesario para analizar su constitucionalidad -ante el riesgo de una discriminación a ese grupo-, comprobar la manera en que dicha norma se ha implementado. En otros términos, la disposición puesta en crisis por la existencia *prima facie* de discriminación justifica que el tribunal analice los efectos que su aplicación ha generado en la realidad.

22) Que una vez comprobado ese efecto de desigualdad, el Estado debe justificar la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición. En el caso de que no logre hacerlo, la norma aparentemente neutra resultará inconstitucional por afectar el principio de igualdad y no discriminación. Como se advierte, el presente estándar probatorio resulta diferente al utilizado por esta Corte en las causas "Pellicori" y "Sisnero" (Fallos: 334:1387; 337:611), en el que se encontraban en juego solo prácticas discriminatorias.

23) Que lo central del razonamiento propuesto es que de no recurrir a un análisis que se centra en la norma como causante de efectos discriminatorios -y, por tanto, constitucional-

mente indeseables- el efecto negativo de la ley se perpetuará más allá de que, una y otra vez, se invaliden las prácticas, pues ellas solo concretizan la discriminación encubierta que una lectura perniciosa de la norma admite. Es por ello que resulta insuficiente invalidar la práctica sin hacer lo propio con la norma que la apaña.

24) Que, en aplicación de este criterio, corresponde en primer término afirmar que el inciso ñ del art. 27 de la ley de educación provincial es en "apariencia" neutral porque, en principio, de su letra no surge preferencia de ningún culto respecto de otro. Sin embargo, resulta incuestionable que el contexto social en el que se aplica la norma se caracteriza por una preponderancia de la población que profesa la religión católica. También se advierte de las constancias de la causa que *prima facie* la aplicación de la norma ha causado un efecto desproporcionado hacia grupos religiosos minoritarios. Salvo, tal vez, respecto de la Iglesia Evangelista, ha quedado claro en la audiencia pública que ningún otro credo que el mayoritario se enseña en las aulas; también se evidenció la falta de alternativas para los no creyentes.

Este es el punto de partida que se tendrá en cuenta para decidir si el inciso "ñ" citado -en cuanto incluye la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa-, ha favorecido en los hechos conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integran el grupo religioso predominante.

[...]

Descartadas las hipótesis de la "no interferencia" y de la "potestad facultativa" es claro que la obligación del estado provincial para garantizar adecuadamente el derecho de padres, tutores, hijos y pupilos en materia de enseñanza religiosa consiste en un "deber de instrumentación". Tal deber es la contracara del derecho (y no de una mera expectativa) de los sujetos activos, que no puede cumplirse de cualquier manera, pues debe contemplar ineludiblemente no solo las pretensiones de los padres y/o tutores ("sus convicciones" en términos de las normas en debate), sino también -y fundamentalmente- los principios constitucionales que podrían verse involucrados con motivo de su implementación; en especial, la convivencia plural, la igualdad y la no discriminación.

Libertad religiosa. Dimensiones

20) Que el referido derecho a la educación religiosa constituye en la especie una proyección al plano educativo del derecho a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia. Ya lo había dicho Esteban Echeverría en la sexta palabra simbólica de su "Dogma Socialista" de 1837: "Reconocida la libertad de conciencia, sería contradictorio no reconocer también la libertad de cultos, la cual no es otra cosa que la aplicación inmediata de aquella".

La libertad de cultos consagrada por la Constitución Nacional y la norma fundamental salteña comprende: a) la adhesión a un culto, con la posibilidad de ser "ejercido" o "profesado" libremente; b) la no adhesión a un culto determina-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

do, que pretenda ser planteado como culto "oficial"; c) la no adhesión a ningún culto; d) la de no ser discriminado por adherir o no adherir a un culto, y su ejercicio únicamente está sujeto a las limitaciones prescriptas por la ley y que fueran necesarias para proteger a la seguridad, la salud o al orden y a la moral públicas o perjudique los derechos y la libertad de los demás (conf. arts. 19 de la Constitución Nacional y 12, puntos 1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pero nunca puede ser obligado.

En su dimensión negativa, la libertad religiosa abarca el reconocimiento de la existencia de una esfera de inmunidad de coacción, tanto por parte de las personas particulares y los grupos cuanto de la autoridad pública, que excluye de un modo absoluto toda intromisión -estatal o no estatal- tendiente a lograr la elección forzada de una determinada creencia religiosa, a coartar el derecho a no expresar el culto elegido (derecho al silencio), o a impedir la no elección de culto alguno, restringiendo así la libre adhesión a los principios que en conciencia se consideran correctos o verdaderos.

En su dimensión positiva, la libertad religiosa constituye un ámbito de autonomía personal o individual que permite a los hombres actuar libremente en lo que se refiere a su religión, sin que exista interés estatal legítimo al respecto, mientras dicha actuación no ofenda, de modo apreciable, el bien común. Dicha autonomía se extiende a las agrupaciones religiosas, para las cuales importa también el derecho a regirse por sus propias normas y a no sufrir restricciones en la elección de sus autoridades ni prohibiciones en la profesión pública de su

fe (*"Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar"*, Fallos: 316:479, disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano).

Dentro de este marco bi-dimensional, la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada "objeción de conciencia", entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros u otros aspectos del bien común (arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional).

Conforme al desarrollo argumental efectuado al presente, la libertad religiosa aplicada al ámbito de la enseñanza escolar no debe ni puede ser entendida en el sentido de excluir todo lo religioso de ese espacio y, a su vez, tampoco puede implicar la coerción en la formación religiosa, cualquiera fuera ella. Debe, en consecuencia, proyectarse en el reconocimiento armónico de sus dos dimensiones que en el caso se reflejan en: el derecho a recibir o no recibir educación religiosa.

Tensión por la naturaleza ambivalente del derecho en juego. Inaplicabilidad del criterio de mayoría y minoría. Búsqueda de la maximización del goce de los derechos

21) Que en esa línea de razonamiento, frente a la consagración expresa del derecho de los padres y/o tutores a que sus hijos y/o pupilos reciban en la escuela pública educación religiosa de acuerdo con sus convicciones, se desprende necesariamente también el contenido negativo del reconocimiento cons-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

titucional, consistente en el derecho de los padres y/o tutores a que sus hijos no reciban en ese mismo ámbito educación religiosa alguna, para el caso en que así lo resuelvan. En efecto, "las normas sobre derechos personales... como principio, resultan disponibles para el sujeto activo, que puede a su discreción ejercer o no ejercer el derecho del que es titular (salvo derechos irrenunciables...)..." (Bidart Campos, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2007, pág. 756).

Esta naturaleza bifronte de los derechos constitucionales impone el deber de asegurarse que las dos situaciones (el reconocimiento de la potestad de ejercicio y de su abstención) se hagan posibles y no se anulen. La anulación se verificaría si una posición impide o frustra a la otra, extremo que se daría si: a) se torna obligatoria la enseñanza para quien no quiera recibirla porque otros sí lo quieren (imposición); o b) no pueda recibirla quien quiere hacerlo porque otros se niegan (veto).

22) Que, en tales condiciones, resulta evidente que el conflicto subyacente no puede resolverse ni con la "imposición" ni con el "veto", pues ello importaría bajar el umbral del disfrute de derechos constitucionales, generando vencedores y vencidos en la contienda que, lejos de favorecer la paz social y el respeto por la pluralidad y diversidad, terminaría consolidando una situación que, precisamente, se intenta evitar.

Por el contrario, la solución que más se ajusta a las circunstancias del caso y que mejor resguarda los intereses legítimos de todos los involucrados debe ser aquella que maximiza

ce el goce de los derechos constitucionales en juego, valorando ambos aspectos -positivo y negativo- del acceso a la enseñanza religiosa en las escuelas públicas, para lo cual deben ineludiblemente articularse (antes que anularse) las pretensiones de padres, tutores, hijos y pupilos. Fuera de esta regla de calibración de derechos de los involucrados, quedarían abiertas las puertas a posiciones extremas de uno u otro lado de la discusión.

En ese camino, debe atenderse a la doctrina de esta Corte conforme a la cual la Constitución, en este caso salteña, conforma una estructura coherente, por lo que debe cuidarse -al momento de interpretar sus cláusulas- que no queden frente a frente los derechos por ellas enumerados para que se destruyan reciprocamente. Antes bien, ha de procurarse una hermenéutica armoniosa dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental (Fallos: 312:496, considerando 6° y sus citas).

De ahí que, siguiendo la línea argumental precedente, se aprecia que en el caso -como se ha planteado en otras oportunidades- no existe una regla válida para resolver el conflicto bajo examen, porque surge un "campo de tensión" entre derechos de rango similar. De ahí que cuando la dogmática deductiva no brinda soluciones, debe recurrirse a la ponderación de principios jurídicos, en tanto configuran normas que constituyen mandatos para la realización de un valor o un bien jurídicamente protegido en la mayor medida posible (cfr. Dworkin, Ronald, "Los

Corte Suprema de Justicia de la Nación

derechos en serio", Planeta-Agostini, 1993, colección Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, pág. 72 y ss.). En efecto, la respuesta al dilema planteado debe enmarcarse en las exigencias democráticas del texto constitucional. La democracia exige un compromiso con la diversidad, el pluralismo y la tolerancia en cuyo marco se habilitan tensiones entre distintos derechos que conviven en legítima rivalidad, circunstancia que impide que el reconocimiento de derechos a un sector conlleve la destrucción de los derechos del otro.

Dicho de otro modo: si hay una tendencia (por caso mayoritaria) debe evitarse la imposición de su criterio sobre la otra (por caso minoritaria); y, simétricamente, también debe evitarse el veto de una tendencia (vgr. minoritaria) sobre el criterio de la otra (vgr. mayoritaria). No se trata, por tanto, de hacer prevalecer mayoría o minoría, pues ello se traduciría indefectiblemente en la minimización y/o aniquilamiento del derecho de alguno de los sectores en pugna en lugar de favorecer su máxima expansión posible.

Derecho a la educación religiosa y principio de educación integral

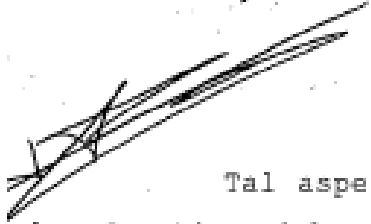
23) Que en la búsqueda de una solución que atienda las legítimas aspiraciones de todos los involucrados y que guarde coherencia y armonía con el ordenamiento constitucional salteño, no debe perderse de vista que la Constitución de Salta en el capítulo referente a "la educación y la cultura", contempla junto al derecho de los padres y/o tutores "a que sus hijos o

pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones" (art. 49), el principio de educación integral como una finalidad específica del sistema educativo provincial. Al respecto, dispone que "el fin de la educación es el desarrollo integral, armonioso y permanente de la persona en la formación de un hombre capacitado para convivir en una sociedad democrática participativa basada en la libertad y la justicia social" (art. 48). En el mismo sentido, el art. 27 de la ley 7546 sostiene que "la Educación Primaria tiene como finalidad proporcionar una formación integral, básica y común".

De modo que el constituyente local consagró, vinculándolas, ambas pautas (el "derecho a la educación religiosa" y el "principio de educación integral") en el sistema educativo diseñado para su provincia, en el marco de las potestades otorgadas por el sistema federal argentino y aplicando el "margen de apreciación provincial" en la materia a que se ha hecho referencia anteriormente.

Ello satisface los estándares determinados por la ley 26.206 de Educación Nacional, que reconoce como derechos de los alumnos, entre otros, los de: "a) una educación integral e igualitaria en términos de calidad y cantidad, que contribuya al desarrollo de su personalidad, posibilite la adquisición de conocimiento, habilidades y sentido de responsabilidad y solidaridad sociales y que garantice igualdad de oportunidades; b) [s]er respetados/as en su libertad de conciencia, en el marco de la convivencia democrática" (art. 126).

Corte Suprema de Justicia de la Nación



Tal aspecto ha sido resaltado por la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce "el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo, físico, mental, espiritual, moral y social" (art. 27, punto 1).

Asimismo, entre las finalidades que deben perseguir los Estados en la educación de los niños, la Convención citada refiere a la de "[i]nculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya" (art. 29, inc. c), como así también "[p]reparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena" (art. 29, inc. d).

Tal concepción de desarrollo del niño comprensiva "de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social" ha sido también receptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C. N° 112, Párrafo 161, con cita de la Observación General N° 5 del Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas, 27 de noviembre de 2003, párrafo 12).

En definitiva, la enseñanza de la religión configura uno de los tantos contenidos que se imponen como necesarios para que el alumno construya su propia identidad y logre un desarro-

llo integral de su personalidad, lo que no ocurriría si se silenciaban los contenidos cognitivos religiosos parcializándose la comprensión de la realidad cultural circundante en la que se desenvuelve el sujeto.

Criterios constitucionales sobre diseños educativos religiosos
en escuelas públicas

24) Que en tales condiciones, habiendo la Provincia de Salta considerado que la religión constituye un contenido válido en el diseño curricular de la enseñanza estatal, resulta pertinente señalar las pautas que permitan evaluar la constitucionalidad del art. 27, inciso ñ, de la ley 7546 en cuanto contempla los planes de estudio, recordando que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones del Poder Judicial y debe ser considerada, por ello, como última ratio del orden jurídico “...a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía...” (conf. doctrina de Fallos: 288:325; 295:850; 312:2315, entre otros), debiendo ejercerse “cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y de incompatibilidad inconciliable” (CSJ 132/2014 (50-L)/CS1 05/09/2017, CSJ 142/2013 (49-R)/CS1 28/10/2014, Fallos: 285:322; 303:625; 322:842; 338:1504, entre muchos otros).

Corte Suprema de Justicia de la Nación

25) Que el examen de validez de la citada norma debe efectuarse -tal como ha sido señalado con anterioridad- a partir del marco de las exigencias y principios democráticos que surgen del texto constitucional, cuyo compromiso con la diversidad y el pluralismo habilita que no pueda predicarse que el reconocimiento de derechos a un sector pueda conllevar el aniquilamiento de los derechos del otro, máxime cuando la implementación del contenido curricular se concreta en un ambiente tan permeable a las influencias como lo es la escuela primaria, y en el contexto de una sociedad con una religión fuertemente predominante.

En efecto, en una sociedad democrática, donde muchas religiones coexisten al interior de una misma población, puede ser necesario que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión sufran limitaciones derivadas de la necesidad de conciliar los intereses de diversos grupos y de asegurar el respeto a las convicciones de todos (arg. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Denmark", n° 5095/71, 5920/72, 5926/72, CEDH, 7/12/76, párr. 54 y "Kokkinakis v. Grecia", del 19 de abril de 1993, párrafos 31 y 33).

Por ello, es menester recordar que -como ha señalado esta Corte- "es propio de la exégesis buscar el verdadero sentido de la ley mediante un estudio atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad de legislador. De ahí, que lo importante es no ceñirse a rígidas pautas gramaticales sino a computar el significado profundo de las normas, pues el cometido judicial no concluye con la remisión a la letra de éstas, toda vez que los jueces, en cuanto servidores de derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir

de la *ratio legis* y del espíritu de aquéllas" (conf. Fallos: 307:398 voto del juez Carlos S. Fayt; 330:1927, entre otros). Asimismo, debe hacerse mérito que el conjunto de las disposiciones en análisis constituye un bloque normativo cuyas reglas deben ser interpretadas armónicamente, con el propósito de resguardar el sentido que el legislador -y el constituyente provincial en el caso- ha procurado asignarle y, al mismo tiempo, asegurar que su aplicación a los casos concretos conlleve a un resultado que maximice la vigencia de los derechos.

La exégesis de los textos constitucional y legal bajo análisis no permite concluir, en modo alguno, que la enseñanza de la religión revista carácter obligatorio y tampoco que deba ser orientada hacia una religión determinada. Repárese que la norma dispone expresamente que "*se la impartirá atendiendo a las convicciones de los padres que deciden sobre su participación*", afirmación de la que no puede desprenderse una conclusión contraria a la sostenida, máxime si se la valora dentro del contexto normativo en el que se encuentra inserta, que pone el acento en la implementación de una política educativa basada en el respeto de la libertad, tolerancia, diversidad y pluralismo (conf. arts. 6°, 8°, incs. a, b, c, y 27, inc. 1, de la ley 7546).

26) Que en ese orden de ideas, sin pretender incursionar en cuestiones propias del derecho provincial, descartado que la norma imponga de manera obligatoria la educación en una religión en particular, resulta indiscutible que, a fin de lograr la concreción de los principios constitucionales en juego, el contenido de la asignatura -materializado en los planes de estudio- debe avocarse a otorgar conocimientos sobre el núcleo

Corte Suprema de Justicia de la Nación

de las creencias y valores junto a los hechos históricos más relevantes de los cultos reconocidos oficialmente y que respondan a las convicciones de los padres y/o tutores, con una pedagogía neutral y objetiva que valide la pluralidad y privilegie el respeto por la diferencia, sin requerir la adhesión personal del alumno sino su comprensión intelectual (v. en este sentido, la orientación adoptada por el Comité de Derechos Humanos, Observación General n° 22, párrafo 6).

De este modo, en una etapa de la vida en la que se encuentra en formación la personalidad y en desarrollo la capacidad crítica, se promueve el diálogo entre quienes profesan un culto (sea mayoritario o minoritario de la población concernida) y aquellos que no profesan ninguna creencia religiosa, lo que no solo encuadra dentro de los parámetros constitucionales de autonomía personal e igualdad de trato, sino que posibilita la construcción actitudinal de ciudadanía desde una edad temprana.

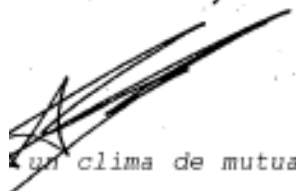
Por tanto, resulta evidente que la forma en que la enseñanza religiosa no lesione alguna de las pretensiones que se desprenden del derecho a la educación consagrado por la norma fundamental argentina (esto es, acceso al sistema y a la información, elección del método de aprendizaje, despliegue del sentido crítico, no discriminación en ninguna etapa educativa ni trabas a la graduación), radica en: a) que la oferta educativa en materia religiosa prevea todas las posibles demandas, esto es, la de creyentes y no creyentes y, dentro de las primeras, la de los distintos cultos; y b) que al mismo tiempo la opción del educando no incida *per se*, es decir, por el solo hecho de aceptar o rechazar la oferta (y -en el primer caso- por aceptar al-

guna oferta en particular) en la calidad educativa ni en los resultados esperados dentro del sistema, en términos de promedios de calificación y obtención de la graduación.

27) Que del mismo modo, a fin de garantizar el efectivo cumplimiento de los parámetros constitucionales indicados y no vaciar de contenido la cláusula del art. 49 de la Constitución salteña y, por lo tanto, tornar inoperante las normas legales dictadas en su consecuencia, resulta imprescindible la elaboración participativa de un contenido curricular que incluya los cultos expresados por padres y/o tutores como de su preferencia, siempre -claro está- que se trate de cultos oficialmente aceptados y que se respete en la enseñanza a los otros cultos, al ateísmo y al agnosticismo. La actitud estatal provincial debe ser de neutralidad, enfocándose en el encuentro interreligioso y en el respeto de los laicos como una manera de contribuir a la paz social. En esa inteligencia debe ponderarse asimismo la última parte del art. 27, inc. ñ, de la ley provincial 7546, en cuanto contempla la participación de la autoridad religiosa en la elaboración del contenido y habilitación docente como modo de asegurar que responden y/o guardan correspondencia con las creencias que representan, en el marco de la responsabilidad que se les impone en las acciones educativas (art. 9° de la citada ley 7546).

El criterio de neutralidad que debe seguirse es el que refleja el texto del modelo de nota dirigida por el docente al padre/madre, que obra como anexo de la mencionada disposición 45/09, en la que expresamente se consigna que “[l]a materia abordará los contenidos conceptuales de la religión cultivando

Corte Suprema de Justicia de la Nación



un clima de mutua comprensión y respeto, en el marco de una sociedad pluralista". En sentido coincidente, en la audiencia de fecha 31 de agosto de 2017 el Ministerio de Educación de la provincia reconoció que la enseñanza religiosa de Salta no debe ser la de un culto determinado y que el contenido de la asignatura ha de ser amplio, abarcando todas las posibilidades (fs. 1655 vta., 1656, 1658, 1660 vta., 1666 vta./1667, entre otras del expediente principal).

En tales condiciones, un diseño de contenidos y pedagogía gestado con la participación de padres y tutores (Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General n° 13, "El derecho a la educación", 210 período de sesiones, 1999, UN Doc. E/C. 12/1999/10, párrafo 28) que respete los criterios señalados en el considerando anterior torna irrelevante -en términos de vulneración de derechos- la discusión sobre el momento y/o la oportunidad en que se dicte la materia en cuestión (dentro o fuera del horario de clase), a la par que disipa las innumerables dificultades prácticas que, conforme surge de autos y quedara de manifiesto en la audiencia pública, traería aparejado el dictado de clases fuera del horario escolar (fs. 1663/1663 vta., 1666 vta./1667, entre otras).

28) Que, en función de la argumentación dada al presente, corresponde concluir que la educación religiosa en las escuelas públicas salteñas, a la luz del contenido que el constituyente local otorgó al principio de "educación integral", impartida dentro del horario de clase y como parte del plan de estudios, no lesiona los derechos constitucionales a la libertad de religión y de conciencia, a la igualdad y a la intimidad, a

condición de no ser obligatoria, coercitiva y/o discriminatoria para quienes no quieran recibirla y en la medida en que responda a los contenidos curriculares y a la modalidad pedagógica a que se ha hecho referencia en los considerandos precedentes. De hecho, surgen de autos algunas experiencias en que los padres optaron por celebrar un acuerdo con las autoridades escolares a fin de que sus hijos reciban educación religiosa mediante el estudio de contenidos universales (fs. 254 y 259/264 del expediente principal).

Como corolario de lo expresado, cabe afirmar que las normas en análisis imponen un deber para el Estado provincial de realizar una oferta educativa pluralista y objetiva, y paralelamente, un derecho renunciable para los padres y/o tutores, que -en el caso de optar por su no ejercicio- exige el respeto al principio de no discriminación (arts. 4º, 8º y 27 de la ley 7546). En las condiciones señaladas, no se advierten motivos válidos que autoricen a descalificar la validez constitucional de los textos concernidos, pues -dado el alcance y la modalidad a que se ha hecho referencia en los considerandos precedentes- no puede predicarse de su contenido auto-contradicción lógica ni que las obligaciones que de ellos derivan resulten de cumplimiento imposible.

29) Que asumida la constitucionalidad normativa del derecho a la educación religiosa en la escuela pública en horario de clase y como parte del plan de estudios, corresponde analizar si su implementación conforme a los criterios señalados ut supra ha sido desarrollada respetando (o violentando) los principios constitucionales reiteradamente mencionados (autonomía

Corte Suprema de Justicia de la Nación

personal, libertad de conciencia, libertad religiosa, igualdad y "no discriminación").

A fin de aventar cualquier objeción, resulta conveniente puntualizar que en el sub examen, a estar a su texto, las normas jurídicas analizadas no utilizan la categoría religión para excluir a algunos de lo que se le otorga a otros en igualdad de circunstancias, sino que su uso permite la posibilidad de garantizar, en cada caso y a cada persona, el goce pleno de su derecho a recibir o, en su caso, no recibir tal educación, de conformidad con las íntimas convicciones de los padres y tutores, enmarcados en un programa que difunda las distintas posiciones frente al hecho religioso y propicie en los alumnos el hábito de respeto y tolerancia hacia aquellas. En esa inteligencia, limitada y dirigida a dicho alcance, no configura per se una aplicación de una "categoría sospechosa" propiamente dicha que, sometida a un examen riguroso, suscite la inconstitucionalidad de la norma. Por el contrario, en el caso la norma opera como una herramienta que tiene como "fin sustancial" garantizar el pluralismo y el respeto a las distintas creencias de los alumnos y sus padres en cuanto a la enseñanza y educación integral, principios de raigambre constitucional, como ha sido desarrollado con anterioridad.

No obstante ello, se advierte que en la práctica por el modo en que el Estado provincial ha llevado a cabo la implementación de la enseñanza religiosa, la categoría en cuestión, en lugar de contribuir a los fines del pluralismo y educación integral mencionados, ha operado como un elemento de diferenciación y/o coerción entre los alumnos que violenta los principios

constitucionales de autonomía personal, libertad de conciencia, libertad religiosa, igualdad y no discriminación, sin que el Estado haya aportado elementos de entidad suficiente que demuestren lo contrario.

Implementación de la enseñanza religiosa en Salta. Inconstitucionalidad "fáctica"

30) Que para formular un análisis situado y realista (y no meramente teórico), como así también para establecer criterios para el futuro, es preciso recurrir a la inveterada jurisprudencia de esta Corte según la cual sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión (conf. Fallos: 306:1160; 318:2438; 325:28 y 2275; 327:2476; 331:2628; 333:1474; 335:905, entre muchos otros), lo cual incluye los testimonios recabados en las audiencias que tuvieron lugar por ante este Tribunal.

Aun cuando conforme a lo expresado anteriormente, en las escuelas públicas primarias salteñas debe ofrecerse enseñanza religiosa atendiendo a la creencia de los padres y/o tutores, en un marco de respeto por la pluralidad, la tolerancia y la diversidad, las constancias de la causa muestran que, en los hechos, se ha dictado casi exclusivamente educación en el catolicismo, tal como acreditan los libros y cuadernos acompañados, las manifestaciones de los padres, el informe de las visitas de la supervisora religiosa, la formación de los maestros e informe del Profesorado Monseñor Roberto José Tavella, y la modalidad de cobertura de esos cargos (conf. fs. 26, 27/48, 236/237,

Corte Suprema de Justicia de la Nación


257/258, 259/264, 291, 335/336, 605/614 del expediente principal).

Se encuentra asimismo acreditado que algunos padres y representantes legales adujeron que autorizaron la permanencia de sus hijos o pupilos en la clase de religión a fin de que no sean individualizados y segregados o por cuestiones de seguridad, circunstancia esta última corroborada en autos por un informe de supervisión escolar; otros, acordaron con las autoridades educativas que sus hijos ingresaran más tarde a la escuela o que permanecieran igualmente en el aula mientras se dictaba la clase de religión, incluso cuando el contenido de la materia enseñanza religiosa no refería a valores universales ni a historia de las religiones. También se encuentran corroboradas en la causa falencias en la previsión de propuestas alternativas que contribuyan a la formación de estudiantes cuyos padres manifestaron expresamente optar por no recibir educación religiosa (conf. fs. 250/251, 261, 262, 281 del expediente de mención).

Por otra parte, se ha tenido por acreditado que las prácticas propias de la religión católica excedieron el espacio curricular destinado a la educación religiosa, mediante -por ejemplo- la colocación de oraciones en los cuadernos de los alumnos al comienzo de cada día, o las alusiones al catolicismo en las carteleras de las escuelas (fs. 50/64, 65/82, 84/106, 712 del expte. citado) y que ha existido una confusión entre la enseñanza y la práctica de ritos, que constituyen la exteriorización más o menos solemne de la veneración o pertenencia a un culto, tales como la realización de rezos obligatorios al comienzo de la jornada escolar, el reconocimiento por una autori-

dad escolar de que el Padre Nuestro es la oración universal y la bendición de la mesa (fs. 255, 271, 279, 712 y 724 del expediente pre-aludido).

En el contexto del análisis, puede mencionarse que según se ha expresado en las audiencias públicas realizadas por ante este Tribunal, las prácticas citadas se habrían mantenido hasta la actualidad, pese a que la autoridad educativa salteña habría hecho saber a los directores de las escuelas públicas -por medio de la circular n° 02/12- lo resuelto en esta causa por el juez de grado en punto al cese de conductas que en las instituciones públicas de educación primaria impusieran prácticas de la religión católica. Lo expuesto es prueba elocuente del celo con que debe controlarse la vigencia de los principios constitucionales en juego al momento de la implementación de la enseñanza religiosa en la provincia.

31) Que en el estado actual de desarrollo de una sociedad democrática, no puede desconocerse que la conducta descrita precedentemente constituye una grave afectación a los derechos constitucionales analizados en los considerandos anteriores. Ello es así pues las prácticas mencionadas importan una coacción (en ocasiones directa, en ocasiones indirecta) en la elección de los niños, niñas, padres y representantes legales sobre sus creencias, que está prohibida expresamente por el art. 14 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales (art. 12, párr. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18, párr. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1°, párr. 2, Declaración sobre la Eliminación de

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones).

32) Que en el examen de la situación fáctica, merece una consideración particular la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial, en cuanto requiere que -mediante un formulario que entrega la autoridad escolar- los padres y/o tutores manifiesten si desean que sus hijos y/o pupilos participen de la enseñanza religiosa escolar y, en caso afirmativo, indiquen la creencia en la que desean ser instruidos, nota que debe ser archivada en el legajo del alumno (fs. 243, 246 del expediente principal). En la audiencia de fecha 31 de agosto de 2017, el Ministerio de Educación provincial manifestó que -en caso de no presentarse tal formulario- el alumno debía participar de la clase de educación religiosa (vgr. fs. 1660 vta./1661 vta. del expediente pre-mencionado).

La citada normativa impone una práctica que, por el modo en que se previó llevarla a cabo, no solo no condice con el reconocimiento y protección de los derechos constitucionales que se han venido sosteniendo en el presente fallo sino que también desconoce el derecho consagrado expresamente en la constitución provincial (art. 11, 2º párrafo), al colocar a los sujetos en la obligación de manifestar su posición frente al fenómeno religioso y, en su caso, el culto que profesan, cualquiera sea este, mayoritario o no. Es preciso recordar que el ámbito de protección consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, incluye el derecho a no revelar las propias creencias (derecho al silencio), o de hacerlo en el momento, lugar y circunstancias que se consideren apropiadas. En consecuencia, **obligar a revelar**

el credo -cualquiera que este sea o aun cuando no fuera alguno- ante una autoridad educativa, importa una limitación a profesar libremente el culto y lesiona el derecho a la objeción de conciencia, en infracción al párrafo segundo del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello conlleva una afectación a la esfera más íntima de la libertad de religión y conciencia, que tiene una especial protección constitucional (art. 4º, inc. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Comité de Derechos Humanos, Observación General n° 22, "Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión", 48º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev. 7, 1993, párrafo 3).

33) Que no obstante la manifiesta improcedencia de las conductas que, conforme surge de las constancias de autos, se han venido sucediendo en las escuelas primarias públicas salteñas, de ello no puede deducirse, sin más, la inconstitucionalidad de las normas infringidas.

Sobre el tema, esta Corte ha sostenido que "la colisión con los principios y garantías de la Constitución Nacional debe surgir de la ley misma y no de la aplicación irrazonable que de ella se haga en el caso concreto o de sus resultados" (conf. doctrina de Fallos: 288:325; 317:44; 324:920; 330:3109; 340:141), pues "[e]fectuar [e]l análisis (de la validez constitucional) sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación, importaría valorarlas en mérito a factores extraños a ellas que, por lo demás, no son su consecuencia necesaria. Inadmisible resultaría, sin duda, declarar la inconstitucionalidad de una ley a causa de contingencias atinentes a su cum-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

plimiento, siendo que éstas pueden ser modificadas permanentemente" (Fallos: 288:325).

Admitido, conforme el desarrollo precedente, que las normas no lesionan derechos constitucionales y resultan acordes con los tratados internacionales en la materia, pero aceptado - también- que el panorama fáctico dista de garantizar el pleno goce de los derechos en juego para todos los habitantes de la Provincia de Salta en los términos exigidos por la disposición legal, la solución no puede -ni debe- pasar por suprimir tales normas sino por declarar la antijuridicidad de las prácticas que las desvirtúan y por establecer las condiciones necesarias para que alcancen plena vigencia.

34) Que en mérito a lo expuesto se concluye:

- a) que la educación religiosa en escuelas públicas primarias en la Provincia de Salta constituye una elección que expresa el "margen de apreciación provincial" en la implementación de la competencia educativa que se desprende del art. 5° de la Constitución Nacional.
- b) que la titularidad de los padres y/o tutores del derecho a que sus hijos y/o pupilos reciban educación religiosa en la escuela pública conforme a sus propias convicciones, dispuesta en la Constitución salteña, conlleva la obligación estatal de diseñar un sistema de "oferta obligatoria" para el Estado provincial y de "demanda facultativa" para los educandos.
- c) que el carácter renunciable del derecho a recibir educación religiosa no impide que la materia "religión" integre el curri-

culo, pero sí impide la exigencia de su cursado obligatorio y, consecuentemente, la necesidad de su graduación y la obtención de una calificación que incida sobre el promedio general del educando. Dicho carácter exige, asimismo, la elaboración de una alternativa que importe la ocupación productiva -cualquiera fuera el área académica- de los alumnos que no cursen la materia.

d) que los principios constitucionales de no discriminación y de igualdad de trato conducen a que la oferta educativa estatal salteña deba ser plural y contemple el conocimiento de los cultos reconocidos, con obvia inclusión de los que expresen las convicciones de padres y/o tutores, como así también de las posiciones agnósticas y ateas, en un marco de respeto y tolerancia. Debe impedirse que la enseñanza religiosa se rija por el criterio de mayoría y/o de minoría.

e) que en el diseño de la oferta educativa (contenidos, bibliografía, selección docente y criterios pedagógicos), en su implementación y en el control subsiguiente, resulta imprescindible la participación de la familia, no solo por imperativo del art. 49 de la Constitución provincial, que titulariza el derecho en cabeza de padres y/o tutores, sino porque este criterio participativo es el que mejor se conjuga con el sistema democrático vigente en nuestro país (cfr. art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional referido al proceso de delimitación de las bases para la legislación nacional en materia educativa).

f) que las normas constitucionales y legales de la Provincia de Salta en punto a la enseñanza religiosa en escuelas públicas, ponderadas bajo el prisma de la Ley Suprema Nacional, son aptas

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Para sortear el test de constitucionalidad, pues no puede predicarse de su contenido auto-contradicción lógica ni que las obligaciones que de ellas derivan resulten de cumplimiento imposible.

g) que no ocurre lo mismo con la implementación, que trajo aparejadas prácticas lesivas de derechos fundamentales. En particular,

- la manifestación de voluntad de padres y/o tutores respecto de la aceptación o no de la enseñanza religiosa, para el anoticiamiento de las autoridades escolares a los fines organizativos, debe realizarse evitando toda forma de estigmatización y/o de discriminación. En tal sentido, debe modificarse la presunción actualmente vigente, de modo que el impulso de recibir educación religiosa parta de los padres y/o tutores y no de las autoridades educativas y, en consecuencia, invertirse el alcance que se desprende del silencio de los padres y/o tutores sobre el tema. La falta de iniciativa de los representantes de los alumnos debe interpretarse, contrariamente a lo que sucede en la actualidad, como negativa a recibir la educación religiosa y no como asentimiento, resguardándose la libertad de no manifestar la posición frente a la religión de quienes no quieran hacerlo.

- la enseñanza religiosa debe evitar el ritualismo obligatorio y la catequesis durante la jornada escolar, pues esta actividad no es propia de la escuela pública sino del templo.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y,

por los fundamentos y con el alcance que surge de los considerandos que anteceden, el Tribunal resuelve:

I. Declarar la constitucionalidad del art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta y de los arts. 8°, inc. m, y 27, inc. ñ, de la ley de educación provincial 7546, en cuanto admiten y permiten que la enseñanza de religión se lleve a cabo por medio de programas, docentes, pedagogía y bibliografía que difunda las distintas posiciones frente al hecho religioso y propicie en los educandos el hábito de respeto y tolerancia hacia aquellas.

II. Declarar la inconstitucionalidad, por violación a los derechos a ejercer libremente el culto, de aprender y de privacidad (arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional), de toda práctica que, en la implementación de la enseñanza de religión en las escuelas públicas salteñas, implique la prevalencia conceptual de un culto por sobre los demás, la discriminación de quien no profese ningún culto o de quien profese alguno en particular, la imposición en las clases de catequesis o ritos religiosos, o el ejercicio de alguna forma de coerción para expresar la posición frente al fenómeno religioso de los educandos, sea de modo directo o por vía de sus padres o tutores.

III. Declarar la inconstitucionalidad, por violación del principio de igualdad y de no discriminación (art. 16 de la Constitución Nacional), a la obligación para los alumnos de tener que permanecer en el aula cuando se desarrollen las clases de religión que no respeten las convicciones de sus padres y tutores.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

IV. Exhortar, en el marco del principio de "colaboración sin interferencia" que debe guiar la relación entre el Estado Nacional y los estados provinciales, al Ministerio de Educación de la Provincia de Salta y -por su intermedio- a las autoridades locales pertinentes, a que -a la brevedad y dentro del marco de su competencia- instrumente las medidas necesarias para adaptar los contenidos curriculares de la materia, como así también las modalidades de su implementación a lo aquí expresado, y disponga el cese de todo rito religioso durante la jornada escolar.

V. Exhortar, en función del principio señalado en el ítem precedente, a las autoridades provinciales y locales mencionadas, a controlar de manera sistemática el cumplimiento de las pautas fijadas en esta sentencia en todas las escuelas públicas primarias sujetas a su jurisdicción, a fin de garantizar que el respeto por la tolerancia y pluralidad religiosa y de pensamiento encuentre en el ámbito escolar una recepción real, efectiva y sin discriminación alguna, tomando en cuenta la opinión de todos los involucrados.

Costas por su orden atento a las particularidades del caso (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese a todos los interesados y devuélvase.



Centro de Información Judicial del Poder de la Nación

<http://www.cij.gov.ar/nota-28821-La-Corte-Suprema-resolvi-que-en-Salta-no-podr-darse-educaci-n-religiosa-en-las-escuelas-p-blicas-en-el-horario-escolar-y-como-parte-del-plan-de-estudios.html>

(12 de diciembre de 2017)

Bermudas

A. Proyecto de ley propuesto por el Ministro de Asuntos Internos ("*Ministry of Home Affairs*") y aprobado en el Senado, que busca reemplazar el matrimonio entre personas del mismo sexo vigente⁹, por la figura de "convivencia doméstica" ("*Domestic partnership*")¹⁰ (extracto)

"A BILL
entitled
DOMESTIC PARTNERSHIP ACT 2017
TABLE OF CONTENTS

Preliminary

Citation
Interpretation
Overview of domestic partnership

Capacity

Age of eligibility
Requirement not to be already married or in domestic partnership
Prohibited degrees of domestic partnership

Notice and issue of licence

Notice of domestic partnership and statutory declaration
Registration and publication of notice Issue of licence to enter into domestic partnership
Special licence
Licence and special licence lapse within three months
Licence authorises but does not oblige

Formalisation of domestic partnership

Formalisation by the Registrar
Formalisation by domestic partnership officer
Domestic partnership in extremis

Caveat

Caveat to intended domestic partnership

⁹ Así fue reseñado por la prensa, citando las palabras del ministro. Fuente: <http://www.royalgazette.com/politics/article/20171209/house-mps-approve-domestic-partnerships>

¹⁰ El proyecto fue aprobado por el Senado el 8 de diciembre de 2017.

Powers of Judge regarding caveat Void and voidable domestic partnerships
Grounds on which a domestic partnership is void
Grounds on which a domestic partnership is voidable
Effect of defect in formalities or procedures

Registration

Registration of domestic partnerships
Any person may search register and obtain copies of particulars
Registrar may require information
Alterations and amendments of the register

Domestic partnership officers

Appointment of domestic partnership officers
Ceasing to be a domestic partnership officer
Publication of list of domestic partnership officers

Deputy Registrars

Deputy Registrars

Protection for marriage officers

Provision in respect of marriage officers
Maritime domestic partnerships
Maritime domestic partnerships: interpretation
Maritime domestic partnerships: domestic partnership officers
Maritime domestic partnerships: provisional domestic partnership officers
Maritime domestic partnerships: register of domestic partnership officers
Maritime domestic partnerships: general provisions Maritime domestic partnerships: notices and register

Overseas relationships treated as domestic partnerships

Meaning of “overseas relationships”
Specified relationships and the general conditions
Overseas relationships treated as domestic partnerships
Public policy exception

Breakdown, dissolution and financial relief

Application of Matrimonial Proceedings (Magistrates’ Courts) Act and Rules 1974
Application of Matrimonial Causes Act, Rules and Order 1974

Offences in connection with domestic partnerships

Offences

Extension of bigamy to include domestic partnerships

Miscellaneous

Evidence of domestic partnership by means of Register

Information may be recorded in electronic form

Use of foreign language Annual report Application of Human Rights Act 1981

Application of Human Rights Act 1981

Consequential and related amendments

Reference to domestic partnership in any other enactment

Application by reference of enactments relating to marriage etc

Fees

Consequential and related amendments

Provisions relating to marriage

Clarification of the law of marriage

Saving for certain same sex marriages

Final provisions

Regulations and orders

Crown binding

Commencement

SCHEDULE 1

Prohibited degrees of domestic partnership

SCHEDULE 2 Specified relationships

SCHEDULE 3

Enactments to which section 50 does not apply

SCHEDULE 4

Consequential and related amendments

WHEREAS it is expedient to provide for the formalisation and registration of a relationship between adult couples, to be known as a domestic partnership, to clarify the law relating to marriage, and to make connected and related provision; Be it enacted by The Queen's Most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and the House of Assembly of Bermuda, and by the authority of the same, as follows:

[...]

Overview of domestic partnership

Two people may enter into a domestic partnership under this Act if— they are both over the age of 18 years; neither is currently married, in a domestic partnership or overseas relationship; and they are not within the

prohibited degrees of domestic partnership. A domestic partnership may be formalised by the Registrar or, if the Registrar has issued a licence or the Minister has issued a special licence, by a domestic partnership officer (see sections 13, 14 and 34). After a domestic partnership is formalised, it must be registered under section 21. The dissolution of a domestic partnership is governed by the Matrimonial Causes Act 1974, as applied by section 41. This section is a summary only and subject to the provisions of this Act.

Capacity

Age of eligibility

A person who has not reached the age of 18 years is prohibited from entering into a domestic partnership. Requirement not to be already married or in domestic partnership. A person who is married is prohibited from entering into a domestic partnership. A person who is in a domestic partnership is prohibited from entering into another domestic partnership. A person who is in an overseas relationship is prohibited from entering into a domestic partnership.

Prohibited degrees of domestic partnership

Two people who are within the prohibited degrees of domestic partnership, as set out in Schedule 1, are prohibited from entering into a domestic partnership with each other. Subsection (1) is subject to paragraph 4 of Schedule 1.

Notice and issue of licence

Notice of domestic partnership and statutory declaration

If two people intend to enter into a domestic partnership, one of them shall appear personally before the Registrar and give notice in the prescribed form of the intended domestic partnership. The person giving notice must also make a statutory declaration in the prescribed form before the Registrar declaring that the person believes that— the parties are both over the age of 18 years; neither party is currently married, in a domestic partnership or overseas relationship; the parties are not within the prohibited degrees of domestic partnership or, if they are, a court order has been made under paragraph 4 of Schedule 1 dispensing with the prohibition; and there is no other lawful impediment to the intended domestic partnership; and the particulars in the notice are true. If both of the parties to an intended domestic partnership are ordinarily resident outside Bermuda, the requirements of this section are satisfied if one of the parties posts the notice in the prescribed form to the Registrar; and one of the parties, at any time before the licence is issued or (if the Registrar is to formalise the domestic partnership) the domestic partnership is formalised, makes a statutory declaration as to the matters in subsection (2). The person giving notice under this section must pay the prescribed notice fee.

Registration and publication of notice

On receiving notice of the intended domestic partnership, the Registrar shall enter the particulars contained in the notice and the date of the receipt of the notice in a register (the “Domestic Partnership Notice Register”), and shall keep the notice posted in a conspicuous place in the office of the Registrar-General for a period of not less than fourteen days from the date of the receipt thereof. The Registrar shall also within three days of the receipt of the notice of intended domestic partnership cause a notice in the prescribed form to be published twice in any newspaper published and circulated in Bermuda. Any expenses incurred by the Registrar in the publication of such a notice of domestic partnership shall be paid to the Registrar by the person who gave the notice.

[...]

Grounds on which a domestic partnership is void

A domestic partnership shall be void on the following grounds only, that is to say— if it is not formalised by the Registrar, a Deputy Registrar or a domestic partnership officer; if at the time it was entered into either party was under the age of 18 years; if at the time it was entered into either party was already lawfully married, in a domestic partnership or overseas relationship; if at the time it was entered into the parties were within the prohibited degrees of domestic partnership, and no order under paragraph 4 of Schedule 1 had been obtained; if both parties knowingly and wilfully acquiesce in the formalisation of the domestic partnership under a false name or names; if both parties to the domestic partnership (not being a domestic partnership in extremis) knowingly and wilfully acquiesce in its formalisation without any notice given of the domestic partnership (where such notice is required by this Act) or without the authority, as the case may be of a licence or special licence; or if it is formalised as a domestic partnership in extremis, and both parties knowingly and wilfully acquiesce in its being so formalised without fulfilment of the conditions specified by section 15.

Grounds on which a domestic partnership is voidable

A domestic partnership is voidable on the following grounds only, that is to say— that either party to the domestic partnership did not validly consent to it, whether in consequence of duress, mistake, unsoundness of mind or otherwise; that at the time of the domestic partnership either party, though capable of giving a valid consent, was suffering (whether continuously or intermittently) from mental disorder within the meaning of the Mental Health Act 1968 of such a kind or to such an extent as to be unfit for domestic partnership. that the petitioner was unaware that at the time of the domestic partnership the respondent was suffering from venereal disease in a communicable form; or that the petitioner was unaware that at the time of the domestic partnership the respondent was pregnant by some person other than the petitioner. In subsection (1)(c) and (d), “petitioner” and respondent” mean the parties to an application under the Matrimonial Causes Act 1974, as applied by section 41.

[...]

Domestic partnership officers

Appointment of domestic partnership officers

A person may apply in writing to the Minister to be appointed as a domestic partnership officer and shall give his full name, address and date of birth, and such other particulars as may be prescribed. The Minister may appoint a person as a domestic partnership officer if the Minister, after consulting the Registrar, is satisfied— that the person is of good character; that the person is able to, and will, conscientiously perform the duties of a domestic partnership officer under this Act; and that the appointment is in the public interest. The Registrar shall give notice in the Gazette of the name of every person who is appointed as a domestic partnership officer. A person named in a notice given under subsection (3) is entitled to act as a domestic partnership officer on and from the date specified in the notice until his appointment ceases under section 26.

Ceasing to be a domestic partnership officer

A person ceases to be a domestic partnership officer— in the case of a person who resigns, on the date on which the Registrar receives his written notice of resignation; or in the case of a person whose appointment is cancelled by the Minister under this section, on the date referred to in subsection (5). The Minister, after consulting the Registrar, may cancel a person’s appointment as a domestic partnership officer if he is no longer satisfied, with

respect to the person, as to any of the matters set out in section 25(2). The Minister shall not cancel a person's appointment as a domestic partnership officer without first— giving the person notice that he is considering cancelling the appointment; giving the person a reasonable opportunity to make submissions on the proposed cancellation; and considering any submissions made by the person within that time. The Registrar shall give notice in writing to the person concerned of the Minister's decision to cancel the person's appointment as a domestic partnership officer, and also of any decision not to proceed with a proposed cancellation. If a person's appointment as a domestic partnership officer is cancelled, the notice from the Registrar must specify the date on which the cancellation takes effect, which must be a date not sooner than five days after the date on which the notice is sent.

Publication of list of domestic partnership officers

The Registrar shall keep affixed in a conspicuous place in the office of the Registrar-General a list showing the names of all domestic partnership officers appointed under section 25. The Registrar shall, at least once every year, publish a list in the Gazette of the names of all current domestic partnership officers, and this list may be combined with any notice given under section 25(3). The Registrar may at any time publish in the Gazette a list of the names of persons who have ceased to be domestic partnership officers since the latest list under this section was published.

Deputy Registrars

Deputy Registrars

The Minister may appoint a public officer or a domestic partnership officer to be a Deputy Registrar for the purpose of formalising a domestic partnership under section 13. A Deputy Registrar shall be appointed on such terms and conditions as the Minister may determine and shall act in accordance with the directions of the Registrar. A person who ceases to be a domestic partnership officer under section 26 shall at the same time cease to be a Deputy Registrar.

Protection for marriage officers

Provision in respect of marriage officers

For the avoidance of doubt, a person granted a licence as a marriage officer under— the Marriage Act 1944; the Jewish Marriage Act 1946; the Baha'i Marriage Act 1970; the Muslim Marriage Act 1984; or the Maritime Marriage Act 1999, is not authorised to formalise a domestic partnership unless he is also appointed as a domestic partnership officer under this Act. No marriage officer appointed under any of the enactments listed in subsection (1)(a) to (d) shall be compellable to permit the use of any place of worship under his control for the formalisation of a domestic partnership.

[....]"

Gobierno de Bermuda
<https://www.gov.bm/articles/domestic-partnership-act-2017>
(24 de noviembre de 2017)

Bolivia

A. Comunicado de la Asamblea Legislativa Plurinacional sobre la aprobación en el Senado del artículo 157 del Proyecto de reforma al Código Penal que amplía las causales del aborto y prohíbe la objeción de conciencia, y cuadro comparativo sobre las modificaciones

- **Documento 1: Comunicado: “Senado aprueba por voto nominal artículo 157 del Código de Sistema Penal”**

La madrugada de hoy el pleno de la Cámara de Senadores, aprobó por voto nominal el artículo 157 del Proyecto de Ley del Código de Sistema Penal, referido a la ampliación de las causales del aborto. La solicitud de comprobación del voto fue hecha por el senador de Unidad Demócrata (UD), Oscar Ortiz, tras su aprobación por más de dos tercios de votos por el pleno del Senado.

23 asambleístas ratificaron su voto por mantener la redacción del artículo 157 de la propuesta normativa y nueve expresaron su disidencia. Cumplida este procedimiento que marca el artículo 118 del Reglamento de la Cámara de Senadores (Comprobación del voto), se prosiguió con la aprobación en detalle hasta el artículo 174. A horas 01:20 el pleno de la Cámara de Senadores, decretó un cuarto intermedio en el tratamiento del Proyecto de Ley del Código de Sistema Penal, hasta las 13:00 horas de hoy.

Entre tanto el senador por el Movimiento Al Socialismo (MAS), René Joaquino, manifestó que el Proyecto del Ley del Código de Sistema Penal ha sido trabajado por personalidades académicas a lo largo de más de un año, y en la Cámara de Diputados se hicieron los ajustes y precisiones conforme se recibieron aportes y sugerencias de la sociedad civil.

“Hasta ahora no hemos encontrado propuestas sustanciales como para pensar en una enmienda o modificación, una propuesta como para discutir dentro de una teoría o hipótesis distinta, simplemente son consideraciones generales que dentro de la teoría del derecho penal están en todas las legislaciones”, aclaró Joaquino ante versiones de legisladores de oposición que manifestaron que el MAS tiene un apuro en la aprobación del Proyecto del Ley del Código de Sistema Penal.

El nuevo Código se funda en el mandato constitucional de garantizar la construcción de una sociedad justa y armoniosa sustentada en la cultura de paz, el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes fundamentales, la descolonización, la despatriarcalización, la no discriminación, la consolidación de identidades plurinacionales y la protección y seguridad de todas las personas fomentando el respeto mutuo y una vida digna acorde con los Instrumentos, Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario ratificados, firmados, o a los que se hubiera adherido el Estado Plurinacional de Bolivia.”

Asamblea Plurinacional de Bolivia

<http://senado.gob.bo/prensa/noticias/senado-aprueba-por-voto-nominal-art%C3%ADculo-157-del-c%C3%B3digo-de-sistema-penal>

(6 de diciembre de 2017)

[Volver al índice](#)

- **Documento 2:** Cuadro comparativo que identifica las modificaciones al Código Penal en materia de aborto¹¹

Código Penal vigente (1972) ¹²	Reforma al Código Penal (nuevo Artículo 157) ¹³
CAPITULO II ABORTO ARTÍCULO 263°.- (ABORTO). <u>El que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado:</u> <u>1. Con privación de libertad de dos a seis años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de diez y seis años.</u> <u>2. Con privación de libertad de uno a tres años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer.</u> <u>3. Con reclusión de uno a tres años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento.</u> <u>La tentativa de la mujer, no es punible.</u> ARTICULO 264°.- (ABORTO SEGUIDO DE LESION O MUERTE). Cuando el aborto con el consentimiento de la mujer fuere seguido de lesión, la pena será de privación de libertad de uno a cuatro años; y si sobreviniere la muerte, la sanción será agravada en una mitad. Cuando del aborto no consentido resultare	Texto del Artículo 157 del Proyecto de Reforma al Código del Sistema Penal "ARTICULO 157. (ABORTO). I. La persona que cause el aborto a una mujer embarazada sin el expreso y libre consentimiento de ésta, o de su representante legal cuando ella esté impedida de manifestar su voluntad por cualquier causa, será sancionada con tres (3) a diez (10) años de prisión. II. La sanción será agravada en un tercio cuando el aborto sea causado por el ejercicio de cualquier tipo de violencia contra la mujer. III. Cuando a consecuencia del aborto practicado sin consentimiento se produzca la muerte de la mujer, se aplicará la sanción correspondiente al Femicidio. IV. La mujer que voluntariamente interrumpa su embarazo fuera de los casos previstos en el Parágrafo V de este Artículo, será sancionada con prisión de uno (1) a tres (3) años. V. No constituirá infracción penal, cuando la interrupción voluntaria del embarazo sea solicitada por la mujer y concurran cualquiera de las siguientes circunstancias: 1. Se realice durante las primeras ocho (8) semanas de gestación y:

¹¹ Cuadro elaborado por M. Josefina Silva S., investigadora del Centro.

¹² Fuente: <https://bolivia.infoleyes.com/norma/1401/codigo-penal-cp>

¹³ Fuente: <http://senado.gob.bo/prensa/noticias/senado-aprueba-por-voto-nominal-art%C3%ADculo-157-del-c%C3%B3digo-de-sistema-penal>

una lesión, se impondrá al autor la pena de privación de libertad de uno a siete años; si ocurriere la muerte, se aplicará la de privación de libertad de dos a nueve años.

ARTICULO 265°.- (ABORTO HONORIS CAUSA).

Si el delito fuere cometido para salvar el honor de la mujer, sea por ella misma o por terceros, con consentimiento de aquella, se impondrá reclusión de seis meses a dos años, agravándose la sanción en un tercio, si sobreviniere la muerte.

ARTÍCULO 266°.- (ABORTO IMPUNE).

Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada.

Tampoco será punible si el aborto hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios.

En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso.

ARTÍCULO 267°.- (ABORTO PRETERINTENCIONAL).

El que mediante violencia diere lugar al aborto sin intención de causarlo, pero siéndole notorio el embarazo o constándole éste, será sancionado con reclusión de tres meses a tres años.

ARTICULO 267 bis. (ABORTO FORZADO).

Quien mediante violencia física, psicológica o sexual contra la mujer le causare un

a) Tenga a su cargo personas adultas mayores, con discapacidad u otros menores consanguíneos o no; o,

b) Sea estudiante;

2. Tampoco constituirá infracción penal cuando:

a) Se realice para prevenir un riesgo presente o futuro para la vida de la mujer embarazada;

b) Se realice para prevenir un riesgo presente o futuro para la salud integral de la mujer embarazada;

c) Se detecten malformaciones fetales incompatibles con la vida;

d) Sea consecuencia de reproducción asistida no consentida por la mujer;

e) El embarazo sea consecuencia de violación o incesto; o,

f) La embarazada sea niña o adolescente.

VI. El sistema nacional de salud, de manera gratuita, deberá precautelar la libre decisión, la salud y la vida de la niña, adolescente o mujer, y **no podrá negar la interrupción del embarazo ni su atención integral en los casos previstos en el Parágrafo precedente alegando objeción de conciencia**¹⁴ y estará obligado a mantener el secreto profesional. El rechazo o negativa a realizar la intervención médica para la interrupción voluntaria del embarazo por objeción de conciencia, es una decisión siempre individual del personal médico o sanitario directamente implicado en la realización del acto médico, que debe manifestarse anticipadamente por escrito. Lo dispuesto en el presente Parágrafo, no es aplicable en los casos graves o urgentes en los cuales la intervención es indispensable.

¹⁴ El destacado es nuestro.

aborto, será sancionado con reclusión de cuatro (4) a ocho (8) años. ARTÍCULO 268°.- (ABORTO CULPOSO). El que por culpa causare un aborto, incurrirá en prestación de trabajo hasta un año. ARTICULO 269°.- (PRACTICA HABITUAL DE ABORTO). <u>El que se dedicare habitualmente a la práctica de aborto, incurrirá en privación de libertad de uno a seis años.</u>	Cada servicio de salud público deberá garantizar que la atención sea efectivamente brindada por otro profesional de la salud no objetor. VII. El único requisito para la interrupción del embarazo en los casos señalados en el Parágrafo V, será el llenado de un formulario de constancia del consentimiento informado de la mujer y el señalamiento de la causal y circunstancias de su decisión, sin necesidad de otro trámite, requisito o procedimiento previo de ninguna naturaleza.”
---	--

[Volver al índice](#)

Colombia

A. Resolución de la Corte Constitucional sobre el estado de los derechos fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas y afrodescendientes (extracto)¹⁵

“Evaluación de los avances, rezagos y retrocesos en la superación del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) declarado mediante la sentencia T-025 de 2004, en el marco del seguimiento a los autos 004 y 005 de 2009”¹⁶

Magistrada Ponente:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 del 2004, integrada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, adopta la presente providencia con fundamento en las siguientes,

CONSIDERACIONES

Evaluación de la superación del ECI respecto de los derechos fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas y afrodescendientes

1. En el auto 373 de 2016 la Sala Especial evaluó (i) la superación o permanencia del ECI en cada componente de la política pública dirigida a la población desplazada; (ii) para lo cual se precisaron los umbrales que se deben satisfacer en cada caso; (iii) el nivel de cumplimiento de las órdenes estructurales emitidas; y definió, en consecuencia, (iv) cuando el juez constitucional debía intervenir. Para realizar esta evaluación analizó los diferentes informes allegados por el Gobierno Nacional, los Órganos de Control, la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado y la Población Desplazada, entre otros; las mediciones del goce efectivo de los derechos de la población desplazada, presentadas por la Unidad para las Víctimas y la Contraloría General de la República y debatidas en el marco de la audiencia pública celebrada el 14 septiembre de 2015; y en otros casos, cuando esa medición no era posible porque la información, a efectos de realizar el ejercicio comparativo, no se encontraba disponible, se señalaron unos criterios provisionales

Igualmente, por disposición de la Sala se realizaron diferentes visitas a los territorios para observar el estado de algunas de las problemáticas que afectaban a la población desplazada en los departamentos de Antioquia, Bolívar, Chocó, Córdoba y Norte de Santander; se realizaron ejercicios de diagnóstico del estado actual de cada componente de la política pública, los cuales quedaron recogidos en los autos de solicitud de información proferidos a lo largo del 2015 y, con la documentación allegada en virtud de dichas providencias, se consolidaron las temáticas principales sobre las cuales la Sala se pronunció en el referido auto.

¹⁵ Sentencia completa en:

http://derechoyreligion.uc.cl/images/pdf/Resolucion_Corte_Constitucional_estado_de_cosas_inconstitucional_pueblos_ind%C3%ADgenas.pdf

¹⁶ Las notas al pie del original han sido omitidas.

Adicionalmente, en esa providencia la Sala Especial recordó que los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes son *“grupos en los que no sólo ‘se manifiesta la continuidad del ECI’ sino en los que este último se expresa de manera más ‘crítica, alarmante y apremiantemente’”;* razón por la cual reafirmó que, *“por mandato de la Carta Política, la superación del ECI implica una solución estatal inmediata, decidida y efectiva ‘que amerita medidas específicas de resolución’ a favor de estos grupos poblacionales, atendiendo al impacto diferencial y desproporcionado que el desplazamiento forzado provoca en tales casos”*. Asimismo, reiteró que desde el auto 008 de 2009, se estableció que *“la demostración de la conducencia de las políticas públicas implementadas para lograr el goce efectivo de los derechos de la población desplazada, comprende no sólo su orientación de manera racional, adecuando así la capacidad técnica y presupuestal a las obligaciones asumidas por el Estado, sino la introducción de un enfoque diferencial, en especial respecto de mujeres, menores, adultos mayores, indígenas, afrocolombianos y personas con discapacidad, tal como ya se había definido en la sentencia T-025 de 2004”*.

2. No obstante, el auto 373 de 2016 no incorporó un análisis étnicamente diferenciado, teniendo en cuenta, en primer lugar, que el enfoque diferencial étnico, si bien cuenta con algunos indicadores de goce efectivo, adoptados en el 2008 a través del auto 116 y reajustados en 2013, ni el Gobierno Nacional ni la Contraloría General de la República los integraron en sus mediciones. En segundo lugar, como lo ha resaltado la Defensoría del Pueblo, las encuestas no incorporaron en sus mediciones los enfoques diferenciales de forma que su resultado *“permitiera identificar impactos adicionales a los grupos vulnerables identificados por la Corte Constitucional: mujeres, niños, niñas y adolescentes, indígenas, afro y personas con discapacidad (...), lo cual pudo haber invisibilizado sus carencias particulares”*. En tercer lugar, estas mediciones fueron *“realizadas únicamente en cascos urbanos, dejando por fuera a la población desplazada que se encuentra viviendo en zonas rurales del país”*, tales como la población en sus territorios colectivos o ancestrales. Y, en cuarto lugar, porque, como lo han advertido la Comisión de Seguimiento a la Política Pública Sobre Desplazamiento Forzado y la Unidad para las Víctimas, *“en la actualidad no se cuenta con todos los indicadores, ni con todas las fuentes de información necesarias para realizar de manera completa tal ejercicio de valoración”*.

3. Con relación a este último aspecto, es preciso advertir que la Corte Constitucional desde la misma sentencia T-025 de 2004 *“señaló la ausencia de indicadores y mecanismos de seguimiento y evaluación como uno de los problemas más protuberantes de la política de atención a la población desplazada”*. A pesar de ello, y de las diferentes órdenes dictadas por esta Corporación para superar este vacío, actualmente no existe una batería de indicadores completa que permita evaluar el cumplimiento y la continuidad de la política pública dispuesta para proteger los derechos de pueblos étnicos ni detectar los errores y obstáculos de su diseño e implementación con el fin de adoptar decisiones encaminadas a superar dichas fallas.

Como consecuencia de lo anterior, en estado actual de cosas no es posible definir umbrales de cumplimiento y de superación de falencias en la política pública para los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes desplazados o en riesgo de estarlo. En tal sentido, como lo señaló la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, la construcción de estos parámetros no depende exclusivamente del tipo de derecho que se evalúe (título jurídico, alcance y razón de ser), sino que además requiere ser construido con los indicadores del goce efectivo de derechos e incluso, con los indicadores complementarios o sectoriales cuando así se requiera.

Adicionalmente, como se verá en la parte final de la presente providencia, el componente de registro presenta diferentes obstáculos en el acceso al mismo, como en su trámite y la disponibilidad en línea de la información

contenida en los diferentes sistemas necesarios para la caracterización de la población indígena o afrodescendiente desplazada.

Así las cosas, esta Sala Especial ordenará al Gobierno Nacional, en cabeza de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y al Director del Departamento Nacional de Planeación que, con la participación de los organismos de control y la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (i) analicen si actualmente los sistemas de información utilizados para capturar información sobre la población desplazada y caracterizarla, cuentan con variables o identificadores lo suficientemente robustos para diseñar indicadores relacionados con el goce efectivo de derechos de los pueblos étnicos; y (ii) realicen un análisis de la suficiencia, pertinencia y adecuación de los indicadores étnicos existentes y consoliden una batería de indicadores a medir por parte de la Unidad para las Víctimas y el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas; (iii) que permita evaluar los avances, estancamientos y retrocesos de la respuesta estatal respecto al goce efectivo de los derechos territoriales, a la identidad cultural y la autonomía de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

4. Ahora, si bien es cierto que se hace necesario formular y reajustar algunos indicadores, y efectuar una medición confiable de los mismos, para adelantar la evaluación del ECI, como quiera que la carga de demostrar el avance en su superación es del Gobierno Nacional, ello no impide que la Sala Especial pueda verificar si las personas desplazadas étnicamente diferenciadas, en este caso indígenas y afrodescendientes, gozan efectivamente de sus derechos, se avanza en esa dirección o si por el contrario, continúan en grave situación de vulnerabilidad. Así pues, esta Corporación ha manifestado en diferentes providencias que *“la Corte Constitucional adoptará las decisiones a que haya lugar con base en la información que presenten los organismos de control, ACNUR y la Comisión de Seguimiento, quienes podrán incluir en sus informes lo que estimen apropiado para adoptar elementos de juicio suficientes, adecuados y significativos sobre la garantía del goce efectivo de sus derechos”*.

5. Conforme con lo señalado, pese a que no se advierte aún un conjunto de indicadores consolidado (pertinentes, suficientes y adecuados), que hayan sido sometidos a ejercicios de medición; y a que aún no es posible determinar cuál ha de ser la metodología adecuada para evaluar cuándo se entiende por superado el ECI en el caso de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes, y también para orientar a las autoridades sobre el impacto de sus acciones y la dirección que éstas deben seguir, esta Sala Especial procederá, a partir de la información aportada por los diferentes actores del proceso de seguimiento, a *evaluar la superación Estado de Cosas Inconstitucional frente a los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas y afrodescendientes*.

6. Al respecto, es el mismo Gobierno quien reconoce la persistencia del ECI frente a los derechos de las comunidades afrodescendientes y los pueblos indígenas. De acuerdo con las solicitudes elevadas en 2015 a la Corte, en torno a declarar superado el ECI en algunos componentes, avances importantes en otros, y una última categoría de sólo “avances”, para el caso de los enfoques diferenciales, dentro de la cual se pidió puntualmente que *“reconozca avances en la política dirigida hacia los grupos de enfoques (...) étnicos afros e indígenas”*. En ese sentido, la Corte Constitucional encuentra que ciertamente los Decretos Ley 4633 y 4635 de 2011 representan un avance importante en la garantía de los componentes de asistencia humanitaria, prevención y protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales de la población étnica que ha sido afectada por el conflicto armado, en la medida en que estas disposiciones establecen medidas de carácter especial y

diferenciado que están en consonancia con los preceptos que esta Corte ha desarrollado y exigido a lo largo del proceso de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004.

No obstante, esta Corte coincide con el Gobierno, en que todavía no se han corregido las falencias identificadas por el seguimiento a dicha sentencia, ni conseguido la satisfacción de los derechos de la población indígena y afrodescendiente desplazada forzosamente, razón por la cual aún no están dadas las condiciones para entender superado el Estado de Cosas Inconstitucional frente a los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas y afrodescendientes, pues pese a los requerimientos puntuales que se hicieron a través de los autos 004 y 005 de 2009 para la protección de esta población, de acuerdo con lo expuesto en los documentos y demás instrumentos de análisis, las comunidades afrodescendientes y pueblos indígenas de Colombia siguen sin ser tratados como sujetos de especial protección constitucional, afrontan riesgos frente a su vida, integridad y patrimonio cultural, a causa de la violencia generalizada y el conflicto armado interno, pues han sido víctimas de gravísimas violaciones a sus derechos fundamentales individuales y colectivos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, todo lo cual ha repercutido en su desplazamiento forzado individual y/o colectivo.

7. Puntualmente, la inobservancia del enfoque étnico en el marco del desplazamiento forzado se concentra en la expedición de normas, lineamientos de política pública y documentos formales que no logran repercutir, con la suficiente efectividad, en las situaciones de riesgo y las afectaciones diferenciales de sufren las comunidades étnicas. Así, los contextos de violencia al interior de los territorios indígenas y afrodescendientes continúan potenciando múltiples y continuados casos de desplazamiento forzado y restricciones a la movilidad; sumados a la incapacidad institucional para revertir las afectaciones nocivas y diferenciales que generó el desarraigo y la inadecuada atención en espacios urbanos. Atendiendo además al nivel de cumplimiento bajo de las diversas órdenes emitidas y a la persistencia de bloqueos institucionales y prácticas inconstitucionales. En consecuencia, esta Sala Especial procederá a declarar que el Estado de Cosas Inconstitucional frente a los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas y afrodescendientes, persiste.

[...]

A. ***Evaluación que determina la persistencia de la intervención del juez constitucional frente al derecho a la autonomía***

19. Conforme con el diagnóstico recién expuesto, esta Sala Especial observa cómo el núcleo del derecho fundamental a la autonomía y los mecanismos dispuestos para su concreción, se encuentran afectados y limitados como consecuencia de un *bloqueo institucional*, derivado de dos factores principales. En primer lugar, de la disparidad entre la capacidad institucional y los recursos efectivamente destinados para garantizar los espacios de consulta y concertación con las comunidades, en contrapunto con las obligaciones estatales. En segundo lugar, por la profunda descoordinación entre las distintas entidades estatales y, entre aquellas y las autoridades étnicas en el cumplimiento de los autos de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, en articulación con las medidas contempladas en los Decretos 4633 y 4635 de 2011. Esto último, además, ha provocado una distorsión en sus contenidos que, a su vez, ha generado una mayor descoordinación.

19.1. En concreto, a pesar de los mandatos internacionales, constitucionales y legales en materia de concertación y consulta previa (Convenio 169 de la OIT, art. 93 Superior y Ley 21 de 1991), se observa que el Gobierno Nacional no ha dispuesto de la capacidad institucional ni presupuestal suficiente para cumplir con estos mandatos y obligaciones, razón por la cual se desconoce el principio de coherencia señalado en la sentencia T-025 de 2004. Respecto a la capacidad institucional, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General

de la República, han advertido especialmente la frecuente rotación de funcionarios, la delegación de funciones a contratistas y la consecuente falta de continuidad en los procesos, como factores que inciden en los fuertes retrasos evidenciados en el cumplimiento de las órdenes.

En torno al presupuesto, el Gobierno Nacional reconoce la falta de asignaciones específicas y suficientes para asegurar la realización de dichos espacios participativos. Sin embargo, de acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, las autoridades administrativas continúan sin hacer lo suficiente por remediar esta situación. En tal sentido, esta Corporación considera que se está frente a *“un grave riesgo de incumplimiento de los procesos de consulta previa y la efectiva materialización de los acuerdos”*, dado que el Gobierno no cuenta con un plan financiero que responda a las necesidades planteadas.

19.2. Por otra parte, siguiendo las consideraciones expuestas en el auto 373 de 2016, esta Corporación encuentra un bloqueo institucional por la descoordinación tanto interadministrativa, como entre las entidades estatales y las autoridades étnicas. Lo anterior, se manifiesta en la persistencia de obstáculos materiales (i.e. persistencia del conflicto en los territorios o amenazas a líderes) y administrativos tales como (a) la ausencia de parámetros claros en torno a los procesos de consulta previa, (b) la distorsión de las medidas ordenadas y los contenidos normativos y (c) las diferencias sustantivas entre la Administración y las comunidades. Así como también, en omisiones como (d) la continuidad de procedimientos inadecuados y (e) actuaciones insuficientes frente a la débil capacidad organizativa de algunos pueblos y comunidades. Como consecuencia de este contexto, la respuesta gubernativa se ha tornado tanto ineficiente como inoperante y ha generado una profunda sensación de desgaste al interior de los grupos étnicos, que incide en el desbloqueo de esta situación.

a) En primer lugar, esta Sala observa cómo la ausencia de parámetros claros en los procesos de consulta previa, han generado que la participación de las comunidades se restrinja y su incidencia se reduzca, al tiempo en que se producen fuertes estancamientos en la formulación e implementación de la política pública. Esto se concreta en la indeterminación por parte del Gobierno Nacional, en torno a qué medidas deben ser objeto de tal proceso, cuál debe ser el procedimiento para tal propósito (etapas, alcance de las mismas, plazos, costos, etc.) y bajo qué criterios se lleva a cabo.

b) En segundo término, encuentra esta Sala una profunda desarticulación entre las diferentes medidas dispuestas en los Decretos 4633 y 4635 de 2011 y los autos de seguimiento, que ha sido originada especialmente por la distorsión de los contenidos de unos y otros por parte del Gobierno. Así, en torno a la autonomía de los pueblos étnicos, la tergiversación de las diferentes medidas ha provocado una proliferación de espacios participativos que, a pesar de tener objetivos similares, no se articulan, lo cual, sumado a la promoción de sustitución de figuras o autoridades tradicionales (*supra*), ha limitado la concreción y materialización de la autonomía.

c) Lo anterior, adicionalmente, ha profundizado diferencias sustantivas entre las autoridades administrativas y las comunidades, agravando la situación de descoordinación. Así se ha podido observar, por ejemplo, en el caso de los Planes de Salvaguarda Étnica (PSE) donde tales discrepancias se presentaron en algunos diagnósticos respecto a los elementos requeridos por esta Corporación en el auto 004 de 2009. Igual situación se ha presentado en el caso de los afrodescendientes, especialmente frente a los Planes Específicos (PE), puesto que, en consideración de la Procuraduría, se han concertado diagnósticos que no corresponden propiamente al objeto establecido en el auto 005 de 2009, de ahí que para la Sala, algunas medidas no tienen garantías suficientes para su cumplimiento.

d) Por otra parte, respecto a las omisiones, esta Corporación identificó diferentes casos en que los procedimientos dispuestos por el Gobierno Nacional resultan inadecuados e inaccesibles para los grupos étnicos. Como resultado, en consideración de la Defendería del Pueblo, los espacios participativos se han reducido a cuestiones logísticas u operativas, donde se desconocen las necesidades y limitaciones que tienen los pueblos, tales como problemas de comunicación lingüística o la inseguridad en sus territorios, los cuales limitan la participación de las autoridades tradicionales y representantes en diversos espacios.

e) Ligado a lo anterior, en sus informes, el Gobierno Nacional ha señalado la *“falta de conocimiento y comprensión del alcance y sentido de la consulta previa”*, como una falencia en su implementación. Sin embargo, no se observa por parte de la Administración, procesos efectivos para la formación y fortalecimiento de los pueblos, comunidades, sus autoridades y representantes; especialmente en aquellos casos en que las comunidades enfrentan crisis humanitarias recurrentes, donde los rezagos son mayores.

17.3. Como consecuencia del contexto de *parálisis administrativa*, la respuesta gubernamental se ha tornado tanto ineficiente –porque no ha logrado superar la fase de concertación o consulta de las medidas (ordenadas y normativas)–, como inoperante –dado su bajo nivel de implementación, materialización o concreción de las medidas necesarias para la protección de los derechos de la población étnica–, generando barreras adicionales a las comunidades para poder concretar sus derechos, desde la autonomía misma, como la protección de sus derechos territoriales para asegurar su identidad cultural.

Esta Sala advierte que, sumado a los factores recién señalados, al interior de los pueblos y comunidades, e incluso al interior del propio Gobierno, se encuentran altos niveles de confusión, desgaste e inconformidad. Situación que se ha venido agravando, entre otras razones, como consecuencia de los reducidos avances; de una oferta institucional que no parte de las necesidades de la población a atender, sino de los planes y programas que ya existen; de los reiterados aplazamientos de los espacios de consulta y participación que restan continuidad a las acciones gubernamentales; de la falta de ejercicios de planeación que impide una ejecución eficiente y; de los limitados tiempos que se establecen para lograr un acuerdo adecuado entre el Estado y las comunidades.

[...]

B. Derechos territoriales de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes desplazados y/o con restricciones a la movilidad

[...]

La Corte Constitucional ha sido informada de daños y afectaciones territoriales asociadas a las actividades subsiguientes, las cuales se explican en detalle en los Anexos I y II de la presente providencia:

a) Plantación, transformación, transporte y expansión de cultivos de uso ilícito en territorios indígenas y afrocolombianos ubicados en la región pacífica y los departamentos de Guaviare, Meta, Putumayo y Caquetá, principalmente. Estas comunidades, en consecuencia, habitan corredores estratégicos de salida de droga, zonas de cultivo y procesamiento, puertos y espacios fronterizos utilizados por los grupos armados ilegales, por lo que sufren graves afectaciones territoriales, ambientales y comunitarias, así como secuelas de las aspersiones áreas con glifosato.

b) Actividades de exploración y explotación legal e ilegal de recursos naturales no renovables en territorios indígenas y afrodescendientes, con efectos devastadores para la conservación del medio ambiente y los modos de vida tradicionales de estas comunidades. Sobre todo, la minera dificulta el mantenimiento de áreas de importancia ecológica y cultural; destruye **lugares sagrados y de utilización tradicional**; afecta a la población indígena en aislamiento voluntario e impide el restablecimiento de las estructuras socio-económicas de la población que retorna. Para la Defensoría del Pueblo esta actividad además contamina fuentes hídricas por la sedimentación, dragado, presencia de grasas, aceites, residuos de combustible y de mercurio, sin un mínimo de reparo por las familias que obtienen de ahí el consumo de agua, lo que se ha convertido en un profundo obstáculo para el mantenimiento de prácticas tradicionales de sustento.

c) La siembra de monocultivos, en particular, la expansión de la producción agroindustrial de la palma de aceite. Los órganos de control y la sociedad civil explicaron a la Corte los efectos negativos de los monocultivos con fines agroalimentarios y de producción de biocombustibles, pues consideran que estas actividades sin el debido respeto de las limitaciones legales y constitucionales, niega la conservación de prácticas tradicionales y de áreas de importancia ecológica. En su sentir, la utilización de los suelos para implementar sistemas de producción a gran escala y sin la adecuada vigilancia, afectan fuentes hídricas por los residuos de los plaguicidas, una mayor fragilidad de los ecosistemas tradicionalmente habitados, y una pérdida de la capa orgánica, entre otras consecuencias.

d) La producción ganadera extensiva significa para las comunidades étnicas la pérdida del uso, goce y disposición de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios. De un lado, por la compra masiva de predios que fueron abandonados o despojados con ocasión del conflicto armado, para implementar esta clase de proyectos y, de otro lado, por las amenazas a la biodiversidad, en especial, por la destrucción de bosques y la expulsión de gases.

e) Impactos territoriales, ambientales y comunitarios como consecuencia de la tala incontrolada de árboles. Estos impactos estuvieron asociados a la deforestación, pérdida y deterioro de la diversidad, interrupción del ciclo del agua y la extinción de las especies, con lo que se limita, a juicio de las comunidades, su seguridad y soberanía alimentaria.

f) Realización de obras de infraestructura y transporte en territorios étnicos, en las que se omite o hay fallas en la consulta previa. Sobre el particular, las comunidades étnicas han denunciado despojos y/o desalojos, destrucción de prácticas tradicionales de sustento, afectaciones de viviendas aledañas a los proyectos, problemas de salud, hostigamientos, amenazas, reubicaciones forzadas y confinamiento, entre otras situaciones. Al final, las secuelas a mediano y largo plazo que producen estas actividades en los territorios étnicos y la falta de respuesta gubernamental a las mismas, es una situación que abiertamente potencia el desplazamiento forzado.

[...]

34. En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 del 2004,

RESUELVE

Aspectos generales

Primero. - DECLARAR que el Estado de Cosas Inconstitucional frente a los pueblos y las comunidades indígenas y afrodescendientes afectados por el desplazamiento, en riesgo de estarlo y con restricciones a la movilidad, no se ha superado, pues la política pública encargada de la prevención de estos flagelos y de la atención de la población carece de un enfoque integral sensible a los riesgos y afectaciones especiales que sufren y que se traduce en la vulneración masiva y sistemática de derechos como la autonomía, la identidad cultural, el territorio y en la presencia de barreras de acceso y trámite en el registro, que compromete indefectiblemente su pervivencia física y cultural.

Segundo. - DECLARAR que el nivel de cumplimiento de las órdenes encaminadas a atender y proteger a los pueblos y comunidades indígenas y afrocolombianos que han sido desplazados o están en riesgo de estarlo, es bajo, ya que la respuesta del Gobierno Nacional y de los Gobiernos Locales no ha logrado contener los riesgos que afrontan en sus territorios, ni atenderlos eficazmente una vez se ha producido el desplazamiento, desconociendo, además, el enfoque diferencial étnico en dichas acciones.

Tercero. - ORDENAR, a través de la Secretaría General de esta Corporación, al Director de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y al Director del Departamento Nacional de Planeación que, con la participación de los órganos de control y la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado: (i) analicen si actualmente los sistemas de información utilizados para capturar información sobre la población desplazada y caracterizarla, cuentan con variables o identificadores lo suficientemente robustos para diseñar indicadores relacionados con el goce efectivo de derechos de la población étnica; y (ii) realicen un análisis de la suficiencia, pertinencia y adecuación de los indicadores étnicos existentes y consoliden una batería de indicadores a medir por parte de la Unidad para las Víctimas y el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas; (iii) que permita evaluar los avances, estancamientos y retrocesos de la respuesta estatal respecto al goce efectivo de los derechos territoriales, a la identidad cultural y la autonomía de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

El documento referenciado deberá ser allegado a esta Sala Especial de Seguimiento en un término no superior a seis (6) meses, contado a partir de la comunicación de la presente providencia.

Cuarto. - ORDENAR, mediante la Secretaría General de esta Corporación, al Director de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Director del Departamento Nacional de Planeación que, con estricta observancia del principio de coherencia: (i) evalúen la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario realizar para cumplir con las órdenes emitidas por esta Corte en los autos 004 y 005 de 2009, 382 de 2010, 174 de 2011, 045, 173, 299 de 2012 y 073 de 2014; así como las obligaciones a favor de la población étnica víctima de desplazamiento forzado contenidas en los Decretos Ley 4633 y 4635 de 2011, atendiendo a las advertencias realizadas por los organismos de control y los actores de la sociedad civil, recogidas en este pronunciamiento; (ii) determinen el ritmo con el cual darán cumplimiento a estas obligaciones; (iii) precisen las fuentes y los mecanismos de consecución de los recursos, al igual que los respectivos componentes en los cuales se van a ejecutar y, finalmente, (iv) prevean un plan de contingencia en el evento de que los mecanismos y fuentes de recursos inicialmente designados sean insuficientes para dar cumplimiento a las obligaciones señaladas.

El Director de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas deberá presentar un informe, en medio físico y magnético, ante esta Sala Especial de Seguimiento, en un término no superior a los dos (2) meses a partir de la notificación del presente auto. Igualmente, deberá presentar informes trimestrales acerca de la implementación del plan de contingencia hasta el cumplimiento de la orden, que no podrá exceder el plazo máximo de un (1) año, contado a partir de la comunicación del presente auto; así como correrle traslado de esos informes a los órganos de control, para que hagan las observaciones que encuentren pertinentes en la materia.

[...]

Autonomía

Noveno. -**ORDENAR** al Ministro del Interior que, junto con el Ministro de Minas y Energía, la Directora General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y los Presidentes de las Agencias Nacionales de Hidrocarburos y de Infraestructura y demás autoridades concernidas, garantice el cumplimiento del deber de adelantar los procesos de consulta previa para la protección de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, frente a proyectos de exploración y/o explotación minera, turística o portuaria, planes de erradicación de cultivos ilícitos, proyectos extensivos de monocultivos agrícolas, obras de infraestructura, y cualquier otra medida que pueda afectarlos directamente, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación. Adicionalmente, en aquellos casos específicos en que la medida implique el desplazamiento de las comunidades por la obra o proyecto, esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en tierras étnicas o represente un alto impacto social, cultural o ambiental, que pueda amenazar su subsistencia como pueblo indígena o tribal étnicamente diferenciado, será deber del Gobierno Nacional obtener el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad.

Para determinar el riesgo de desplazamiento o el alto impacto de la medida, en desarrollo de los procesos de concertación y consulta, las autoridades y los pueblos étnicos identificarán y determinarán conjuntamente en cada caso el tipo, la gravedad y el nivel de afectación de la medida sobre los territorios y los derechos colectivos de la comunidad. Sin embargo, en aquellos casos específicos en que no haya acuerdo y la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, concluyan que el riesgo de desplazamiento o mayor impacto de una medida específica sobre los derechos colectivos de una o varias comunidades étnicas concretas, pone en riesgo su pervivencia como grupo étnicamente diferenciado, de acuerdo con los estándares identificados jurisprudencialmente, el Gobierno deberá obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades directamente afectadas, y explorar alternativas menos lesivas de acuerdo a las particularidades de cada caso, con la participación de las comunidades y con fundamento en estudios previos de entidades independientes y técnicamente idóneas.

En caso de comprobarse que todas las medidas son perjudiciales y que la intervención podría tener un impacto demasiado alto sobre los derechos colectivos fundamentales de las comunidades afrodescendientes y/o los pueblos indígenas, lo que pondría en riesgo su subsistencia étnica, prevalecerá la protección de sus derechos bajo el principio de interpretación *pro persona*.

En virtud de lo anterior, la Sala SOLICITA a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que, de ser pertinentes para el caso, incorporen en sus informes el lenguaje y los criterios analíticos desarrollados

por la Corte Constitucional, para determinar y advertir el riesgo de desplazamiento y el nivel de impacto de las medidas que, en su criterio, puedan afectar directamente a los grupos étnicos.

Décimo.-ORDENAR al Ministro del Interior, como director de los procesos de consulta previa, y al Director de la Unidad para las Víctimas, como coordinador del SNARIV, formular e implementar un plan de priorización para desbloquear los procesos de concertación y consulta de las órdenes de los autos complementarios a la sentencia T-025 de 2004 y las medidas de los Decretos Legislativos 4633 y 4635 de 2011, en el cual se tome en cuenta (i) las debilidades organizativas de las comunidades; (ii) la situación humanitaria que afrontan –especialmente considerando aquellas comunidades y pueblos que han sufrido crisis humanitarias recurrentes–; y (iii) la mayor necesidad de protección en virtud de su condición de vulnerabilidad. Adicionalmente, (iv) este plan deberá, de manera previa, articular las medidas ordenadas en los autos 004 y 005 de 2009, 18 de mayo y 382 de 2010, 174 de 2011, 045, 173 y 299 de 2012 y 073 de 2014, con las disposiciones contenidas en los Decretos recién referidos, de acuerdo con la orden quinta de este auto.

Undécimo. -ORDENAR al Ministro del Interior, como director de los procesos de consulta previa, y al Director de la Unidad para las Víctimas, como coordinador del SNARIV, en virtud de la orden anterior, (i) asegurar la presencia institucional requerida y con poder de decisión, en los procesos de consulta y/o concertación, lo cual implica (ii) adoptar las medidas necesarias para contar con el presupuesto y el personal suficiente, así como (iii) una labor previa de articulación de las medidas y de coordinación interinstitucional donde se defina una propuesta de plan o medida a consultar/concertar que, (iv) en todo caso, resulte flexible, adecuada y acorde con el enfoque diferencial étnico. Esto, sin que se afecten o suspendan los procesos de consulta y concertación de las órdenes de los autos complementarios a la sentencia T-025 de 2004 y las medidas de los Decretos Legislativos 4633 y 4635 de 2011, que actualmente se adelantan.

Además, en el término de seis (6) meses, los procesos de consulta y concertación iniciados deberán estar ajustados conforme al plan o la estrategia ordenada en el numeral quinto de la parte resolutive de la presente providencia.

Duodécimo. -ORDENAR al Ministro del Interior, como director de los procesos de consulta previa, y al Director de la Unidad para las Víctimas, como coordinador del SNARIV, diseñar una estrategia que permita garantizar el derecho a la participación y consulta de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes, con los que se fortalezca a aquellos que tienen menos capacidad organizativa y relacionamiento institucional, como los protegidos a través de autos específicos o con emergencias recurrentes producto de la exacerbación de los riesgos y afectaciones identificados en esta decisión, en especial, las amenazas y los homicidios de los que han sido víctimas. En consecuencia, **REITERAR** al Gobierno Nacional en cabeza del Ministro del Interior, su obligación de robustecer los sistemas o instituciones para garantizar el gobierno propio de los pueblos indígenas y de administración del territorio, en el caso de las comunidades afrodescendientes. Obligación que se cualifica, frente a aquellos pueblos y comunidades expuestos de manera recurrente a los riesgos y afectaciones derivadas y conexas a los contextos violentos que, precisamente, son aquellas comunidades en que menos se han evidenciado avances.

Decimotercero. -ORDENAR al Ministro del Interior que, junto con los respectivos gobernadores y alcaldes donde se hayan conformado espacios que resulten paralelos, excluyentes e incompatibles con las Juntas Gobierno de los Consejos Comunitarios y/o se presenten conflictos por la representación de éstos, de acuerdo con lo expuesto en el Anexo II, (a) implementar las medidas necesarias para garantizar que no se constituyan en el

territorio nuevas Juntas de Gobierno ni organizaciones orientadas a sustituirlas, atendiendo a las dinámicas de amenaza, desplazamiento forzado, debilitamiento organizativo y desincentivo de las labores de liderazgo y defensa de los Derechos Humanos, y (b) crear mecanismos para que las personas elegidas en los procesos de conformación de las Juntas de Gobierno, puedan continuar con su labor de liderazgo y asegurar la protección de los derechos colectivos de las comunidades. Esto último, en el marco del Programa de Prevención y Protección del Ministerio del Interior y la Unidad Nacional de Protección (Decreto 4635 de 2011 Título II, Decreto 1066 de 2015 y Resolución 1085 de 2015).

Decimocuarto. -ORDENAR al Ministro del Interior que, junto a la Ministra de gCultura [sic] y al Director General del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, formule e implemente un prorama [sic] de capacitación y sensibilización para los gobiernos departamentales y municipales, en torno a los derechos de las comunidades afrodescendientes, los pueblos indígenas y el enfoque diferencial étnico en la formulación e implementación de la política pública. Lo anterior, en dentro de un término no superior a los seis (6) meses contados a partir de la notificación de este auto.

[...]

Tierras

Decimoquinto. -ORDENAR, mediante la Secretaría General de esta Corporación, al Director de la Agencia Nacional de Tierras que, dentro del plazo de seis (6) meses, contados a partir de la comunicación del presente auto, ponga en marcha una estrategia inmediata de trabajo para avanzar de manera gradual y progresiva en la definición de la situación jurídica de las solicitudes de formalización de territorios étnicos, en especial, de aquellos casos donde la inseguridad territorial resulta asociada con factores de riesgo conexos y vinculados al conflicto armado y la violencia generalizada. El Director de la Agencia Nacional de Tierras deberá presentar a la Sala Especial de Seguimiento informes trimestrales de la implementación de esta estrategia, así como correrle traslado de esos informes a los órganos de control, en los que exponga: (i) las necesidades de capacidad institucional, de coordinación interinstitucional y presupuestales que se registran para la efectiva implementación y sostenibilidad de esta estrategia, así como (ii) la forma, el ritmo y el tiempo previsto en el que se van a realizar los ajustes pertinentes para enfrentar estas necesidades, (iii) el plan de acción para que progresivamente se dé cumplimiento al plazo de (6) meses fijado en el Decreto 4633 de 2011 (art. 57), al igual que los casos de inseguridad territorial advertidos en el marco del Sistema de Alertas Tempranas, y (iv) en un tiempo razonable, la delimitación de los territorios colectivos y/o ancestrales de las comunidades afrodescendientes que están en el marco de la ruta étnica de protección, conforme con lo señalado en el fundamento jurídico 25 de la presente decisión.

El primer informe deberá ser allegado a la Sala Especial de Seguimiento en el término de seis (6) meses, contado a partir de la notificación de la presente providencia.

Decimosexto. -ORDENAR, mediante la Secretaría General de esta Corporación, al Ministro del Interior, al Director de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, al Director de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, al Director de la Agencia Nacional de Tierras, al Superintendente de Notariado y Registro y al Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, la creación de una ruta urgente para activar el conjunto de medidas de prevención, protección, y llegado el caso, de restitución de derechos territoriales, que permita superar la práctica

inconstitucional identificada en el fundamento jurídico 26 de la presente providencia y proteger a las comunidades étnicas que afrontan: (i) riesgos prevenibles pero no se adoptan ni hay resultados de las rutas de protección de derechos territoriales étnicos; (ii) emergencias y/o situaciones de inminente daño, señaladas por la Defensoría del Pueblo en el marco del Sistema de Alertas Tempranas, pero no han sido focalizadas en el procedimiento para la restitución de derechos territoriales, ni se han adoptado las medidas de protección y cautelares; (iii) tienen emergencias y/o situaciones de inminente daño, fueron focalizadas en el procedimiento para la restitución de derechos territoriales, sin embargo, no se han activado las medidas de protección y cautelares.

Registro

Decimoctavo. -**ORDENAR**, a través la Secretaría General de esta Corporación, al Director de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, en calidad de coordinador del SNARIV, que dentro del plazo de cuatro (4) meses, contados a partir de la comunicación del presente auto, adopte medidas urgentes para que progresivamente se dé estricto cumplimiento al plazo de sesenta (60) días establecido en los artículos 188 del Decreto 4633 y 149 del Decreto 4635, ambos de 2011, para adoptar la decisión de otorgar o denegar el registro de los sujetos colectivos.

Vencido dicho plazo, el Director de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas deberá presentar un informe en que se resalten los avances, obstáculos, estancamientos o retrocesos sobre las medidas adoptadas, los resultados esperados y alcanzados. Los informes serán remitidos a la Sala Especial de Seguimiento, a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, en un plazo no mayor a los tres (3) meses, con el fin de que estas entidades de control puedan hacer las recomendaciones que consideren pertinentes. En lo sucesivo el Director de dicha Unidad, deberá presentar informes semestrales a la Corte y a los órganos de control para que se surta el proceso de seguimiento anunciado.

Decimonoveno. -**SOLICITAR**, a través de la Secretaría General de esta Corporación, a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Defensoría del Pueblo que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, y por un tiempo de al menos dos (2) años, realicen un seguimiento puntual a los tiempos de valoración y notificación de las solicitudes de inclusión en el RUV para sujetos colectivos étnicos y presenten, al efecto, un informe conjunto semestralmente a la Sala Especial de Seguimiento sobre los avances, estancamientos o retrocesos que se presenten.

[...]

Comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada Presidente
Sala Especial Seguimiento Sentencia T-025/04

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

Con salvamento de voto

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

ROCIO LOAIZA MILIAN
Secretaria General (E.)

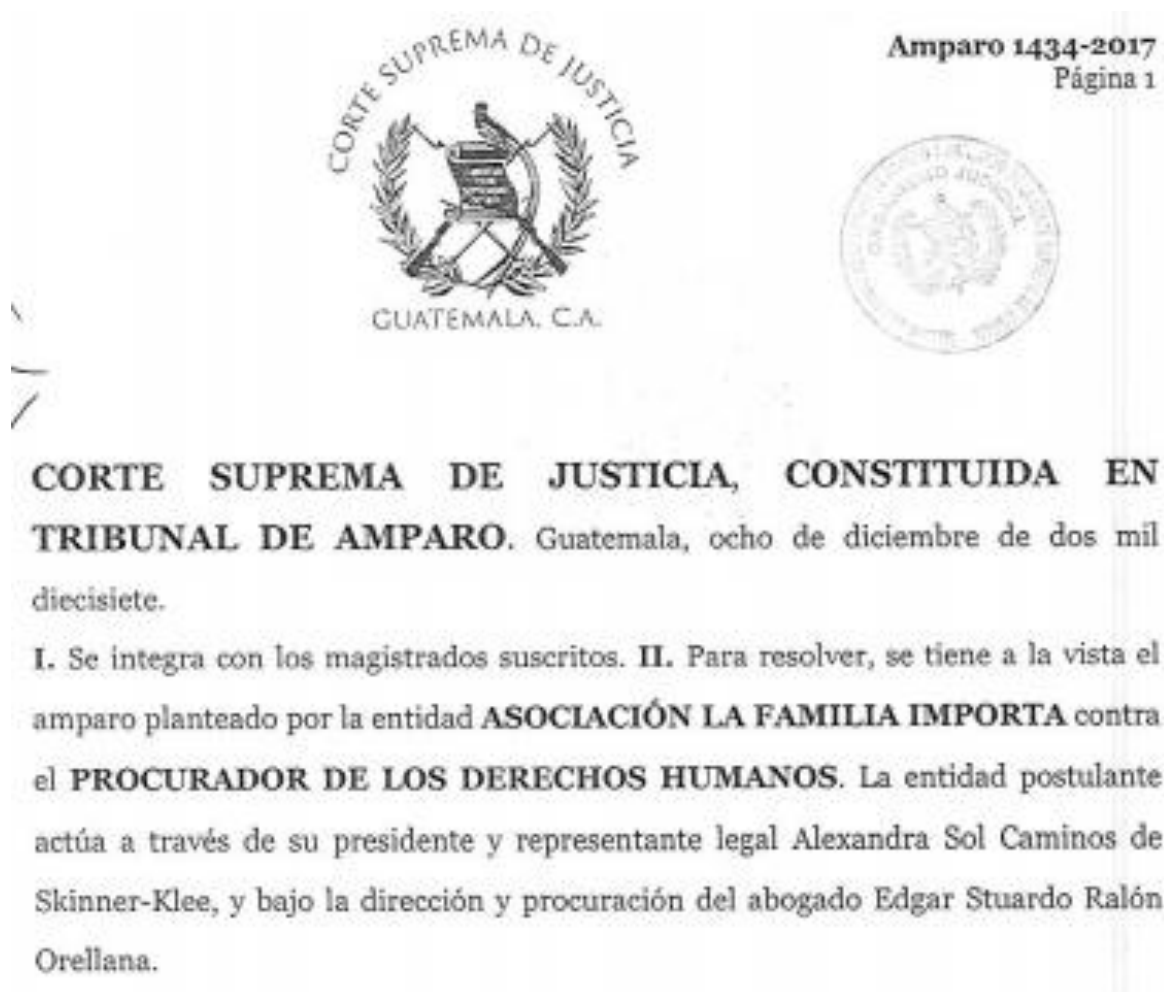
Corte Constitucional de Colombia

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2017/a266-17.htm>
(12 de junio de 2017)

[Volver al índice.](#)

Guatemala

A. Sentencia de la Corte Suprema que acoge recurso de amparo y ordena el cese de la presentación y distribución de manual de derechos sexuales y reproductivos, que incluye el aborto, elaborado por el Procurador de Derechos Humanos en 2015 (extracto)¹⁷



¹⁷ Sentencia disponible en: <http://derechoyreligion.uc.cl/es/docman/documentacion/internacional/jurisprudencia-1/1239-sentencia-de-la-corte-suprema-que-acoge-recurso-de-amparo-y-ordena-el-cese-de-la-presentacion-y-distribucion-de-manual-de-derechos-sexuales-y-reproductivos-que-incluye-el-aborto-elaborado-por-el-procurador-de-derechos-humanos-en-2015-1/file>

ANTECEDENTES

- A) **Fecha de interposición:** Veintidós de junio de dos mil diecisiete.
- B) **Acto reclamado:** La amenaza de vulneración al derecho a la vida y protección de las personas por la emisión y distribución del manual de «*Derechos humanos, derechos sexuales y reproductivos y atención de embarazos en niñas y adolescentes*».
- C) **Fecha de notificación a la postulante:** No existe notificación debido a la naturaleza del amparo.
- D) **Uso de recursos contra el acto reclamado:** Ninguno.
- E) **Violaciones que denuncia:** Al derecho a la vida, salud, protección de la persona e integridad física.

HECHOS QUE MOTIVAN EL AMPARO

- A) De lo expuesto por la entidad postulante y los antecedentes, se resume lo siguiente:
- a. En el año dos mil quince, el Procurador de los Derechos Humanos emitió el «Manual de Derechos Humanos, Derechos Sexuales y Reproductivos y Atención de

Embarazos en Niñas y Adolescentes».

b. La postulante solicita amparo, argumentando que la autoridad impugnada, con la emisión y distribución del referido manual, amenaza de vulneración del derecho a la vida y protección de las personas, pues promueve «*la legalidad del aborto*» y «*dejar en las embarazadas la libertad de decidir la interrupción del embarazo*», en contraposición al deber del Estado de garantizar la vida humana desde la concepción –reconocido en la Constitución Política de la República–, y haciendo caso omiso a la demás normativa nacional que prohíbe y penaliza el aborto.

B) Casos de procedencia: Artículo 8 y 10, inciso a) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

C) Leyes que se denuncian violadas: Artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1 del Código Civil.

TRÁMITE DEL AMPARO

A) Amparo provisional: No se decretó.

B) Terceros interesados: Congreso de la República y José Rodrigo Valladares Guillen –diputado al Congreso–.

F) Informe circunstanciado: Respecto a los presupuestos procesales la autoridad impugnada manifestó que el amparo debe suspenderse, pues el acto reclamado, para ser examinado, requiere de las características de unilateralidad, imperatividad y coercibilidad. En este caso, el manual de «*Derechos humanos, derechos sexuales y reproductivos y atención de embarazos en niñas y adolescentes*» no constituye un acto administrativo de autoridad susceptible de ser denunciado en amparo. Agregó que la entidad postulante carece de legitimación activa, pues no se le causó ningún agravio personal y directo; y que el acto reclamado carece de definitividad, pues el manual ni siquiera ha sido aprobado. En

cuanto al fondo indicó que en materia de derechos humanos debe incorporarse el concepto de «progresividad», por cuya virtud la legislación debe abordar y reconocer derechos que emanan de la realidad social.

C) Pruebas: Pese a que se prescindió del período probatorio, se tuvieron como medios de prueba: **a)** el antes referido informe circunstanciado; **b)** el ofrecido por la postulante en el apartado probatorio del memorial de interposición de amparo; **c)** los ofrecidos por el señor José Rodrigo Valladares Guillén en los numerales uno (1) y dos (2) del apartado probatorio del memorial número trece mil once (13011).

ALEGACIONES DE LAS PARTES

A) La postulante no compareció, pese a estar debidamente notificada.

B) El Procurador de los Derechos Humanos, Jorge Eduardo de León Duque, autoridad impugnada, manifestó que el amparo es improcedente, pues el acto reclamado carece de las características de unilateralidad, imperatividad y coercibilidad; que la postulante carece de legitimación activa, pues no se causó ningún agravio personal y directo en su contra; que el amparo carece de definitividad, pues el manual aún no está aprobado sino que se encuentra en la etapa de revisiones; y por último, que debe tomarse en cuenta el concepto de «progresividad». Solicitó que se suspenda el amparo.

C) El Congreso de la República, tercero interesado, a través de su mandatario judicial con representación, Rudy Federico Escobar Villagrán, manifestó que el amparo debe suspenderse por notoriamente improcedente, pues no existe razón ni se ha causado daño alguno para su interposición.

D) El señor José Rodrigo Valladares Guillén, tercero interesado, manifestó que la autoridad impugnada, con la emisión y distribución del manual de *«Derechos humanos, derechos sexuales y reproductivos y atención de embarazos*

en niñas y adolescentes», amenaza la vulneración del derecho a la vida regulado en el artículo 3 de la Constitución Política de la República y demás leyes del país, motivo por el que debe instruírsele para que se abstenga de realizar convenios, manuales o cualquier tipo de actividad que conlleve apoyar o avalar la promoción del aborto. Solicitó que se otorgue el amparo.

E) La Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público, a través de la agente fiscal Ethel Judith Rodas Morales, estimó que el amparo debe denegarse, pues no existe una amenaza inminente de vulneración a los derechos reclamados; y porque la autoridad impugnada redactó el documento cuestionado en ejercicio de sus atribuciones legales, con fundamento en el artículo 14, b) de la Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos. Solicitó que se deniegue el amparo.

CONSIDERANDO

I

El amparo, además de su función restauradora cumple una función preventiva, cuya finalidad es evitar que se consume la vulneración de un derecho fundamental. El amparo, entonces, es un medio preventivo del orden constitucional, porque no se limita a reparar o resarcir transgresiones, sino que también a prevenir potenciales daños y detener la continuación de actos que amenazan la lesión de algún derecho fundamental.

Por otra parte, el deber del Estado de garantizarles a los habitantes de la República sus derechos fundamentales no solamente comprende la realización de todos los actos positivos encaminados para el efecto, sino que también, y lógicamente, no realizar actos que de cualquier manera promuevan la posibilidad de transgredi

dichos derechos.

El ordenamiento jurídico guatemalteco se fundamenta en la protección de la persona y la familia, y reconoce el deber del Estado de garantizar la vida humana desde la concepción, de ahí que cualquier acto que atente contra esta se encuentra prohibido y penalizado. La vida humana de todo inocente es inviolable.

II

A

La postulante arguye que el Procurador de los Derechos Humanos, con la emisión y distribución del manual de «*Derechos humanos, derechos sexuales y reproductivos y atención de embarazos en niñas y adolescentes*» (en adelante, el manual), amenaza la vulneración del derecho a la vida y protección de las personas, pues promueve «*la legalidad del aborto*» y «*dejar en las embarazadas la libertad de decidir la interrupción del embarazo*», en contraposición al deber del Estado de garantizar la vida humana desde su concepción, y las leyes que prohíben y penalizan el aborto.

Del estudio de las actuaciones esta Corte advierte que en el año dos mil quince, el Procurador de los Derechos Humanos emitió el manual en cuestión.

Enterada de su existencia, la Asociación la Familia Importa solicitó al Procurador de los Derechos Humanos que lo retirara y destruyera, por contravenir la Constitución Política de la República y las leyes del país. El Procurador, mediante oficio del cinco de enero de dos mil diecisiete, les indicó que se había suspendido la distribución, y que se había formado una comisión revisora del proyecto que recibiría comentarios, propuestas y recomendaciones.

Del mismo modo, el señor José Rodrigo Valladares Guillén, diputado al Congreso de la República, solicitó al Procurador «dos ejemplares del manual», y este le respondió, mediante oficio del siete de septiembre de dos mil dieciséis, que el documento todavía

no había sido aprobado oficialmente por la institución, en virtud de encontrarse en proceso de actualización, pero que una vez aprobado le remitiría lo solicitado.

Asimismo, consta en el expediente el memorándum «REF. PDH-026-07-Sep-2016» que el Procurador entregó a la señora Cynthia Guerra, Directora de Promoción y Educación, el ocho de septiembre de dos mil dieciséis, reiterándole la instrucción de suspender la entrega y distribución del manual por encontrarse en proceso de revisión y no haber sido aprobado oficialmente.

Sin embargo, mediante memorándum «REF.DPE-079-2017» del doce de mayo de dos mil diecisiete, la señora Cynthia Guerra se dirigió al señor Héctor Alejandro Méndez Gonzáles, encargado de la Unidad de Información Pública, indicándole que le adjuntaba el manual «*tal como está siendo entregado a servidores públicos y organizaciones no gubernamentales con injerencia directa en áreas de promoción, capacitación y multiplicación*».

B

La Corte considera que el señor Procurador de los Derechos Humanos, como todo funcionario, está sujeto a la ley y jamás es superior a ella (artículo 154 de la Constitución). Esta sujeción implica, antes que nada, la obediencia debida a la carta fundamental del Estado, como norma suprema e inviolable de nuestra república; supremacía tal que se deduce de artículos tales como 44, 175 y 204. Para los funcionarios esta obligación tiene una connotación no meramente legal; es una obligación grave y solemne que se asume libre y voluntariamente mediante el juramento de fidelidad a la Constitución que han de prestar de conformidad con el artículo constitucional 154 *in fine*, si es que quieren servir a su nación.

En el caso del señor Procurador, la juramentación la presta ante el Congreso de la República (confróntese el artículo 80, inciso b, de la Ley Orgánica del Organismo

Legislativo), como comisionado que es de este. En el fondo –por tratarse del órgano de representación popular por excelencia– tal acto es, en efecto, equivalente a prestarla ante el pueblo mismo, en quien descansa la soberanía que delegan en el Poder Público. Es por ello que el Procurador de los Derechos Humanos recibe también el nombre de «defensor del pueblo» y como tal debe actuar. Aunque, en atención a su alto llamado, es independiente en su quehacer (artículo 8 de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos), no se puede sustraer de la mencionada obligación y la sería promesa asumida.

En consonancia con lo expuesto, el artículo 274 de la Constitución Política de la República preceptúa que la función esencial del Procurador de los Derechos Humanos es *«la defensa de los derechos humanos que la Constitución garantiza»*. Primordial entre esos es el derecho a la vida, fuente primaria de la cual nacen todos los demás y que, por ello, merece la máxima tutela jurídica, como la ofrece precisamente nuestra Constitución. Su esencialidad es tal que –tras la invocación– las primeras líneas del preámbulo de la ley fundamental se dedican a la primacía del ser humano como sujeto y fin del orden social. Es sobre esa base y la del bien común, que el artículo 3 de la Constitución establece, bajo el título de Derechos Humanos, que el Estado garantiza y protege desde su concepción. Por mandato constitucional, entonces, el Procurador de los Derechos Humanos está obligado a defender desde su principio la vida humana.

La personalidad jurídica, la aptitud de ser titular de derechos, la concede la Constitución desde ese momento en cuanto al más básico de estos. Esto es congruente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según la que todo ser humano es persona (artículo 2, párrafo 1) y toda persona tiene derecho al

reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 3); a más de ello, toda persona, tiene derecho a ese reconocimiento «en todas partes» (artículo 6). Con ese reconocimiento, viene el reconocimiento de sus derechos y, en cuenta, el de la vida. Como se indicó en el primer considerando, la labor de proteger los derechos fundamentales no solamente comprende la realización de todos los actos positivos encaminados para el efecto –la defensa a la que se ha hecho arriba referencia–, sino que también implica no realizar actos que de cualquier manera promuevan la posibilidad de su transgresión. Resultaría discordar a ese mandato, entonces, que el Procurador de los Derechos Humanos impulsare iniciativas cuyo contenido es contrario a los derechos reconocidos en la Constitución y otras leyes del país; concretamente, iniciativas por las cuales se quebrantase la inviolabilidad de la vida humana inocente.

En este sentido, esta Corte advierte que el contenido del manual en cuestión, sin lugar a dudas, promueve el aborto; más adelante se especificará en qué forma esto es así. La sola lectura del manual es suficiente para establecer la existencia de una iniciativa cuyo contenido promueve la transgresión del derecho a la vida, y que incluso puede conducir a la realización de actos delictivos, pues nuestro ordenamiento jurídico regula el delito de aborto en sus distintas modalidades en los artículos del 133 al 140 del Código Penal. Este es inadmisibles en todos los casos, si bien la legislación penal recoge como situación excepcional en su artículo 137 el principio de doble efecto.

Más aun, la sola pretensión de la emisión de un documento o manual elaborado con dicho contenido representa una amenaza real de promoción de irrespeto a la vida humana inocente, cuya destrucción intencional es siempre ilícita, indistintamente de su etapa de desarrollo. El Procurador de los Derechos Humanos, con la emisión del referido manual, no procuraría en manera alguna la defensa del derecho a la vida,

sino todo lo contrario, fomentaría su atropello. Luego, el Procurador de los Derechos Humanos no desempeña correctamente su mandato constitucional al participar de su elaboración y propagación o permitir que la institución a su digno cargo la elabore, promueva o difunda; como consecuencia se inobserva el principio de legalidad que rige a los funcionarios públicos.

C

El Ministerio Público, a través de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal, argumenta que no existe amenaza alguna de los derechos señalados por la postulante y que la autoridad impugnada redactó el documento en el ejercicio de sus atribuciones legales; a saber, de las contenidas en el artículo 14, inciso b), de la Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos. Sin embargo, de ninguna manera puede justificarse el contenido del manual en cuestión y la promoción directa o indirecta del aborto en dicha norma. Por la naturaleza intrínseca del cargo de *ombudsman*, cualquier informe, estudio, investigación, publicación, campaña o actividad que realice, siempre debe procurar la defensa de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución. De no ser así, como en este caso, actuaría en exceso de las facultades que legalmente tiene asignada.

Las facultades del Procurador de los Derechos Humanos, como las de todo funcionario público, no son ilimitadas, sino que deben circunscribirse al objeto de su mandato y ser ejercidas en forma acorde al texto constitucional. Por ello, cualquier estudio que realice, cualquiera que sea su ánimo, nunca puede conllevar la promoción del irrespeto a los derechos humanos básicos, y mucho menos el del derecho a la vida humana desde la concepción, que es el derecho humano primario y fundamental, pues su reconocimiento posibilita todos los demás derechos.

En este sentido, el desempeño de las funciones reguladas en el artículo 14, inciso b), de la ley en mención, debe ser en todo momento congruente con la Constitución, por lo que el argumento esgrimido por el Ministerio Público es inadmisibile. No está demás indicar que la fiscalía que plantea dicho argumento, según la ley debe promover *«todas aquellas acciones que tengan por objeto velar por el estricto cumplimiento de la Constitución Política de la República y demás leyes en esta materia»* (Artículo 35 de la Ley Orgánica del Ministerio Público). El cumplimiento *estricto* de la Constitución indicado en esa disposición, llama a dicha institución a ajustarse completamente y sin tergiversaciones a la ley suprema, así como a no limitarse a considerar el ejercicio *formal* de una atribución legal (como la es la emisión de un manual), sino a tomar en cuenta su *fondo* y si este colisiona o no con la ley suprema.

[...]

E

El señor Procurador, asimismo, esgrime el argumento de que *«existe un movimiento mundial que reconoce que la mujer no debe practicarse abortos en clandestinidad y en condiciones que hacen peligrar su vida»* y que no se insinúa *«que un aborto voluntario e inducido en el país sea legal»*, lo anterior sobre el concepto de «progresividad».

Es cierto que en el manual no existe algún pasaje en el que se afirme que el aborto es legal en Guatemala, porque, en efecto, no lo es. Sin embargo, dicho argumento es vacuo y tan solo distrae de la tesis principal de la postulante, que no es que el documento diga eso, sino que el documento promueva el aborto y, por ende, represente una amenaza al derecho a la vida y a la integridad de las personas.

Un análisis del contenido del manual hace harto evidente que está encaminado a promover tanto la legalidad como la legalización del aborto y de prácticas que pueden ser abortivas (como puede ser el uso de métodos no dirigidos a impedir la concepción,

sino la de evitar la anidación del cigoto en el seno materno). Y el documento lo hace de tres formas: de forma directa, declarando que el aborto es un «derecho»; de forma indirecta, mediante el uso de lenguaje intencionalmente ambiguo que puede interpretarse en ese mismo sentido; y de forma eufemística, es decir, mediante el empleo de palabras o expresiones que no se refieren diáfananamente al aborto y a lo que este entraña, a efectos de ocultar su gravedad. Conviene, a continuación, ejemplificar esto, aunque no sea exhaustivamente.

Forma directa. Inicialmente se hace referencia a qué es un derecho humano y qué características tiene, entre ellas la de ser exigible. Páginas después, se declara en más de una ocasión que el aborto es un derecho anejo a otros derechos humanos. Se soslaya de esa forma la ilegalidad del aborto en Guatemala, porque la implicancia es que constituye un derecho que se puede exigir al Estado, cosa que colisiona con la ley suprema y las leyes de la República.

Es así como, a guisa de ejemplo, en la página noventa y cuatro aparece un recuadro en el que, en el marco del derecho a decidir el número de hijos, se habla del «derecho al aborto seguro», y en el del derecho a los beneficios del progreso científico, se habla –directamente y sin calificación– del «derecho al aborto».

En la página ciento veintiuno, se dice explícitamente que «... *la decisión personal de someterse a un aborto (...) es un derecho de las mujeres*». También se dice que «*[el] aborto está inscrito dentro del marco del derecho humano a decidir cuántos hijos tener y cuándo tenerlos*»; afirmación que desvirtúa el derecho de los padres en la toma de esa decisión, pues esta no puede nunca entrañar la de darles muerte, con el ánimo de regular su número o diferir las obligaciones derivadas de la paternidad. Ello implicaría un abuso de ese derecho, aparte de constituir un acto criminal.

En la página ciento veintitrés, la legalización del aborto, haciéndose hincapié de que

a priori es un derecho, se presenta como algo deseable: «Promover la legalidad del derecho (sic) al aborto no implica (...) obligar a la mujeres a abortar (...) sino (...) dejar en las embarazadas la libertad de decidir la interrupción del embarazo».

Forma indirecta. También se aprecia lenguaje anfibológico, fácilmente utilizable para la promoción del aborto. En expresiones tales como ser libres del «embarazo forzado» y del «aborto impuesto», puede entenderse que la forma de liberarse de un embarazo así conceptuado es el aborto, y que si bien el aborto no debe ser impuesto, sí debe tenerse libre acceso al mismo. Se ignora, vale decir, que una vez legalizado, la mujer puede sufrir presiones injustas pero eficaces para someterlas a tales procedimientos. En la misma página aparece el derecho a la «protección de mujeres y niñas cuyas vidas están en peligro debido al embarazo», el cual se dice que está ubicado dentro del derecho a la vida, pero sin consideración alguna de la persona que está por nacer y de la correcta aplicación del principio de doble efecto, ya regulada en nuestro ordenamiento.

Forma eufemística. El documento cuenta a la vez con varias instancias en las que se plantea el derecho de «interrumpir el embarazo», expresión mediante la que se pretende ocultar la gravedad y dureza de lo que se propone, que es la eliminación de un ser humano, al que la Procuraduría de los Derechos Humanos está especialmente llamado a defender. Por ejemplo, en la página ciento veinticuatro aparece la siguiente afirmación: «La libertad de interrumpir el embarazo es un asunto de derechos humanos».

La expresión «interrupción del embarazo» suaviza la realidad de un procedimiento que pone fin a una vida, y como tal es usada para convencer de la legalidad y aparente inocuidad de esta, levantando un velo sobre el receptor primario de un acto hostil. El artificio de esta expresión eufemística se pone de manifiesto al intentar trasladarla a

otras etapas de la vida. Así, absurdo resultaría el hablar de la «interrupción de la crianza» en lugar del infanticidio, lo mismo que de la «interrupción de la juventud, la de la adultez o la vejez», o formulaciones semejantes, en lugar del homicidio, el femicidio o el asesinato. Se falta, pues, a la transparencia y la verdad debida al pueblo, mediante el uso de este tipo de lenguaje.

También se habla, por ejemplo en la página ciento veintidós, del «derecho a decidir» («... *se niega el derecho a decidir, el cual es un derecho humano*»). Esto es una falsa construcción, pues la facultad de decidir, en el justo ejercicio de la libertad, es la de decidir entre un bien u otro, no de elegir en forma directa e intencional producir un mal a otra persona. Ergo, no existe el derecho a «decidir» quitarle la vida a un ser humano inocente.

No cabe duda, entonces, del propósito del manual. Junto con las aseveraciones en este contenidas, el señor Procurador indica que, siguiendo una corriente mundial, la mujer no debe practicarse abortos en la clandestinidad y en condiciones que hagan peligrar su vida. La implicación de esa aseveración es clara: que es peligroso que el aborto se practique a la sombra de la ley, por lo que hay que hacerlo parte de esta para que no se dé en las circunstancias descritas y la vida de la mujer no peligre; esto es lo que se ha dado a llamar «aborto seguro» y que aparece en el documento. Empero, ese argumento tampoco justifica el fomento legal de esta práctica, por varias razones.

La primera razón es porque, al menos para una de las partes, el aborto *nunca* es seguro para el *nasciturus*, a quien se busca eliminar. En segundo lugar, porque, si se considera que estadísticamente existe un balance natural en la concepción de varones y mujeres, es altamente probable que la mitad de los abortos sea de mujeres, sino es que por una inapropiada preferencia por los varones esa cifra resulte mayor. Desafía

la lógica postular el derecho a matar mujeres por el derecho a la vida de las mujeres. En tercer lugar, esta Corte sostiene que es inconmensurable la valía de la vida y de la dignidad de la mujer. No se toma en cuenta que el aborto no solo quebranta en forma absoluta el derecho fundamental del ser humano no nacido; también causa violencia a la mujer que lo sufre, en quien puede desarrollarse situaciones emocionales, tales como la de sentirse victimaria, tristeza, enfado, depresión, culpabilidad o pensamientos suicidas, debidas al síndrome postaborto; causas eficientes de abuso de tabaco, alcohol o drogas. Esto sin mencionar el sinnúmero de otros posibles daños físicos que pudiese sufrir y que ha registrado la literatura científica: mayores riesgos de sufrir cáncer de mama, ovarios, hígado o cérvix; perforación de útero; desgarro cervical; placenta previa; embarazos ectópicos; complicaciones que pueden causar la muerte, etcétera. Ello significa que no puede existir un aborto «seguro» tampoco para la mujer, quien tiene el derecho a vivir libre de esa violencia emocional y física. Esta Corte, además, estima que, en los casos de violencia sexual, recurrir al aborto implica añadir una víctima más y agravar la situación de la víctima primaria. Irónicamente, el aborto puede exonerar de mayores responsabilidades al varón, que no sufrirá directamente de las consecuencias del aborto, beneficiándose injustamente del mismo. En ese sentido, como «salida» del embarazo, pudiera llegar a usarse por el abusador como «remedio» de sus actos, en detrimento de la mujer. Ante ello, este Corte estima necesario hacer hincapié también, y de forma enérgica, en los derechos de la mujer y que su protección implica protegerla de procedimientos que la puedan poner en los riesgos en mención. Luego, la promoción del aborto vulnera la integridad y la seguridad de la mujer y, por consiguiente, también viola el artículo 3 constitucional.

En cuarto lugar, el Procurador incurre en una falsa dicotomía, en la que se presenta

como solución del aborto clandestino al aborto legal. El documento también lo hace: «*Luego de un embarazo no deseado, las únicas dos alternativas (...) son continuar con el embarazo (...) o bien interrumpirlo por medio de un aborto inducido*» (Página ciento veintiuno; subrayado añadido).

El aborto clandestino, que –debe decirse contundentemente– esta Corte también rechaza y lamenta profundamente, no encuentra auténtica solución en el aborto legal, libre y abierto, pues el hecho de que algo se lleve a cabo en la práctica no excusa su ilicitud ni justifica su legalización; el ‘ser’, solo por el hecho de ser, no puede ni debe imponerse sobre el ‘deber ser’.

El deber del Estado frente a ese fenómeno no es el de convertirse en partícipe directo o indirecto del aborto, sino el de seguir el camino que la Constitución perspicuamente le traza. Ese camino empieza por garantizar la vida desde su concepción y, a la vez, el proteger la maternidad, como lo exige el artículo 52: «*La maternidad tiene la protección del Estado, el que velará en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella deriven*». Y continúa por el del fortalecimiento de la institución de la familia como célula esencial del tejido social, por ser el seno donde se fraguan moralmente a los futuros ciudadanos; se colabora a dicho fortalecimiento mediante la promoción de su protección social, económica y jurídica (artículo 47) y mediante el combate de las causas de su desintegración. No es de menor importancia el papel que la institución benéfica –loable, incluso– de la adopción desempeña en estas situaciones, y que la Constitución reconoce y protege en el artículo 54.

Es toda esta una solución realmente holística –y, a distinción de la propuesta de la autoridad impugnada, constitucionalmente consagrada– de las dificultades que pueda plantear el embarazo. Una solución, en suma, integral en la que tanto los

derechos del *nasciturus* como los derechos de la mujer deben obtener protección. Por ende, es sobre los desafíos que el cumplimiento de estas normas constitucionales presenta sobre los cuales la autoridad debe concentrar sus esfuerzos. No es una solución el recurso a la violencia contra los inocentes.

Como se dijo arriba, el señor Procurador plantea estos argumentos bajo la sombrilla del concepto de 'progresividad'. La Corte entiende bien la dinámica de la mejor protección de los derechos humanos; es por esa razón que tiene claro que, en el caso de la protección a la vida, la progresividad no está en el impulso de la posibilidad de anular la vida del inocente. Pervierte ello la que debe ser la verdadera acción del progreso e implica, en realidad, una regresión, permutar humanidad y civilidad por barbarie; un retorno, incluso, a estadios históricos en los que el progenitor tenía derecho pleno –a falta de una mejor expresión– sobre la vida y la muerte sus hijos; o bien momentos de la historia más reciente en que, por la condición de una persona, como la puede ser su estado de desarrollo, se le negaba personalidad jurídica; momentos, en fin, en los que no se tenía a los menores y, menos aún a los no nacidos, como sujetos de derecho.

A diferencia de lo conceptuado por el señor Procurador, es por el progreso en la protección de los derechos humanos, que el Estado de Guatemala tiene el legítimo interés y la severa obligación de proteger aún al más pequeño, indefenso y débil, al cual se reconoce en la vida humana incipiente, hacia la cual se dirige y hasta donde se extiende el brazo fuerte del Derecho. Paralelamente, el legítimo progreso de la técnica y de la ciencia, debe estar sometido al servicio y bien del ser humano y no a la inversa, ser sometido el ser humano a todo lo que es científicamente posible. En ese sentido, la ciencia asiste a la mejor protección de los derechos humanos mediante la mejoría en los cuidados médicos administrados antes, durante y después del

embarazo, y en la reducción ética de la mortalidad materno-infantil. Por todo esto, no puede el concepto de ‘progresividad’ usarse como excusa de lo que realmente es lo contrario, ni tener de manera alguna efectos derogatorios o restrictivos sobre el artículo 3 constitucional.

F

Por si la meridiana claridad del artículo últimamente referido no bastare, la glosa integral de nuestra Constitución, de marcado corte *pro homine*, demuestra que el Estado guatemalteco se ha organizado para proteger sí, a todos con igualdad, pero en forma preferente al más débil, el cual muchas veces se encuentra en los extremos de la vida, desde la concepción hasta la muerte natural, y cuya condición de mayor fragilidad justifica una atención especial; así se colige, entre otros, de los artículos 51 y 53.

No puede pasar desapercibido para este tribunal que la promoción del aborto transforma fundamentalmente a la sociedad, en el sentido de hacerla progresivamente insensible al padecimiento humano y a la destrucción ordinaria de la vida humana, lo que invitaría a la desobediencia de las leyes de la república, de la Constitución y, a su vez, provocaría el debilitamiento del Estado de Derecho. Dando primacía a la realidad y a la conocida experiencia de otros pueblos –en donde, después de introducido el aborto, se ha legalizado el suicidio asistido, la eutanasia, incluso la de niños–, esta Corte estima que la ruina de los derechos básicos consagrados en nuestra máxima ley podría redundar en una falta de valoración de la vida que podría conducir, gradualmente, a la exclusión de los más necesitados de protección: los no nacidos, los enfermos, los ancianos. Sabidos de que el mayor capital de nuestra nación está en su gente y de que la Constitución manda al Estado garantizar la vida desde su concepción, se evidencia el proyecto cuestionado

mediante el presente amparo.

G

Por otra parte, esta Corte advierte que la intención de impulsar la normalización y legalización del aborto en la sociedad mediante el manual se estaría dando a través de una campaña que llegue a *«lideresas comunitarias y juveniles, promotoras/s de salud, educadoras/es populares y del sistema educativo nacional»* (Página 13 del manual). También se advierte el hecho de haberse distribuido el manual a *«servidores públicos y organizaciones no gubernamentales con injerencia directa en ares de promoción, capacitación y multiplicación»* (Folio 188 del expediente de amparo).

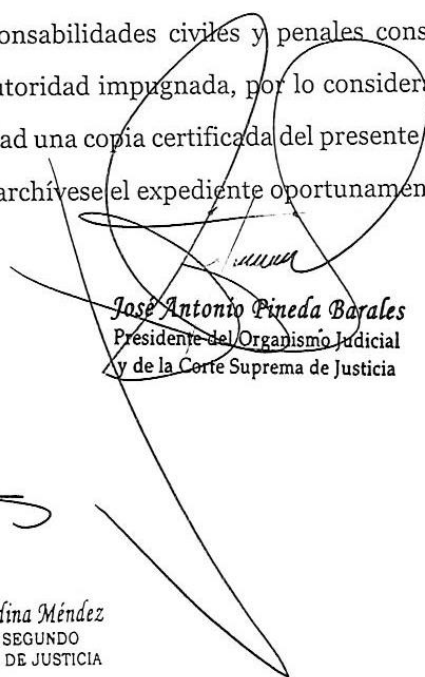
√ Aparte de la ilegalidad que encierra de por sí la promoción del aborto, lo anterior supone una afrenta directa al derecho privilegiado de los padres a educar a sus hijos menores, como lo reconoce el artículo 73 de la Constitución: *«La familia es fuente de la educación y los padres tienen derecho a escoger la que ha de impartirse a sus hijos menores...»*. Traiciona, a la vez, los fines de la educación –en cuenta la brindada por el Estado– fijados en el artículo 72, en párrafo primero: *«La educación tiene como fin primordial el desarrollo integral de la persona humana, el conocimiento de la realidad y cultura nacional y universal»* (Énfasis añadido). Impide el desarrollo integral de la persona humana la enseñanza de que es un derecho interrumpir –aquí cabe mejor el término– el desarrollo integral de la persona humana y, aunque en forma velada, se introduce la noción de que es un derecho que el más fuerte se imponga injustamente sobre el más débil.

[...]

POR TANTO,

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CONSTITUIDA EN TRIBUNAL DE AMPARO, con base en lo considerado y las leyes citadas, **DECLARA: I) OTORGA** el amparo planteado por la entidad ASOCIACIÓN LA FAMILIA IMPORTA contra el PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS, en consecuencia: **A.** Deja en suspenso la presentación y distribución del manual de «*Derechos humanos, derechos sexuales y reproductivos y atención de embarazos en niñas y adolescentes*»; **B.** Ordena a la autoridad impugnada el cese de su presentación y distribución, y que se abstenga de emitir cualquier manual o realizar cualquier actividad que conlleve apoyar y fomentar el aborto o prácticas abortivas, su presentación como derecho, la promoción de su legalización o de la transgresión del derecho a la vida humana desde la concepción, y los demás derechos fundamentales reconocidos y garantizados en la Constitución Política de la República y leyes del país vinculados con dicho derecho; **C.** Deberá contrarrestar los efectos que la distribución del material haya podido tener, mediante la distribución de material que sea congruente con los derechos garantizados por la Constitución Política de la República de Guatemala y mediante cualquier otra medida afín a tales efectos. **II)** Las obligaciones anteriores que entrañen abstención o cesamiento (inciso B) deberán acatarse dentro de un plazo de veinticuatro horas de haber recibido la ejecutoria correspondiente; aquellas que impliquen una obligación de hacer (inciso C), deberán llevarse a cabo dentro de un plazo de tres meses, contado a partir del mismo momento, al final del cual deberá informar a esta Corte acerca de lo actuado. **III)** Se apercibe a la autoridad impugnada de que en caso de incumplimiento, incurrirá en una multa de cuatro mil quetzales,

sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales consiguientes; **IV)** No se condena en costas a la autoridad impugnada, por lo considerado; **V)** Remítase a la Corte de Constitucionalidad una copia certificada del presente fallo; **VI)** Notifíquese, certifíquese lo resuelto y archívese el expediente oportunamente.



José Antonio Pineda Barales
Presidente del Organismo Judicial
y de la Corte Suprema de Justicia



Dr. Nery Osvaldo Medina Méndez
MAGISTRADO VOCAL SEGUNDO
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



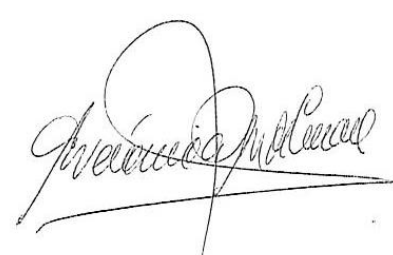
Vitalina Orellana y Orellana
MAGISTRADA VOCAL TERCERA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



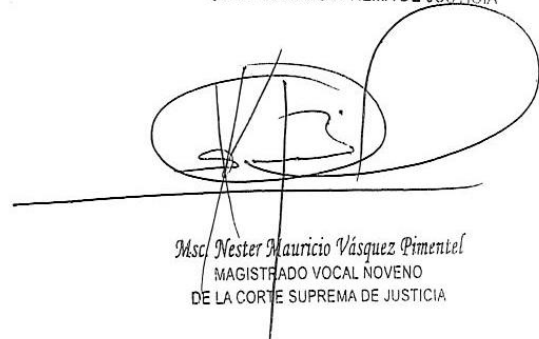
Dr. José Felipe Baquiar
MAGISTRADO VOCAL QUINTO
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



Sergio Amadeo Pineda Castañeda
MAGISTRADO VOCAL SEXTO
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



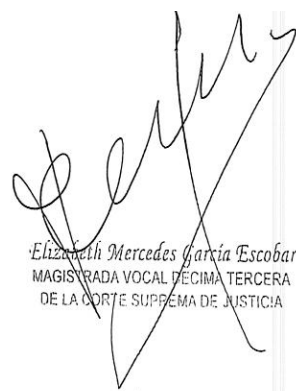
Silvia Verónica García Molina
MAGISTRADA VOCAL OCTAVA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



Msc. Nester Mauricio Vázquez Pimentel
MAGISTRADO VOCAL NOVENO
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



Ramiro Rafael Rojas Cetina
MASTRADO VOCAL DECIMA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



Elizabeth Mercedes García Escobar
MAGISTRADA VOCAL DECIMA TERCERA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

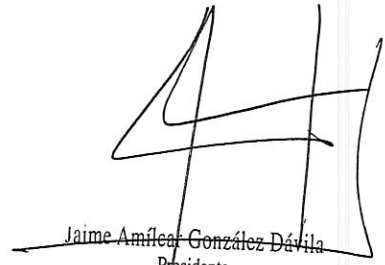


Gustavo Adolfo Dubón Gálvez
MAGISTRADO PRESIDENTE
SALA SEGUNDA DE LA CORTE DE APELACIONES
DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS
CONTRA EL AMBIENTE,
DEPARTAMENTO DE GUATEMALA

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
GUATEMALA, C.A.



Lic. Néstor Guibaldo De León Ramírez
MAGISTRADO PRESIDENTE
SALA CUARTA DE LA CORTE DE APELACIONES
DEL RAMO PENAL, NARCOACTIVIDAD Y
DELITOS CONTRA EL AMBIENTE
ORGANISMO JUDICIAL, GUATEMALA, C. A.



Jaime Amílcar González Dávila
Presidente
Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal,
Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente



Lic. Guillermo Demetrio España Mérida
MAGISTRADO PRESIDENTE
SALA QUINTA DEL TRIBUNAL DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



Dr. Rony Eulalio López Contreras
Secretario de la Corte Suprema de Justicia



Corte Suprema de Guatemala
(8 de diciembre de 2017)

[Volver al índice](#)

Paraguay

A. Resolución N°29.664 del Ministerio de Educación y Ciencia “Por la cual se prohíbe la difusión y utilización de materiales impresos como digitales referentes a la teoría de género, en instituciones educativas dependientes del Ministerio de Educación y Ciencias”¹⁸

“SESQUICENTENARIO DE LA EPOPEYA NACIONAL: 1864-1870”



Poder Ejecutivo

Ministerio de Educación y Ciencias

Resolución N° 29664

POR LA CUAL SE PROHÍBE LA DIFUSIÓN Y UTILIZACIÓN DE MATERIALES IMPRESOS COMO DIGITALES, REFERENTES A LA TEORÍA Y/O IDEOLOGÍA DE GÉNERO, EN INSTITUCIONES EDUCATIVAS DEPENDIENTES DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIAS.

Asunción, 05 de octubre de 2017

VISTA: La necesidad de prohibir la difusión y utilización de materiales impresos como digitales, referentes a la teoría y/o ideología de género, en instituciones educativas dependientes del Ministerio de Educación y Ciencias, y;

CONSIDERANDO: Que nuestra Carta Magna, categóricamente dispone en su Artículo 46, DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS, que: “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien...”; concordante con su Artículo 48, DE LA IGUALDAD DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LA MUJER; “El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional”;

¹⁸ El documento no estaba disponible en la página del Ministerio de Educación momento de consultar], por lo que fue necesario recurrir a otra fuente, el “Centro de Documentación y Estudios”; una “organización no gubernamental dedicada a la documentación, investigación e información en el campo de las ciencias sociales. Es un colectivo de trabajo autónomo, su existencia y funcionamiento no dependen de ningún otro organismo, su accionar puede diversificarse y sus autoridades son electivas. Fuente: <http://www.cde.org.py/wp-content/uploads/2017/10/Resoluci%C3%B3n-29.664-del-MEC-1-7.jpeg>

Que, asimismo, el Artículo 49 del mismo cuerpo normativo, señala: “DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA, La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes”; conforme a su Artículo 50, DEL DERECHO A CONSTITUIR FAMILIA: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, en cuya formación y desenvolvimiento la mujer y el hombre tendrán los mismos derechos y obligaciones” y al Artículo 52, DE LA UNIÓN EN MATRIMONIO: “La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia”;

Que, el Ministerio de Educación y Ciencias como rector del sistema educativo nacional, debe integrar los esfuerzos de la familia, la comunidad, el Estado, los docentes y los alumnos para fortalecer a la FAMILIA como ámbito natural de la educación; todo esto, en el marco de la construcción integral de la persona;

La Ley N° 5749/2017 “Que establece la carta orgánica del Ministerio de Educación y Ciencias”, que en su Artículo 3º, Competencias del Ministerio de Educación y Ciencias es el órgano rector del sistema educativo nacional y como tal, es responsable de establecer la política educativa nacional en concordancia con los planes de desarrollo nacional, conforme lo dispone la Constitución Nacional y la Ley N° 1264/98 “GENERAL DE EDUCACIÓN”.

Secretaría General
Estrella N° 443 casi Alberdi – Edificio Estrella 3º piso
Tel. (595 21) 447-989 / 442-055

ES COPIA FIDEL DEL ORIGINAL
Abog. Nilsen Sánchez Torres
Secretario General
secretariamecpy@gmail.com
MEC Digital
@MECpy

Centro de Documentación y Estudios (CDE)
<http://www.cde.org.py/acerca/sobre-el-cde/>
(5 de octubre de 2017)

[Volver al índice](#)

Corte Interamericana de Derechos Humanos

A. Comunicado de Prensa sobre el rechazo a la Resolución n°29.664 del Ministerio de Educación y Ciencias de Paraguay que prohíbe la difusión de material relativo a la llamada identidad de género, y texto de la citada Resolución

Washington, D.C. – La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) expresa su preocupación por la decisión del Ministerio de Educación y Ciencias de Paraguay de prohibir la difusión y utilización de materiales referentes a la “teoría y/o ideología de género”. La medida, adoptada por medio de la Resolución n°. 29.664, supone un retroceso para los derechos de las mujeres, de las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas y de los niñas y niños a recibir una educación libre de estereotipos basados en ideas de inferioridad o de subordinación.

“Este tipo de medidas suponen una grave omisión del deber del Estado de proteger a la niñez de toda forma de violencia y de discriminación, en todos los ámbitos, y especialmente en la escuela”, dijo la Relatora sobre los Derechos de la Niñez, Comisionada Esmeralda Arosemena de Troitiño. “Un gran número de niñas y niños son víctimas de diversas formas de violencia y de acoso (bullying) en las escuelas, en ocasiones basadas en su identidad y expresión de género, y en su orientación sexual, real o percibida. De acuerdo con los tratados internacionales ratificados por Paraguay, uno de los propósitos de la educación es inculcar el respeto por los derechos humanos y fomentar una cultura de respeto a las diferencias. El propio entorno escolar debe reflejar estos valores y el espíritu de entendimiento, tolerancia e igualdad, en su mismo funcionamiento”.

La Comisión considera preocupante que la perspectiva de género sea peyorativamente referida como “ideología de género”. La perspectiva de género es una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y contra las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas; y un concepto que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural de las mujeres a los hombres en razón de su género. La Comisión recuerda a los Estados de la región su obligación de adoptar medidas específicas para modificar los patrones socioculturales de conductas heteronormativas, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad de las mujeres o de otros colectivos históricamente discriminados en razón de su diversidad sexual o identidad de género.

“Los programas educativos con perspectiva de género y de diversidad sexual son indispensables para erradicar los estereotipos negativos, para combatir la discriminación y para proteger los derechos de todas las personas,” dijo la Relatora de la CIDH sobre los Derechos de las Mujeres, Comisionada Margarete Macaulay.

Preocupa a la Comisión que las medidas adoptadas prohibiendo la enseñanza con perspectiva de género corresponda a una lectura limitada y estereotipada del concepto de familia, que desconoce los estándares internacionales vigentes en la materia y excluye arbitrariamente las familias diversas, como las formadas por parejas del mismo sexo, las cuales son merecedoras de igual protección bajo la Convención Americana. La CIDH señala que este tipo de interpretación genera un ambiente propicio para el desarrollo de discursos y actitudes discriminatorias en relación a las personas LGBTI. La Comisión insta a los Estados de la región a adoptar todas las medidas para reconocer los derechos de los distintos tipos de familia dentro de sus jurisdicciones y garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos de todos sus integrantes.

“El concepto de familia no puede limitarse solamente a los estereotipos basados en los conceptos binarios de género - hombre y mujer, ni en orientaciones sexuales heteronormativas. El concepto de familia debe ser comprendido en su más amplio espectro para garantizar el reconocimiento de los vínculos afectivos diversos y respetar la orientación sexual y la identidad de género de las personas, así como la protección de los niñas y

niños pertenecientes a estas familias”, afirmó el Presidente de la CIDH y Relator sobre los derechos de las personas LGBTI, Comisionado Francisco Eguiguren Praeli.

La CIDH reafirma que la educación en derechos humanos tiene un papel clave para abordar y eliminar prejuicios estructurales, discriminaciones históricas, estereotipos y falsos conceptos sobre las mujeres y sobre las personas con orientaciones sexuales o identidades de género diversas. Además, la educación en derechos humanos es indispensable para acoger y promover plenamente la diversidad y la aceptación de diversas orientaciones sexuales e identidades de género.

“La resolución dictada por el Ministerio de Educación de Paraguay resulta una medida incompatible con los estándares internacionales sobre el derecho a la educación y en particular, el derecho a la educación en derechos humanos”, dijo la Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la CIDH, Soledad García Muñoz. “La incorporación de la perspectiva de género en todos los aspectos y los niveles educativos no sólo es deseable, sino necesaria para asegurar que los sistemas de enseñanza se orienten eficazmente a la construcción de sociedades igualitarias, así como a la prevención y a la eliminación de la discriminación y de la violencia contra las mujeres, como de las personas y colectivos LGBTI.”

La CIDH subraya que el derecho a la igualdad y a la no discriminación, establecido en la Convención Americana y en otros instrumentos interamericanos, exige medidas de respeto y garantía de los Estados hacia toda persona bajo su jurisdicción. Del derecho a la igualdad y a la no discriminación deriva la obligación de adoptar medidas legislativas, de política pública y de toda índole que sean necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de este derecho, como se menciona en el Informe sobre la Violencia contra Personas LGBTI de la CIDH. En estos términos, la CIDH insta al Estado paraguayo a dejar sin efecto la referida resolución y a garantizar que los materiales educativos impresos y digitales mantengan e incluyan un contenido educativo incorporando una perspectiva de género, avanzando en el cumplimiento de los estándares internacionales en el principio de igualdad de todas las personas y la no tolerancia a la discriminación por motivos de sexo, género u orientación sexual.

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia.”

Corte Interamericana de Derechos Humanos

<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/208.asp>

(15 de diciembre de 2016)

[Volver al índice](#)

Australia

A. Informe Final de la “Royal Commission into Institutional Responses to Child Sexual Abuse” (extracto)¹⁹

“FINAL REPORT

Preface and executive summary

Table of contents

Preface 1

Executive summary 5

A national tragedy	5
The inquiry and our reports	7
The survivors	8
The perpetrators	10
Where did abuse occur?	10
Survivors from diverse backgrounds	13
How does sexual abuse affect children?	15
The 'why?' question	17
Why have some institutions not protected children?	20
What influences a child's vulnerability to sexual abuse?	21
Disclosing abuse – adults need to be alert	22
Keeping children safe	24
A national investment in child safety	26
Keeping children and young people safe online	28
Complaints – how should institutions respond?	28
Handling complaints – many institutions failed	30
Poor records cause problems	31
Sharing information about possible perpetrators	32
Support services for victims and survivors	33
Children with harmful sexual behaviours	36
Residential institutions – major problems	38
Out-of-home care	39
Religious institutions	43
Schools	81
Sport, recreation, arts, culture, community and hobby groups	85
Contemporary detention environments	89
Australian Defence Force	93
Our earlier reports	94
Beyond the Royal Commission	99

¹⁹ El informe completo en: http://derechoyreligion.uc.cl/images/pdf/Final_Report_Royal_Commission.pdf

Structure of the Final Report 102

Final Report recommendations 105

Volume 2, *Nature and cause* recommendations 106

Measuring extent in the future 106
[sic]

Volume 6, *Making institutions child safe* recommendations 107

Creating child safe communities through prevention 107
What makes institutions safer for children 109
Improving child safe approaches 112
Preventing and responding to online child sexual abuse in institutions 117

Volume 7, *Improving institutional responding and reporting* recommendations 120

Reporting institutional child sexual abuse 120
Improving institutional responses to complaints 121
Oversight of institutional complaint handling 122

Volume 8, *Recordkeeping and information sharing* recommendations 125

Records and recordkeeping 125
Improving information sharing across sectors 127
Improving information sharing in key sectors 128

Volume 9, *Advocacy, support and therapeutic treatment services* recommendations 133

Dedicated community support services for victims and survivors 133
National service to navigate legal processes 133
National telephone helpline and website 134
Enhancing the capacity of specialist sexual assault services 134
Responsive mainstream services 135
National leadership to reduce stigma, promote help-seeking and support good practice 135

Volume 10, *Children with harmful sexual behaviours* recommendations 136

A framework for improving responses 136
Improving assessment and therapeutic intervention 136
Strengthening the workforce 137
Improving evaluation 137
[sic]

Volume 12, *Contemporary out-of-home care* recommendations 138

Data collection and reporting 138
Accreditation of out-of-home care service providers 139

Carer authorisation 139
Child sexual abuse education strategy 140
Creating a culture that supports disclosure and identification of child sexual abuse 140
Strengthening the capacity of carers, staff and caseworkers to support children 141
Identifying, assessing and supporting children with harmful sexual behaviours 141
Preventing and responding to child sexual exploitation 142
Increasing the stability of placements 142
Supporting kinship/relative care placements 142
Residential care 143
Aboriginal and Torres Strait Islander children 143
Children with disability 144
Care-leavers 144

Volume 13, *Schools* recommendations 145

Child Safe Standards 145
Supporting boarding schools 145
Responding to complaints relating to children with harmful sexual behaviours 146
Guidance for teachers and principals 146
Teacher registration 146

Volume 14, *Sport, recreation, arts, culture, community and hobby groups* recommendations 147

Child Safe Standards 147
A representative voice for the sector 147
Expanding Play by the Rules 147
Improving communication 147

Volume 15, *Contemporary detention environments* recommendations 148

Contemporary detention environments 148
Youth detention 148
Immigration detention 151

Volume 16, *Religious institutions* recommendations 153

Recommendations to the Anglican Church 153
Recommendations to the Catholic Church 154
Recommendations to the Jehovah's Witness organisation 158
Recommendations to Jewish institutions 158
Recommendations to all religious institutions in Australia 159

Volume 17, *Beyond the Royal Commission* recommendations 164

Monitoring and reporting on implementation 164
Preserving the records of the Royal Commission 165
A national memorial to victims and survivors of child sexual abuse
in institutional contexts 165

***Working With Children Checks* report recommendations (2015) 166**

General 166
Standards 167
Governance 175

Redress and civil litigation report recommendations (2015) 176

Justice for victims 176
Redress elements and principles 176
Direct personal response 177
Counselling and psychological care 178
Monetary payments 180
Redress structure and funding 182
Redress scheme processes 185
Interim arrangements 190
Limitation periods 191
Duty of institutions 192
Identifying a proper defendant 193
Model litigant approaches 193

Criminal justice report recommendations (2017) 194

Our approach to criminal justice reforms 194
Current police responses 194
Issues in police responses 194
Police responses and institutions 200
Persistent child sexual abuse offences 201
Grooming offences 202
Position of authority offences 202
Limitation periods and immunities 202
Failure to report offence 203
Failure to protect offence 205
Issues in prosecution responses 206
DPP complaints and oversight mechanisms 208
Tendency and coincidence and joint trials 208
Evidence of victims and survivors 210
Judicial directions and informing juries 212
Delays and case management 215
Sentencing 215
Appeals 216
Juvenile offenders 217

[...]

The perpetrators

People in **religious ministry**²⁰ and teachers were the perpetrators we heard about most commonly. Institutional factors that facilitated or enabled perpetrators, whatever the institutional context, to sexually abuse children included:

- unsupervised, one-to-one access to a child, such as travelling alone with a child
- provision of intimate care to a child or an expectation of a level of physical contact
- the ability to influence or control aspects of a child's life, such as academic grades
- authority over a child, particularly in situations with significant control such as a residential setting
- spiritual or moral authority over a child
- prestige of the perpetrator, resulting in the perpetrator being afforded a higher level of trust and credibility
- opportunities to become close with a child and/or their family
- responsibility for young children, such as that held by preschool carers
- specialist expertise, as in the case of medical practitioners, that enabled perpetrators to disguise sexual abuse.

Where did abuse occur?

We were told in private sessions about a wide range of institutions where children had been sexually abused. They included childcare services, schools (including **religious schools**), health and allied services, youth detention, historical residential care (including facilities operated by religious institutions), contemporary out-of-home care, **religious institutions**, family and youth support services, supported accommodation, sporting, recreational and other clubs, youth employment, and the armed forces (see Table 1).

²⁰ *El destacado es nuestro..*

**Table 1 – Number and proportion of survivors by institution type, from private sessions
May 2013 – May 2017**

All survivors	Number	Proportion (%)
Out-of-home care ^a	2,858	41.6
Out-of-home care: pre-1990	2,478	36.0
Out-of-home care: 1990 onwards	257	3.7
Out-of-home care: Unknown era	150	2.2
Schools	2,186	31.8
Religious activities	1,000	14.5
Youth detention	551	8.0
Recreation, sports and clubs	408	5.9
Health and allied	192	2.8
Armed forces	76	1.1
Supported accommodation	68	1.0
Family and youth support services	61	0.9
Childcare	32	0.5
Youth employment	17	0.2
Other	213	3.1
Unknown	63	0.9

^a Out-of-home care comprises both home-based care and residential institutions.

Note: Some survivors told us they were abused in more than one institution type. These survivors have been counted under each institution type identified.

Most institution types in Table 1 include institutions managed by religious organisations.

More than one in three survivors (36.0 per cent) said they were sexually abused in pre-1990 out-of-home care – primarily in residential institutions, such as children’s homes, missions or reformatories. Just under one-third (31.8 per cent) said they were abused in a school, and 14.5 per cent said they were abused while involved in religious activities, such as attending a church or seminary. More than one in five survivors (21.0 per cent) said they were sexually abused in more than one institution.

Of those survivors who told us about the types of institution where they were abused, 58.6 per cent said they were sexually abused in an institution managed by a religious organisation.

Almost 2,500 survivors told us about sexual abuse in an institution managed by the Catholic Church. This was 61.8 per cent of all survivors who reported sexual abuse in a religious institution. It was 36.2 per cent of all survivors who came to a private session.

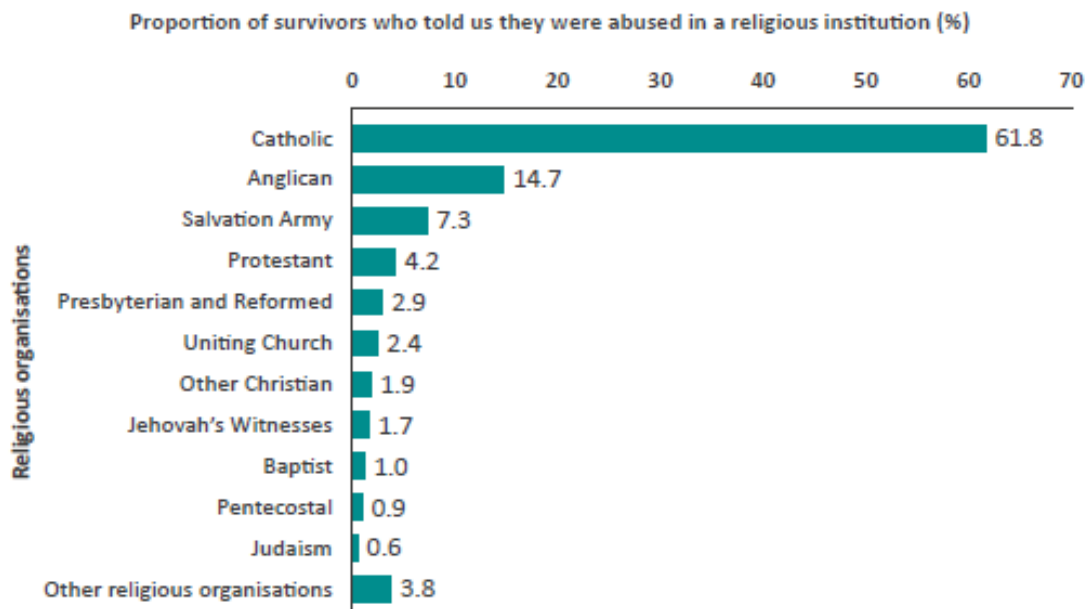


Figure 2 – Survivors as a proportion of all survivors who told us they were sexually abused in a religious institution, by religious organisation, from private sessions May 2013 – May 2015

Note: 'Other religious organisations' includes Baha'i, Brethren, Churches of Christ, Eastern Orthodox, Hindu, Islam, Latter-day Saints, Church of Jesus Christ of LDS (Mormons), Lutheran, Miscellaneous religions, Oriental Orthodox, Seventh-day Adventist and Unknown religions.

Just under one-third (2,203 survivors or 32.0 per cent) of survivors in private sessions told us they were abused in an institution under government management, most commonly schools, out-of-home care, youth detention and healthcare facilities.

More than 10 per cent of survivors (714 survivors) told us that they were sexually abused in institutions that were not under government or religious management. Of these survivors, almost two-thirds (63.3 per cent) said the abuse occurred in a private organisation, such as childcare centre, a medical practice or clinic, a music or dance school, an independent school, a yoga ashram or a sports club. More than one-third (36.1 per cent) told us they were sexually abused in a non-government or not-for-profit organisation.

[...]

Religious institutions

After each time I was sexually abused, I had to go to confession to him and confess 'my' sin of impurity. He would say, 'Are you sorry for your sin, my child?' and I would reply, 'Yes, Father'. He then said 'Ask Almighty God and his blessed mother to help you sin no more. For your penance say three Hail Marys. Now make a perfect act of contrition. Go and sin no more'.

More than 4,000 survivors in private sessions told us they were sexually abused as children in religious institutions in Australia. The abuse occurred in churches, presbyteries and rectories, confessionals, religious schools, orphanages and missions, and various other settings. We heard about child sexual abuse occurring in

1,691 different religious institutions. The sexual abuse took many forms. It was often accompanied by physical or emotional abuse. Most victims were aged between 10 and 14 years when the abuse first started. The perpetrators we heard about included **priests, religious brothers and sisters, ministers, church elders, teachers in religious schools, workers in residential institutions, volunteers, youth group leaders and others.**

We conducted 30 case studies on religious institutions. They revealed that many religious leaders knew about allegations of child sexual abuse yet failed to take effective action. Some ignored allegations and did not respond at all. Some treated alleged perpetrators leniently and failed to address the obvious risks they posed to children. Some concealed abuse and shielded perpetrators from accountability. Institutional reputations and individual perpetrators were prioritised over victims and their families.

Religious leaders and institutions across Australia have acknowledged that children suffered sexual abuse while in their care. Many have also accepted that their responses to this abuse were inadequate. These failures are not confined to religious institutions. However, the failures of religious institutions are particularly troubling because these institutions have played, and continue to play, an integral and unique role in many children's lives. They have been key providers of education, health and social welfare services to children for many years. They have been among the most respected institutions in our society. The perpetrators of child sexual abuse in religious institutions were, in many cases, people that children and parents trusted the most and suspected the least.

It would be a mistake to regard child sexual abuse in religious institutions as being historical; as something we no longer need to be concerned about. While much of the abuse we heard about did take place before 1990, more than 200 survivors told us they had experienced child sexual abuse in a religious institution since 1990. Long delays in victims disclosing abuse mean that an accurate contemporary understanding of the problem is not possible.

However, it would also be wrong to say that nothing has changed. In some religious institutions there has been progress over the last two decades. Some of the religious institutions examined in our case studies told us about their child protection reforms. Others remained reluctant to accept the need for significant internal changes.

We have developed a comprehensive set of recommendations aimed at making religious institutions safer for children. Many of them apply to all religious institutions in Australia. Some are specific to particular religious institutions, and address unique factors relating to their structure, governance or internal culture.

While positive reforms are underway in some religious institutions, there is still much progress to be made before the community can be confident that all religious institutions in Australia are as safe as possible for children.

Key information sources about religious institutions

Private sessions

The largest proportion of these survivors spoke to us about child sexual abuse in Catholic institutions. We heard from 2,489 survivors about child sexual abuse in Catholic institutions, representing almost two-thirds (61.8 per cent) of survivors who told us about child sexual abuse in religious institutions and more than one-third (36.2 per cent) of all survivors we heard from in private sessions. In private sessions we heard about child sexual abuse occurring in 964 different Catholic institutions.

We also frequently heard in private sessions about child sexual abuse in Anglican institutions (594 survivors or 14.7 per cent of survivors who told us about abuse in religious institutions, involving 244 different Anglican institutions) and in Salvation Army institutions (294 survivors or 7.3 per cent of survivors who told us about abuse in religious institutions, involving 64 different Salvation Army institutions).

We heard from smaller numbers of survivors of child sexual abuse in institutions managed by or affiliated with a number of other religious organisations, as reflected in Table 2.

Table 2 – Number of survivors in private sessions by religious organisation, as a proportion of all private session attendees, as a proportion of private session attendees who told us about abuse in religious institutions, and number of religious institutions, from private sessions May 2013 – May 2017

Religious organisation	Number of survivors who attended a private session	Survivors of abuse, as a proportion of all private session attendees (%)	Survivors of abuse, as a proportion of all private session attendees who told us about abuse in religious institutions (%)	Number of religious institutions
Catholic	2,489	36.2	61.8	964
Anglican	594	8.6	14.7	244
Salvation Army	294	4.3	7.3	64
Protestant ^a	169	2.5	4.2	57
Presbyterian and Reformed	117	1.7	2.9	40
Uniting Church	97	1.4	2.4	50
Other Christian ^b	75	1.1	1.9	42
Jehovah's Witnesses	70	1.0	1.7	57
Baptist	40	0.6	1.0	30

Religious organisation	Number of survivors who attended a private session	Survivors of abuse, as a proportion of all private session attendees (%)	Survivors of abuse, as a proportion of all private session attendees who told us about abuse in religious institutions (%)	Number of religious institutions
Pentecostal	37	0.5	0.9	30
Brethren	33	0.5	0.8	12
Churches of Christ	29	0.4	0.7	21
Judaism	25	0.4	0.6	10
Seventh-day Adventist	25	0.4	0.6	21
Lutheran	22	0.3	0.5	12
Latter-day Saints, Church of Jesus Christ of LDS (Mormons)	7	0.1	0.2	6
Miscellaneous religions^c	7	0.1	0.2	4
Islam	<5	<0.1	<0.2	<4
Baha'i	<5	<0.1	<0.2	<4
Eastern Orthodox	<5	<0.1	<0.2	<4
Hinduism	<5	<0.1	<0.2	<4
Oriental Orthodox	<5	<0.1	<0.2	<4
Unknown	20	0.3	0.5	18

a 'Protestant' includes institutions identified by survivors as Protestant without further information about denomination.

b 'Other Christian' includes but is not limited to Unitarian, Religious Society of Friends (Quakers), Fundamentalist Evangelical, Christian Outreach and Christadelphians. These Christian groups are not individually coded in the third edition of the Australian Standard Classification of Religious Groups (2016).

c 'Miscellaneous religions' includes but is not limited to Scientology, The Family and Satanism. These non-Christian groups are not individually coded in the third edition of the Australian Standard Classification of Religious Groups (2016).

Note: The number of survivors in private sessions has not been provided with respect to religious organisations with fewer than five, as this could potentially lead to a survivor being identifiable.

The majority of survivors who told us in private sessions about child sexual abuse in religious institutions were male. The average age of victims at the time of first abuse was 10.3 years. Most survivors told us about multiple incidents of abuse and many told us about abuse that continued for more than a year.

Of the 4,029 survivors we heard from in private sessions about child sexual abuse in religious institutions, the majority (2,533 survivors or 62.9 per cent) provided information about the age of the person who sexually abused them. Of those, 2,164 survivors (85.4 per cent) told us about abuse by an adult perpetrator. Most of these survivors (2,063 survivors or 95.3 per cent) said they were abused by a male adult. Far fewer (139 survivors or 6.4 per cent) said they were abused by a female adult and 50 survivors (2.3 per cent) said they were abused by both a male adult and a female adult.

The perpetrators we heard about in private sessions held various positions in religious institutions, but most held positions of leadership or authority. Some held more than one position, such as people in religious ministry who were also teachers. Some survivors told us about multiple perpetrators who held different positions. Of the 4,029 survivors we heard from in private sessions about child sexual abuse in religious institutions, most (3,879 survivors or 96.3 per cent) told us about the position held by a perpetrator. Of those, 2,053 survivors (52.9 per cent) told us about perpetrators who were people in religious ministry. We also frequently heard about perpetrators who were teachers (901 survivors or 23.2 per cent) or residential care workers (506 survivors or 13.0 per cent). Other perpetrators we heard about included housemasters, foster carers, volunteers and others. We heard about children experiencing sexual abuse in religious institutions in Australia from the late 1920s until well after the establishment of this Royal Commission. Of the survivors who told us in private sessions about child sexual abuse in religious institutions, 90.0 per cent told us about abuse occurring before 1990 and 5.8 per cent told us about abuse occurring from 1990 onwards. Some survivors did not discuss the date of abuse. Because of delayed disclosure, information gathered from private sessions is likely to under-represent the number of survivors of more recent abuse.

Other key data sources

We collected data from the Catholic, Anglican and Uniting churches in Australia about claims and complaints of child sexual abuse.

Catholic Church authorities provided information about claims of child sexual abuse they received between 1 January 1980 and 28 February 2015 (the Catholic Church claims data). Of the 201 Catholic Church authorities surveyed, 92 authorities (46 per cent) reported having received one or more claims of child sexual abuse. Overall, 4,444 claimants alleged incidents of child sexual abuse in 4,756 reported claims to Catholic Church authorities. The Catholic Church claims data showed that the average age of claimants at the time of the first alleged incident of child sexual abuse was 11.4 years for all claimants, 11.6 years for male claimants and 10.5 years for female claimants. Of those who made a claim, 78 per cent were male and 22 per cent were female. The largest proportion of first alleged incidents of child sexual abuse occurred in the 1970s. The average duration of abuse was 2.4 years. There was an average delay of 33 years between the date of the first alleged incident of abuse and the date the claim was made.

The Catholic Church claims data identified 1,880 known alleged perpetrators. Additionally, 530 alleged perpetrators whose identities were not known were the subject of claims of child sexual abuse. Overall, 90 per cent of alleged perpetrators were male and 10 per cent were female. Around two-thirds of alleged perpetrators identified in claims of child sexual abuse were either priests (30 per cent), religious brothers (32 per cent) or religious sisters (5 per cent). Just under one-third (29 per cent) were lay people.

Anglican Church dioceses provided information about complaints of child sexual abuse they received between 1 January 1980 and 31 December 2015. Of the 23 Anglican Church dioceses surveyed, 22 reported having received one or more complaints of child sexual abuse. Overall, 1,085 complainants alleged incidents of child sexual abuse in 1,119 reported complaints to Anglican Church dioceses.

The Anglican Church complaints data showed that the average age of complainants at the time of the first alleged incident of child sexual abuse was approximately 11 years for both male and female complainants. Of those who made a complaint, 75 per cent were male and 25 per cent were female. The largest proportion of first alleged incidents of child sexual abuse occurred in the 1970s. The average duration of abuse was 1.7 years. There was an average delay of 29 years between the date of the first alleged incident of abuse and the date the claim was made.

The Anglican Church complaints data identified 569 known alleged perpetrators. Additionally, 133 alleged perpetrators whose identities were not known were the subject of complaints of child sexual abuse. Overall, 94 per cent of alleged perpetrators were male and 6 per cent were female. Of the alleged perpetrators identified in complaints of child sexual abuse, 50 per cent were lay people and 43 per cent were ordained clergy (the religious status in respect of the other 7 per cent was unknown).

The Uniting Church in Australia provided data regarding allegations and claims of child sexual abuse received between 22 June 1977, when it was established, and 3 March 2017. The data showed that 430 allegations of child sexual abuse were made to the church's six synods in Australia. Of these allegations, 102 resulted in claims of child sexual abuse where the claimant sought redress through a redress process or civil litigation.

There are some limitations on the data sources available to us. They do not represent the total number of allegations of child sexual abuse relating to religious institutions in Australia and cannot be used to determine the incidence or prevalence of child sexual abuse in religious institutions. They represent only those survivors who have come forward, and may not accurately represent the demographic profile or experiences of those who have not come forward. They are also likely to under-represent victims of more recent abuse, as long delays in disclosing child sexual abuse are common.

Case studies

We held 30 case studies that examined responses to child sexual abuse in religious institutions. Fifteen case studies examined Catholic institutions, seven examined Anglican institutions and three examined institutions managed by The Salvation Army. In addition, our case studies examined institutions managed by or affiliated with each of the following: the Uniting Church, the Jehovah's Witnesses, Australian Christian Churches (ACC) and affiliated Pentecostal churches, Yeshiva Bondi and Yeshivah Melbourne (religious institutions forming part of the ChabadLubavitch movement of Orthodox Judaism) and the Australian Indigenous Ministries (formerly the Aborigines Inland Mission, a non-government and interdenominational faith ministry).

Our case studies focused on those religious institutions about which we received the most allegations of child sexual abuse, or in relation to which particular systemic issues arose.

The limits on our time and resources meant that we did not hold case studies on religious institutions that were raised with us by a small number of people.

Religious schools

We heard that many children experienced sexual abuse in religious schools, including day schools and boarding schools. Of the 6,875 survivors who told us in private sessions about child sexual abuse in institutional contexts,

2,186 survivors (31.8 per cent) told us about abuse in schools. Of those, 1,570 survivors (71.8 per cent) told us about child sexual abuse in religious schools.

The victims we heard about included children of both primary and secondary school age, and both boys and girls. Survivors told us about school cultures that permitted child sexual abuse and silenced victims.

We heard that children were sexually abused in various locations on their school grounds or during school-related activities. Some survivors told us about being sexually abused by people in religious ministry in church premises located on or next to school grounds. Boarding schools were also a particularly risky environment in which perpetrators had ready access to children.

We heard that children were sexually abused by a range of individuals in religious schools, including males and females of various ages and who held various positions. However, many of the perpetrators we were told about were adult males who were people in religious ministry. Many perpetrators were teachers, and some were housemasters or dormitory masters.

In private sessions, we also heard from 112 survivors about sexual abuse by another child in a religious school, with almost one-third of these survivors describing abuse that occurred from 1990 onwards.

Residential institutions managed by religious organisations

We heard that many children experienced sexual abuse in residential institutions managed by religious organisations, including orphanages, children's homes and missions.

Of the 6,875 survivors we heard from in private sessions, 2,858 survivors (41.6 per cent) told us about abuse in out-of-home care settings. Of those, 1,419 survivors (49.7 per cent) told us about abuse in residential institutions managed by religious organisations before 1990. Around one in five of these survivors (20.8 per cent) identified as Aboriginal or Torres Strait Islander. The victims we heard about were boys and girls of various ages and from a range of backgrounds. They included orphans, state wards, child migrants, children with disability and Aboriginal and Torres Strait Islander children who were forcibly removed from their families.

We heard that children were particularly vulnerable in residential institutions. Many of these institutions were located in remote places and children were often isolated, having little interaction with people outside the institution. Staff often had unfettered access to children. Survivors told us about experiencing child sexual abuse in various locations within residential institutions, commonly in shared dormitories or nearby staff bedrooms.

We heard that, in addition to experiencing sexual abuse, children in these institutions often grew up in an environment of physical brutality, emotional abuse and extreme neglect. We heard in private sessions about different types of perpetrators in residential institutions managed by religious organisations, including people in religious ministry, staff who worked at the institutions, housemasters, teachers and others. Most survivors told us about male adult perpetrators, but we also heard about female adult perpetrators.

We also heard in private sessions that many victims in residential institutions were sexually abused by other children. Of those who told us about child sexual abuse in residential institutions managed by religious organisations before 1990, and who told us about the age of the person who sexually abused them, 321 survivors (38.8 per cent) told us about abuse by another child.

The Catholic Church claims data showed that nine of the 10 Catholic institutions identified as having the most claims of child sexual abuse were residential institutions. The majority of claims of child sexual abuse relating to residential institutions identified a religious brother as an alleged perpetrator (51 per cent). This was followed by priests (26 per cent), lay people (14 per cent) and religious sisters (7 per cent).

Places of worship, religious activities and recreational activities

Of the 4,029 survivors who told us in private sessions about child sexual abuse in religious institutions, 1,000 survivors (24.8 per cent) told us about abuse in places of worship or during religious activities. Sixty-six survivors (1.6 per cent) told us about abuse during recreational activities affiliated with religious organisations, such as church-run camps or youth groups. The victims we heard about included boys and girls of various ages and from different religious backgrounds.

Each religious organisation has its own places of worship and religious rituals and activities, which often involve children. In private sessions and case studies we heard about children experiencing sexual abuse in places of worship or related locations such as a confessional, a priest's residence or a ritual bathhouse; in seminaries and houses of religious formation; and during religious activities such as altar boy duties, Bible study or Sunday school.

Most of the perpetrators we heard about in places of worship or during religious activities were adult males who were people in religious ministry. We frequently heard about the trust and respect shown by religious communities and families to people in religious ministry, and how this was a factor in perpetrators gaining access to, grooming and abusing children.

Characteristics of child sexual abuse specific to religious institutions

We heard about some aspects of institutional child sexual abuse that were specific to religious institutions. In devout religious families, parents often had such high regard for people in religious ministry that they naturally trusted them to supervise their children. People in religious ministry were often considered to be representatives of God. Many parents were unable to believe they could be capable of sexually abusing a child. In this environment, perpetrators who were people in religious ministry often had unfettered access to children.

Children were often sexually abused by people in religious ministry after the perpetrator had groomed the child's family members by becoming closely involved in their family life. We commonly heard about perpetrators who ingratiated themselves into the family and became regular visitors to the home. Sometimes perpetrators stepped into the role of 'father figure' or exploited particularly vulnerable families, such as those experiencing marriage breakdown or mourning a death.

Survivors also told us that as children, they were threatened or blamed for the sexual abuse they experienced, often in ways that manipulated their religious beliefs – such as the threat of being sent to hell if they resisted sexual abuse or disclosed it. The use of threats and blame in the name of God had a powerful effect on children.

We heard about priests misusing the practice of religious confession to facilitate child sexual abuse or to silence victims. Survivors told us about experiencing sexual abuse as children in the confessional at their church. We also heard that some children experienced sexual abuse that involved the use of religious rituals, symbols or language. Some survivors described such experiences as amounting to a type of 'spiritual abuse', which profoundly damaged their religious beliefs and trust in their religious organisation.

Impacts of child sexual abuse in religious institutions

The impacts of child sexual abuse in institutional contexts can be devastating. There can be distinctive impacts where the abuse is inflicted in a religious context.

Some survivors told us they felt a sense of spiritual confusion or spiritual harm after being sexually abused as a child by a person in religious ministry. Many survivors said they lost their religious faith. We heard that children were raised to have the utmost respect for the religious organisation their family was a part of, and were often taught that people in religious ministry, such as priests, were God's representatives on earth. Some perpetrators used this status to facilitate child sexual abuse. When a religious child was sexually abused by such a person, the impacts were often profound. Some children felt that they had been abused by God or that God must have willed the abuse to happen.

The impacts of child sexual abuse in religious institutions have rippled out to affect victims' parents, siblings, partners, children and, in some cases, entire communities. Some victims have not survived the abuse, having since taken their own lives.

Some religious families were torn apart when children disclosed that they had been sexually abused by people in religious ministry, because parents were unable to believe that people in religious ministry could be capable of perpetrating such abuse. Some survivors told us that negative reactions from family members when they disclosed abuse led to alienation between them and their family members for years, in some cases a lifetime.

We also heard that some survivors were not believed, or were ostracised by their religious community, after disclosing child sexual abuse. The cohesion of a religious community can be shattered when child sexual abuse – and poor institutional responses to that abuse – come to light. Communities can become divided, particularly when the abuse is revealed to be extensive or when institutions have attempted to conceal it. We heard about members of religious communities feeling as though they had been betrayed by religious leaders and institutions they had believed in, revered and entrusted their children to.

We also heard that some members of religious orders or congregations felt betrayed and shamed by the crimes of their fellow members, and by the failure of their leaders to take decisive action against perpetrators and to respond appropriately to survivors of child sexual abuse.

Common responses to child sexual abuse across religious institutions

Our inquiry revealed numerous cases where leaders of religious institutions knew about allegations of child sexual abuse but failed to take effective action, often with catastrophic consequences for children.

Our case studies demonstrated that it was a common practice of religious institutions to adopt 'in-house' responses when dealing with allegations of child sexual abuse. Sometimes they did not respond at all. Often, alleged perpetrators were treated with considerable leniency. Inhouse responses ensured that allegations remained secret, and shielded religious institutions from public scrutiny or accountability.

Leaders of religious institutions often showed insufficient consideration for victims at the time they disclosed child sexual abuse. They frequently responded with disbelief or denial, or attempted to blame or discredit the victim. We also heard of instances where children who disclosed sexual abuse in religious institutions were punished or suffered further abuse.

Leaders of religious institutions often minimised the sexual conduct that was reported to them and wrongly concluded that there was no criminality in the alleged actions. In other cases religious leaders knew that actions were or may have been criminal. However, leaders of religious institutions typically did not report allegations to police.

Leaders of religious institutions were often reluctant to remove alleged perpetrators of child sexual abuse from positions in ministry or employment after suspicions of child sexual abuse were raised or allegations were received. In some cases perpetrators made admissions of behaviour amounting to child sexual abuse, yet religious leaders were still reluctant to take decisive action or report them to police.

Victims who reported child sexual abuse were at times assured by leaders of religious institutions that action would be taken against alleged perpetrators, when often none was. The number of complaints received by some religious institutions, often including multiple complaints about the same individual, suggested a pattern of inaction in responding to alleged perpetrators of child sexual abuse.

Some alleged perpetrators remained in the same positions with access to children for years, some for decades, after initial and successive allegations were raised. Some leaders of religious institutions made serious errors of judgment in the face of compelling evidence of child sexual abuse, by giving alleged perpetrators a 'second chance' with continued or successive appointments. This included moving alleged perpetrators to new positions in different locations where they were offered a 'fresh start', untarnished by their history of sexual offending or previous allegations. In some instances, these new appointments were geographically removed from the locations where the original complaints arose and involved movements across Australia and between different religious institutions. The communities that alleged perpetrators were moved into were in some cases not made aware of the risks these individuals posed.

Leaders of religious institutions commonly allowed alleged perpetrators to continue in ministry or employment with little or no risk management or monitoring of their interactions with children. In many cases, supervisory arrangements were either not put in place or were not effective. Some perpetrators who continued in ministry or employment continued to sexually abuse children.

Across religious institutions, the inadequacy of internal disciplinary systems and the limited use of disciplinary measures meant that some perpetrators of child sexual abuse were not disciplined at all; some were disciplined, but in a minimal way; and others were disciplined, but only many years after allegations were raised or they were convicted. This often meant that perpetrators who were in religious ministry retained their religious titles, and lay perpetrators remained attached to religious institutions in circumstances where it was plainly inappropriate for them to do so.

Instead of reporting allegations to police or engaging with formal disciplinary processes for the dismissal of perpetrators of child sexual abuse from religious ministry, people who responded to allegations in religious institutions sometimes encouraged perpetrators to retire or resign as a way of dealing with these matters 'quietly'. Some leaders of religious institutions also took steps to conceal the real reasons why people were removed from positions in ministry or employment following allegations or admissions of child sexual abuse. This included, for example, allowing perpetrators to retire or resign on false grounds, such as for health reasons. Commencing in the 1990s, some religious organisations developed protocols for responding to complaints of child sexual abuse, as well as redress processes. For some survivors, engaging with such redress processes was a positive experience that contributed to their healing. However, many survivors told us that their experiences were difficult, frightening or confusing. Religious institutions frequently failed to provide appropriate care and support for survivors during redress processes, civil litigation and criminal proceedings. This sometimes exacerbated the trauma experienced by survivors.

Processes for receiving and responding to complaints and claims for redress were often overly legalistic, lacked transparency, involved generic apologies or no apologies at all, and failed to appropriately recognise the long-term and devastating impacts of child sexual abuse on victims, survivors and their families.

Common contributing factors across religious institutions

Multiple and often interacting factors have contributed to the occurrence of child sexual abuse in religious institutions and to inadequate institutional responses. Our work suggests these include a combination of cultural, governance and theological factors.

In several of the religious institutions we examined, the central factor, underpinning and linked to all other factors, was the status of people in religious ministry. We repeatedly heard that the status of people in religious ministry, described in some contexts as 'clericalism', contributed to the occurrence of child sexual abuse in religious institutions and to inadequate institutional responses.

The power and authority exercised by people in religious ministry gave them access to children and created opportunities for abuse. Children and adults within religious communities frequently saw people in religious ministry as figures who could not be challenged and, equally, as individuals in whom they could place their trust. Within religious institutions there was often an inability to conceive that a person in religious ministry was capable of sexually abusing a child. This resulted in a failure by adults to listen to children who tried to disclose sexual abuse, a reluctance by religious leaders to take action when faced with allegations against people in religious ministry, and a willingness of religious leaders to accept denials from alleged perpetrators.

In some cases, it is clear that leaders of religious institutions knew that allegations of child sexual abuse involved actions that were or may have been criminal, or perpetrators made admissions. However, there was a tendency to view child sexual abuse as a forgivable sin or a moral failing rather than a crime. Some leaders of religious institutions claimed to have had a general lack of understanding about paedophilia and conduct amounting to child sexual abuse. Others inappropriately saw an allegation of child sexual abuse as an 'aberration' or a 'one-off incident' and not as part of a pattern of behaviour.

Consequently, rather than being treated as criminal offences, allegations and admissions of child sexual abuse were often approached through the lens of forgiveness and repentance. This is reflected in the forgiveness of perpetrators through the practice of religious confession, as well as encouraging victims to forgive those who abused them.

Many leaders of religious institutions demonstrated a preoccupation with protecting the institution's 'good name' and reputation. Actions were often taken with the aim of avoiding, preventing or repairing public scandal, and concealing information that could tarnish the image of the institution and its personnel, or negatively affect its standing in the community.

In some cases, the structure and governance of religious institutions may have inhibited effective institutional responses to child sexual abuse. Independent, autonomous or decentralised governance structures often served to protect leaders of religious institutions from being scrutinised or held accountable for their actions, or lack of action, in responding to child sexual abuse.

In some religious institutions, the absence or insufficient involvement of women in leadership positions and governance structures negatively affected decision-making and accountability, and may have contributed to inadequate institutional responses to child sexual abuse. Leaders of both the Catholic Church and the Anglican Church told us they believed that the involvement of women in leadership positions would contribute to making their institutions safer for children.

The interpretation and, at times, inappropriate application of religious laws, rules or principles in some religious organisations also contributed to inadequate institutional responses to child sexual abuse by hindering appropriate internal action on allegations of abuse and by acting as a barrier to external reporting. It is clear that for some religious organisations, internal laws or specific scriptural, doctrinal or theological principles present an ongoing obstacle to the reforms needed to ensure that children are safe from sexual abuse in religious institutions.

Anglican Church

Seven of our case studies examined responses to child sexual abuse in institutions managed by or affiliated with the Anglican Church. Three of these case studies focused on the institutional responses of various dioceses and

one associated organisation, the Church of England Boys' Society. The remainder examined the institutional responses of schools, each of which had varying degrees of oversight and governance by the Anglican Church. As at 31 May 2017, of the 4,029 survivors who told us during private sessions about child sexual abuse in religious institutions, 594 survivors (14.7 per cent) told us about abuse in Anglican institutions. The majority (76.4 per cent) were male and 23.4 per cent were female. The average age of victims at the time of first abuse was 10.6 years. Of the 376 survivors who told us about the age of the person who sexually abused them, 309 survivors (82.2 per cent) told us about abuse by an adult and 90 survivors (23.9 per cent) told us about abuse by a child. A small number of survivors told us about abuse by an adult and by a child. Of the 309 survivors who told us about sexual abuse by an adult, 95.8 per cent said they were abused by a male adult. Of the 565 survivors who told us about the position held by a perpetrator, 26.0 per cent told us about perpetrators who were people in religious ministry. This was followed by teachers (21.8 per cent), residential care workers (15.0 per cent) and housemasters (11.5 per cent).

The response of the Anglican Church

Our consideration of the early institutional responses of the Anglican Church to allegations of child sexual abuse revealed multiple failures.

Before the early 2000s, leaders of Anglican institutions often dismissed, did not believe, or minimised allegations of child sexual abuse against both clergy and lay people. Some leaders of Anglican institutions who responded to complaints during this time told victims that there was nothing they could do, suggested that victims had misinterpreted alleged perpetrators' behaviour, or told victims that they should be 'forgiving' or 'let sleeping dogs lie'. Survivors told us of the devastating impacts of such responses.

Senior Anglican Church personnel at times asked complainants to remain silent, in one case we were told of, 'to protect the good name of the church'. We heard of instances where senior Anglican Church personnel raised the threat of potential legal action against survivors and others who made complaints. We heard that such threats dissuaded complainants from reporting to police.

Before the early 2000s, Anglican Church personnel rarely reported complaints of child sexual abuse to police or other civil authorities and, in some cases, those who made complaints to the Anglican Church were actively discouraged from taking further action. In some cases, alleged perpetrators were not reported to police despite them having made admissions relating to child sexual abuse to a bishop. In other cases, alleged perpetrators were not reported to police despite multiple allegations being made over years or decades. Where policies requiring reporting to police existed, they were not followed. One Anglican bishop acknowledged that had he gone to the police, much suffering would have been avoided.

Before the early 2000s, a common response to complaints of child sexual abuse was to allow the alleged perpetrators to remain in ministry or lay involvement in Anglican institutions, sometimes for years or decades. In some cases conditions were imposed, or were purportedly imposed, on those against whom allegations had been made. However, we found that these conditions failed to adequately mitigate the risks to children, or were not complied with. In some cases, there were further allegations of child sexual abuse.

At times, clergy and lay people were promoted and progressed through the ranks of Anglican institutions even after allegations of child sexual abuse had been made against them. In some instances clergy and lay people against whom allegations had been made were allowed to resign or retire quietly, to avoid scandal for the Anglican Church. Disciplinary action that could have been taken against some clergy was not taken. We heard that the disciplinary mechanism available to dioceses (the diocesan tribunal system) was rarely used. Where disciplinary proceedings were held, the processes at times caused additional trauma to survivors.

Since 2004, Anglican Church dioceses in Australia have adopted and implemented a range of measures under a professional standards framework to respond to complaints of child sexual abuse, with the intention of achieving

a consistent national approach. However, there remain differences in the way this framework operates in each of the 23 dioceses, leading to inconsistent outcomes for survivors.

The professional standards framework, while not specifically mandating that allegations of child sexual abuse be reported to police or other civil authorities, nevertheless requires dioceses to have procedures for working with law enforcement, prosecution and child protection authorities. Furthermore, professional standards committees have a power and a duty to refer information to such authorities. However, our case studies showed that where policies existed, Anglican Church personnel did not necessarily report historical allegations of child sexual abuse to civil authorities in a timely manner, if at all.

Following the introduction of the professional standards framework, there was a shift away from the tribunal-based system of disciplining clergy to a mechanism that considers whether clergy and church workers remain fit to hold a licence, office or position of responsibility where allegations have been made against them. However, our case studies showed that such disciplinary action was not always taken, and the process could be long and protracted.

We also heard that lay people involved in the governance of the Anglican Church can significantly influence the prevailing culture of a diocese. In the Diocese of Newcastle in New South Wales, this led to child safety not being prioritised, the undermining of attempts to implement professional standards processes, and a backlash directed at bishops and others in leadership positions when they sought to bring about positive cultural change in relation to child sexual abuse.

Although pastoral care and assistance schemes have operated in most Anglican Church dioceses since the 1990s, we heard that these were not always followed or properly implemented. Where there were civil claims, sometimes the approach adopted by a diocese was legalistic and defensive, which caused further trauma for some survivors. A number of Anglican bishops who gave evidence during our institutional review hearing on the Anglican Church told us that their dioceses had sought to improve their responses to survivors. Despite this, we heard from some survivors about their negative experiences with diocese-based redress schemes, including delays, inconvenient processes, and perceptions that the maximum payments available through these schemes were inadequate.

Contributing factors in the Anglican Church

The lack of a consistent national approach in the Anglican Church to responding to child sexual abuse has led to inconsistent outcomes for survivors. Barriers to a consistent national approach include dispersed and decentralised authority, diocesan autonomy, and theological and cultural differences between dioceses. Given these barriers, the Anglican Church should develop a mechanism to not only drive a consistent approach to child safety, but also monitor its adoption in the 23 dioceses and their affiliated institutions (Recommendations 16.32 and 16.33).

A failure of leadership by diocesan bishops contributed to inadequate responses to child sexual abuse. In two of our case studies, alleged perpetrators remained in positions where they had access to children after a bishop had received a complaint of child sexual abuse about them, and there were subsequently further allegations of child sexual abuse. These failures occurred in a context where there was a lack of oversight and accountability of bishops, and no uniform process for complaints about bishops' handling of allegations of abuse. We recommend that the Anglican Church adopt a uniform episcopal standards framework to ensure that bishops and former bishops are accountable to an appropriate authority or body in relation to their response to complaints of child sexual abuse (Recommendation 16.1).

In some instances, conflicts of interest arose for diocesan bishops and senior diocesan officeholders in their responses to individuals accused of child sexual abuse. Bishops have close relationships with clergy in their

dioceses, which at times clearly affected their response to allegations. Conflicts also arose for senior officeholders as a consequence of their personal and professional interests. We recommend that the Anglican Church adopt a policy relating to the management of actual or perceived conflicts of interest that may arise in relation to allegations of child sexual abuse (Recommendation 16.2).

Aspects of clericalism – that is, the theological belief that the clergy are different to the laity – may have contributed to the occurrence of child sexual abuse in the Anglican Church and impeded appropriate responses to such abuse. A culture of clericalism may have discouraged survivors and others from reporting child sexual abuse, including to police. Greater transparency and a more extensive role for women in both ordained ministry and lay leadership positions in the Anglican Church, among other measures, could address the negative impacts of this culture of clericalism.

In some cases in the Anglican Church there was a focus on extending forgiveness and compassion to perpetrators rather than properly considering the needs of victims. One consequence of a culture of forgiveness, when combined with a poor understanding of child sexual abuse, was that survivors were encouraged to forgive the person who abused them. Similarly, third parties who raised complaints were encouraged to forgive the person they suspected of perpetrating child sexual abuse.

In addition to these cultural factors there were failures in the selection and screening of people for ordination. Clergy and church workers in the Anglican Church also need professional supervision and support. We recommend that the Anglican Church develop a national approach to the selection, screening and training of candidates for ordination (Recommendation 16.4). We further recommend that the Anglican Church develop and implement mandatory national standards to ensure that all people in religious or pastoral ministry undertake regular professional development, undertake professional/pastoral supervision and undergo regular performance appraisals (Recommendation 16.5).

Catholic Church

Fifteen of our case studies examined responses to child sexual abuse in Catholic institutions, including in schools, residential institutions and places of worship, and during religious activities. Case studies also focused on the operation of redress processes in the Catholic Church and the operation of canon law in relation to priests against whom allegations had been made. Case studies considered the responses to child sexual abuse by a number of Catholic dioceses and religious institutes (also known as religious orders or congregations) including the Christian Brothers, the Marist Brothers and the Sisters of Mercy.

As at 31 May 2017, of the 4,029 survivors who told us during private sessions about child sexual abuse in religious institutions, 2,489 survivors (61.8 per cent) told us about abuse in Catholic institutions. The majority (73.9 per cent) were male and 25.9 per cent were female. A small number of survivors identified as gender-diverse or did not indicate their gender. The average age of victims at the time of first abuse was 10.4 years. Of the 1,489 survivors who told us about the age of the person who sexually abused them, 1,334 survivors (89.6 per cent) told us about abuse by an adult and 199 survivors (13.4 per cent) told us about abuse by a child. A small number of survivors told us about abuse by an adult and by a child. Of the 1,334 survivors who told us about abuse by an adult, 96.2 per cent said they were abused by a male adult. Of the 2,413 survivors who told us about the position held by a perpetrator, 74.7 per cent told us about perpetrators who were people in religious ministry and 27.6 per cent told us about perpetrators who were teachers. Some survivors told us about more than one perpetrator.

Of the 1,049 institutions identified in the Catholic Church claims data, 549 were schools and 83 were residential institutions. However, claims of child sexual abuse were much more likely to be made in relation to residential

institutions than schools – an average of 16 claims were made in relation to each residential institution, while an average of four claims were made in relation to each school.

We also sought information from 75 Catholic archdioceses/dioceses and religious institutes about the number of their members who ministered in Australia from 1 January 1950 to 31 December 2010, and how long each of them ministered. We then calculated the proportion of members of these Catholic Church authorities who ministered in the period 1950 to 2010 who were alleged perpetrators, taking into account the duration of ministry (a weighted average methodology).

Of all Catholic priests included in the survey who ministered between 1950 and 2010, taking into account the duration of ministry, 7 per cent were alleged perpetrators.

The weighted proportion of alleged perpetrators in specific Catholic Church authorities included: the St John of God Brothers (40.4 per cent); the Christian Brothers (22.0 per cent); the Benedictine Community of New Norcia (21.5 per cent); the Salesians of Don Bosco (20.9 per cent); the Marist Brothers (20.4 per cent); the Diocese of Sale in Victoria (15.1 per cent); the De La Salle Brothers (13.8 per cent) and the Archdiocese of Adelaide in South Australia (2.4 per cent).

The response of the Catholic Church

Our inquiry revealed numerous cases where senior officials of Catholic Church authorities knew about allegations of child sexual abuse in Catholic institutions but failed to take effective action. While the knowledge and understanding of child sexual abuse may have developed and deepened in the last two decades of the 20th century, it is clear that Catholic Church leaders were aware of the problem well before that time.

The response before the development of national procedures

We have concluded that there were catastrophic failures of leadership of Catholic Church authorities over many decades, particularly before the 1990s. Those failures led to the suffering of a great number of children, their families and wider communities. For many, the harm was irreparable. In numerous cases, that harm could have been avoided had Catholic Church authorities acted in the interests of children rather than in their own interests. Few survivors of child sexual abuse that occurred before the 1990s described receiving any kind of formal response from the relevant Catholic Church authority when they reported the abuse. Instead they were often disbelieved, ignored or punished, and in some cases were further abused.

The responses of various Catholic Church authorities to complaints and concerns about priests and religious (members of religious institutes of the Catholic Church) were remarkably and disturbingly similar. It is apparent that the avoidance of public scandal, the maintenance of the reputation of the Catholic Church and loyalty to priests and religious largely determined the responses of Catholic Church authorities when allegations of child sexual abuse arose.

Complaints of child sexual abuse were not reported to police or other civil authorities, contributing to the Catholic Church being able to keep such matters in-house and out of the public gaze. Had Catholic Church authorities reported all complaints to police, they could have prevented further sexual abuse of children.

In some cases, leaders of Catholic Church authorities were reluctant to remove alleged perpetrators from positions that involved contact with children. Some alleged perpetrators were allowed to remain in religious ministry in the same positions and locations for extended periods of time after allegations of child sexual abuse were raised; in some cases there were further allegations of the sexual abuse of children. If appropriate protective steps had been taken, subsequent abuse may have been avoided.

In other cases, alleged perpetrators were moved to new positions in other locations after allegations were raised, where in some instances they continued to sexually abuse children. The removal of priests and religious from locations where allegations of child sexual abuse arose, and their subsequent transfer to new locations, was one of the most common responses adopted across Catholic Church authorities in Australia before the development of national procedures in the early 1990s. Some priests and religious brothers who were accused of child sexual abuse were moved on multiple occasions.

When the priest or religious left, on occasions hurriedly, untrue or misleading reasons were sometimes given for their departure. On occasions, the move was timed to avoid raising suspicion. In some cases, no warning, or no effective warning, was given to the new parish or school of the risk posed by the incoming priest or religious. Until at least the early 1990s, alleged perpetrators were often sent away for a period of 'treatment' or 'reflection' before being transferred to a new appointment or being allowed to continue in their existing one. Some leaders of Catholic Church authorities believed that psychological or other forms of counselling could assist or 'cure' alleged perpetrators of child sexual abuse.

In some cases, priests or religious against whom allegations of child sexual abuse had been made were simply granted leave, or restrictions were placed on their ministry, such as by appointing them to administrative positions. These measures were not always effective in preventing them from having access to children.

Throughout this period, there was a system under canon law for disciplining priests and religious accused of child sexual abuse, under which the most severe penalty was dismissal from the priesthood or religious life and return to the lay state. However, the Catholic Church authorities we examined did not engage with these canonical processes for priests or religious accused of child sexual abuse in the decades before the development of national procedures in the early 1990s. Instead, bishops and religious superiors adopted a range of informal responses aimed at limiting the capacity of alleged perpetrators to engage in ministry or, at most, permanently removing alleged perpetrators from particular dioceses or religious congregations. These measures did not always prevent alleged perpetrators from continuing in ministry in another Catholic Church authority, or continuing in other positions where they had access to children.

The clearest indication of the inappropriateness and ineffectiveness of institutional responses by Catholic Church authorities to alleged perpetrators of child sexual abuse in this period is that often these responses did not prevent the further sexual abuse of children. Some perpetrators continued to offend even after there had been multiple responses following initial and successive allegations of child sexual abuse.

Development of national procedures

In the late 1980s, Catholic Church leaders began to discuss the issue of child sexual abuse more formally at the Australian Catholic Bishops Conference (ACBC). In 1988 the ACBC established a dedicated committee to consider issues related to child sexual abuse, and the adoption of a series of national protocols from 1990 onwards was an important step towards formulating a nationally consistent response. However, these protocols retained a focus on responding to the alleged perpetrators of sexual abuse rather than on the needs of victims, and their implementation by Catholic Church authorities was sporadic.

By the mid-1990s there had been a shift in understanding about the appropriateness of keeping alleged perpetrators in ministry where they would remain in regular contact with children. At about the same time, members of the newly constituted Bishops Committee for Professional Standards recognised that a new protocol focusing on the needs of victims was required. The formulation and adoption of *Towards Healing* and the Melbourne Response in 1996 were considerable achievements in this regard.

In November 1996, the ACBC agreed that *Towards Healing* would be implemented in March 1997. A month earlier, the then Archbishop of Melbourne, Archbishop George Pell, had announced that the archdiocese would

proceed with the Melbourne Response. The introduction of the Melbourne Response shortly before the implementation of Towards Healing effectively meant there would not be a uniform national approach.

Response to alleged perpetrators during and after the development of national procedures

From the mid-1990s, there were some improvements in the responses of Catholic Church authorities to allegations of child sexual abuse. Alleged perpetrators began to be placed on administrative leave while complaints were investigated, and steps were taken to remove perpetrators from ministry if complaints were substantiated. However, these processes were not always followed and some measures masked the reasons for the action taken. Further, processes to dismiss priests and religious appear to have been rarely used during the 1990s and early 2000s.

While the early protocols contained some provisions relating to alleged perpetrators of child sexual abuse, they did not comprehensively set out the obligations of bishops and religious superiors in responding to alleged perpetrators and convicted offenders. Furthermore, it appears that leaders of Catholic Church authorities were not always aware of or did not consistently follow these protocols. The early protocols did not require leaders of Catholic Church authorities to report allegations to police. Towards Healing did not mandate this until 2010. From the mid-1990s, leaders of Catholic Church authorities continued not to report alleged perpetrators to police, leaving this to victims and survivors. This had the effect of keeping many complaints from the public gaze and in some cases meant that children continued to be at risk.

The early protocols saw the introduction of the approach that alleged perpetrators should be required to take leave from active duties while allegations were investigated. However, Catholic Church leaders in some cases did not take this action and alleged perpetrators continued in the same positions for extended periods of time after allegations had been raised. In other cases, alleged perpetrators were temporarily removed from religious ministry. Some were placed on types of leave such as sick leave, instead of administrative leave, which masked the reasons for which they were placed on leave. Some continued to have access to children.

In the Catholic Church authorities we examined, it appears that, from the time that Towards Healing and the Melbourne Response were introduced, priests and religious were generally placed on administrative leave if allegations of child sexual abuse were made against them.

Some bishops permitted priests to resign or retire following allegations of child sexual abuse in circumstances where it was not made publicly known that allegations had been made against them. Other priests were bestowed with honorific titles, such as Pastor Emeritus, at the time of their resignation, despite being the subject of allegations or having made admissions of child sexual abuse.

Following the introduction of Towards Healing, bishops and religious superiors retained considerable latitude with respect to the measures they should take in response to perpetrators whose guilt had been admitted or proved. It appears that they took disciplinary steps under canon law to dismiss offenders in only a small number of cases during the 1990s and early 2000s. The reluctance of Catholic Church leaders to engage with canonical disciplinary processes may have been caused, in part, by confusion about those processes, as well as by a view that the Vatican tended to resolve matters in favour of offending priests. It may also have been due to the fact that formal canonical disciplinary processes took considerable time.

The delayed or limited use of canon law processes to dismiss those found to have committed child sexual abuse meant that some perpetrators remained in the priesthood or in religious orders for many years after their guilt had been admitted or established. In addition, the Vatican was very slow to respond to petitions for dismissal from Catholic Church authorities in Australia, and it is clear that the Vatican's approach to child sexual abuse by clergy was protective of the offender. One bishop told us that in a number of cases his requests to have offender

priests dismissed from the clerical state were refused and he was instead directed to ensure that the priests live a life of prayer and penance.

Response to survivors after the development of national procedures

In several case studies we considered the experiences of victims and survivors of child sexual abuse who engaged with Towards Healing and the Melbourne Response. For some, participating in these processes was a positive experience that contributed to their healing. However, others told us that their experiences were difficult, frightening or confusing, and led to further harm and re-traumatisation.

We recognise that many people who have engaged with the Towards Healing process since 1997 may have received greatly needed compassion and support and derived important benefits from their participation. However, some survivors have been disappointed by the process and critical of it. We heard from a number of survivors that the principles and procedures set out in Towards Healing were not followed by Catholic Church authorities. Some survivors told us that the personnel they engaged with did not communicate with them clearly or sensitively. In some cases, survivors felt they were not consulted about important decisions. Significantly, a number of survivors told us they perceived that the personnel they engaged with were insufficiently independent of the Catholic Church. Some told us they experienced a power imbalance between themselves and the Catholic Church representatives involved.

We made a number of observations in relation to the Melbourne Response in our report on that case study. We observed that the practice of Independent Commissioners meeting survivors in their barrister's chambers, an environment that may be threatening, if not overwhelming, was unlikely to provide a sense of confidence and security for a survivor. We said that the Archdiocese of Melbourne should meet the costs of lawyers for survivors and should inform survivors of this at the commencement of the process. We concluded that the Archdiocese should review the terms of appointment for the Independent Commissioners to further clarify expectations concerning the rights of victims and the reporting of allegations to police. We also observed that administrators or decision-makers in a redress scheme should never give advice to applicants about likely outcomes of a report to police, even if they are independent of the relevant institution. We observed that the Melbourne Response is a scheme heavily dominated by lawyers and that a traditional legal process is unlikely to provide the most supportive environment for survivors of child sexual abuse.

In 2014, the Archbishop of Melbourne, Archbishop Denis Hart, announced a review of the Melbourne Response, the report of which he received in 2015. This review made recommendations including an increase to the cap on redress payments. In December 2016, Archbishop Hart announced that the cap on payments would be increased on 1 January 2017 and that additional payments would be made to survivors of child sexual abuse who had already received payments, to reflect the new cap.

In case studies we also considered the experiences of survivors of child sexual abuse who pursued civil litigation against Catholic Church authorities, or who negotiated redress directly with Catholic Church authorities. Particular challenges arise in these cases, including the operation of statutory limitation periods and the need to identify a responsible party against whom to bring legal proceedings. We heard from a number of survivors who pursued civil litigation that Catholic Church authorities took advantage of the legal defences available to them and conducted litigation in a manner that did not adequately take account of the pastoral and other needs of survivors of child sexual abuse.

We also heard that in some cases, Catholic Church authorities avoided or resisted meeting with communities affected by child sexual abuse and failed or refused to provide pastoral support to communities who both needed and requested it. We heard of instances where Catholic Church authorities withheld information from

affected communities, which meant that people were not alerted to possible cases of child sexual abuse or were left with unanswered questions.

Responses to child sexual abuse in Catholic schools

In case studies we considered the responses of Catholic Church authorities to allegations of child sexual abuse in Catholic schools, including responses by teachers and principals, by Catholic Education Offices and by diocesan authorities and leaders of religious orders. Many of the responses were similar to those of other Catholic institutions. Allegations were not reported to police. Alleged perpetrators were commonly left in positions where they had access to children, or were moved to new locations, often remaining in teaching positions. In a number of cases, alleged perpetrators who were not removed from positions where they had access to children went on to further sexually abuse children.

In relation to a number of cases we considered where alleged perpetrators were priests associated with Catholic schools, we concluded that the relevant bishop or archbishop knew about allegations of child sexual abuse but failed to take appropriate action to protect children from the risk of abuse, sometimes for years. Their inaction left these priests in positions where they had ongoing access to children in Catholic schools. It was left to principals and teachers to attempt to manage the risk these individuals posed to children.

In relation to Catholic schools in the Archdiocese of Melbourne, we found that the employment structure, where the parish priest is the employer of the school principal and school staff for parish schools, is dysfunctional. There is a risk that having the priest as employer could act as a barrier to people reporting concerns about child sexual abuse. We recommend that parish priests should not be the employers of principals and teachers in Catholic schools (Recommendation 16.6).

A common feature of cases we examined regarding Christian Brothers or Marist Brothers was that provincial leaders of these religious orders allowed religious brothers teaching in Catholic schools to remain in positions where they had access to children, or to move to different schools, despite allegations – in some cases numerous allegations – of child sexual abuse being made against them. During the time period considered by our case studies, the highly centralised structures for decision-making within the Marist Brothers and the Christian Brothers contributed to failures to respond appropriately to allegations of child sexual abuse.

Contributing factors in the Catholic Church

Child sexual abuse by Catholic clergy and religious may be explained by a combination of psychosexual and other related factors on the part of the individual perpetrator, and a range of institutional factors, including theology, governance and culture. The same theological, governance and cultural factors that contributed to the occurrence of the abuse also contributed to inadequate responses of Catholic institutions to that abuse.

Individual factors

Individual pathology is on its own insufficient to explain child sexual abuse perpetrated by Catholic clergy and religious. Rather, a heightened risk of child sexual abuse arises when specific pre-existing factors in relation to an individual's psychosexual immaturity or psychosexual dysfunction combine with a range of situational and institutional factors.

Factors that may influence whether a priest or religious is susceptible to sexually abusing a child include confusion about sexual identity, childish interests and behaviour, and lack of peer relationships. Further, some

clergy and religious perpetrators appear to have been vulnerable to mental health issues, substance abuse and psychosexual immaturity. We heard that personality factors that may be associated with clergy and religious perpetrators include narcissism, dependency, cognitive rigidity and fear of intimacy.

Although most of the perpetrators of child sexual abuse we heard about in Catholic institutions were male adults, and most victims were boys or adolescents, it is a misconception that all perpetrators who sexually abuse children of the same gender as them are same-sex attracted. Research suggests that child sexual abuse is not related to sexual orientation. Perpetrators can be straight, gay, lesbian or bisexual. Research indicates that men who identify as heterosexual are no more or less likely than men who identify as homosexual to perpetrate child sexual abuse. Vatican documents that link homosexuality to child sexual abuse are not in keeping with current understandings about healthy human sexuality.

Clericalism

Clericalism is at the centre of a tightly interconnected cluster of contributing factors. Clericalism is the idealisation of the priesthood, and by extension, the idealisation of the Catholic Church. Clericalism is linked to a sense of entitlement, superiority and exclusion, and abuse of power.

Clericalism nurtured ideas that the Catholic Church was autonomous and self-sufficient, and promoted the idea that child sexual abuse by clergy and religious was a matter to be dealt with internally and in secret.

The theological notion that the priest undergoes an 'ontological change' at ordination, so that he is different to ordinary human beings and permanently a priest, is a dangerous component of the culture of clericalism. The notion that the priest is a sacred person contributed to exaggerated levels of unregulated power and trust, which perpetrators of child sexual abuse were able to exploit.

Clericalism caused some bishops and religious superiors to identify with perpetrators of child sexual abuse rather than victims and their families, and in some cases led to denial that clergy and religious were capable of child sexual abuse. It was the culture of clericalism that led bishops and religious superiors to attempt to avoid public scandal to protect the reputation of the Catholic Church and the status of the priesthood.

We heard that the culture of clericalism continues in the Catholic Church and is on the rise in some seminaries in Australia and worldwide.

Organisational structure and governance

The governance of the Catholic Church is hierarchical. We heard that the decentralisation and autonomy of Catholic dioceses and religious institutes contributed to ineffective responses of Catholic Church authorities to child sexual abuse, as did the personalised nature of power in the Catholic Church and the limited accountability of bishops.

The powers of governance held by individual diocesan bishops and provincials are not subject to adequate checks and balances. There is no separation of powers, and the executive, legislative and judicial aspects of governance are combined in the person of the pope and in diocesan bishops. Diocesan bishops have not been sufficiently accountable to any other body for decision-making in their handling of allegations of child sexual abuse or alleged perpetrators. There has been no requirement for their decisions to be made transparent or subject to due process. The tragic consequences of this lack of accountability have been seen in the failures of those in authority in the Catholic Church to respond adequately to allegations and occurrences of child sexual abuse.

The hierarchical structure of the Catholic Church created a culture of deferential obedience in which poor responses to child sexual abuse went unchallenged. Where senior clergy and religious with advisory roles to

diocesan bishops or provincials of religious institutes were aware of allegations of child sexual abuse, often they did not challenge or attempt to remedy the inadequate responses of their bishop or provincial, or believed that they could not do so. In this regard, Catholic Church authorities can learn lessons from Catholic Church organisations involved in human services, many of which are now incorporated bodies.

The exclusion of lay people and women from leadership positions in the Catholic Church may have contributed to inadequate responses to child sexual abuse. In accordance with contemporary standards of good governance, we encourage the Catholic Church in Australia to explore and develop ways in which its structures and practices of governance may be made more accountable, more transparent, more meaningfully consultative and more participatory, including at the diocesan and parish level.

We recommend that the ACBC conduct a national review of the governance and management structures of dioceses and parishes, including in relation to issues of transparency, accountability, consultation and participation of lay men and women (Recommendation 16.7).

Leadership

In its responses to child sexual abuse, the leadership of the Catholic Church has failed the people of the Catholic Church in Australia, in particular its children. The results of that failure have been catastrophic.

It appears that some candidates for leadership positions have been selected on the basis of their adherence to specific aspects of church doctrine and their commitment to the defence and promotion of the institutional Catholic Church, rather than on their capacity for leadership. This meant that some bishops were ill equipped and unprepared for the challenges of dealing with child sexual abuse and responding to emerging claims. Some Catholic Church leaders in Australia have prioritised protecting the reputation of the Church at the expense of the welfare of individuals when responding to child sexual abuse.

Meaningful and direct consultation with, and participation of, lay people in the appointment of bishops, as well as greater transparency in that process, would make bishops more accountable and responsive to the lay people of the Catholic Church, including in responding to child sexual abuse. We recommend that the ACBC request that the Holy See amend the appointment process for bishops (Recommendation 16.8).

Canon law

The disciplinary system imposed by canon law for dealing with clergy and religious who sexually abuse children contributed to the failure of the Catholic Church to provide an effective and timely response to alleged perpetrators and perpetrators. We heard that canon law as it applied to child sexual abuse was cumbersome, complex and confusing. We recommend that the ACBC request that the Holy See amend a number of provisions in canon law.

We recommend that, in canon law, offences related to child sexual abuse be framed as crimes against the child rather than 'delicts' against morals or a breach of the obligation to observe celibacy (Recommendation 16.9). Further, there should be no provision in canon law that attempts to prevent, hinder or discourage compliance with mandatory reporting laws by bishops or religious superiors. We recommend that canon law be amended so that the 'pontifical secret' does not apply to any aspect of allegations or canonical disciplinary processes relating to child sexual abuse (Recommendation 16.10).

We also recommend that canon law be amended to ensure that the 'pastoral approach' is not an essential precondition to the commencement of canonical action relating to child sexual abuse (Recommendation 16.11); to remove the time limit (prescription) for commencement of canonical actions relating to child sexual abuse (Recommendation 16.12); and to amend the 'imputability' defence so that a diagnosis of paedophilia is not

relevant to the prosecution of or penalty for a canonical offence relating to child sexual abuse (Recommendation 16.13).

A number of the issues we have identified have impeded the permanent removal from ministry of priests or religious against whom a complaint of child sexual abuse has been substantiated, or the dismissal of priests or religious convicted of an offence related to child sexual abuse. We recommend that if a complaint of child sexual abuse against a person in religious ministry is substantiated, the person should be permanently removed from ministry. Canon law should be amended to this effect (Recommendations 16.14 and 16.55). We also recommend that canon law be amended to ensure that priests and religious convicted of a child sexual abuse-related offence in a civil court are dismissed from the priesthood and/or religious life (Recommendations 16.14 and 16.56).

Celibacy – not a direct cause but a contributing factor

While not a direct cause of child sexual abuse, we are satisfied that compulsory celibacy (for clergy) and vowed chastity (for members of religious institutes) have contributed to the occurrence of child sexual abuse, especially when combined with other risk factors. We acknowledge that only a minority of Catholic clergy and religious have sexually abused children. However, based on research we conclude that there is an elevated risk of child sexual abuse where compulsorily celibate male clergy or religious have privileged access to children in certain types of Catholic institutions, including schools, residential institutions and parishes.

For many Catholic clergy and religious, celibacy is implicated in emotional isolation, loneliness, depression and mental illness. Compulsory celibacy may also have contributed to various forms of psychosexual dysfunction, including psychosexual immaturity, which pose an ongoing risk to the safety of children. For many clergy and religious, celibacy is an unattainable ideal that leads to clergy and religious living double lives, and contributes to a culture of secrecy and hypocrisy. This culture appears to have contributed to some clergy and religious overlooking violations of celibacy and minimising child sexual abuse as forgivable moral lapses committed by colleagues who were struggling to live up to an ideal that for many proved impossible.

We recommend that the ACBC request that the Holy See consider introducing voluntary celibacy for diocesan clergy (Recommendation 16.18). We also recommend that Catholic religious institutes implement measures to address the risks of harm to children and the potential psychological and sexual dysfunction associated with celibacy (Recommendation 16.19).

Selection, screening and initial formation

It is apparent that initial training or formation practices were inadequate in the past, particularly before the 1970s, in relation to the screening of candidates for admission to the priesthood or religious life, preparing seminarians and novices to lead a celibate life, and preparing them for the realities of life in religious or pastoral ministry. The initial training of priests and religious occurred in segregated, regimented, monastic and clericalist environments, and was based on obedience and conformity. These arrangements are likely to have been detrimental to psychosexual maturity and to have produced clergy and religious who were cognitively rigid. This increased the risk of child sexual abuse.

Although from the 1970s there have been improvements in the selection, screening and formation of candidates for the priesthood and religious life, it appears that these have largely been implemented in an ad hoc and inconsistent manner. In particular, there is still a lack of consistency between seminaries and houses of religious formation in relation to the selection and screening of candidates. We recommend that the Catholic Church

adopt a national protocol for screening candidates and that bishops and religious superiors draw on wideranging professional advice in their decision-making in relation to the admission of individuals to ordination or final vows (Recommendations 16.21 and 16.22). We also recommend that guideline policy documents relating to the formation of clergy and religious explicitly address child sexual abuse and its prevention (Recommendation 16.23).

We also heard that certain models of formation may be instrumental in inculcating a culture of clericalism. We recommend that the ACBC and Catholic Religious Australia conduct a national review of current models of initial formation (Recommendation 16.24).

Oversight, support and ongoing training of people in religious ministry

It is apparent that Catholic clergy and religious have not received adequate training in relation to professional responsibility, the maintenance of healthy boundaries, and ministerial and professional ethics. It is clear that inadequate preparation for ministry, loneliness, social isolation, and personal distress related to the difficulties of celibacy, have contributed to the sexual abuse of children.

We recommend mandatory national standards to ensure that all people in religious or pastoral ministry in the Catholic Church in Australia undertake regular professional development, undertake professional/pastoral supervision, and undergo regular performance appraisals (Recommendation 16.25).

We also heard that specialised programs for the screening, induction, and professional support and supervision of priests and religious recruited from overseas are inadequate. We recommend the creation of targeted programs for these purposes (Recommendation 16.46).

Sacrament of reconciliation (confession)

“When I went into the confessional, he [the priest] asked me what ‘Father Holmes’ was doing and I told him. His answer was to give me 10 Hail Marys and 10 Our Fathers, and he told me that I was a disgusting girl and I wasn’t allowed to let [Father Holmes] touch me anymore. That’s something I will never get out of my mind – him turning his back on me and not helping me”

We are satisfied that the practice of the sacrament of reconciliation (confession) contributed to both the occurrence of child sexual abuse in the Catholic Church and to inadequate institutional responses to abuse. In case studies and private sessions we heard that disclosures of child sexual abuse by perpetrators or victims during confession were not reported to civil authorities or otherwise acted on. We heard that the sacrament is based in a theology of sin and forgiveness, and that some Catholic Church leaders have viewed child sexual abuse as a sin to be dealt with through private absolution and penance rather than as a crime to be reported to police. The sacrament of reconciliation enabled perpetrators to resolve their sense of guilt without fear of being reported. Also, the sacrament created a situation where children were alone with a priest. In some cases we heard that children experienced sexual abuse perpetrated by Catholic priests in confessionals.

We recommend that any religious organisation with a rite of religious confession implement a policy that confession for children be conducted in an open space and in a clear line of sight of another adult (Recommendation 16.48).

In our Criminal justice report we recommended the introduction of a ‘failure to report’ offence (Criminal justice report, Recommendation 33). In our Final Report, we recommend amending laws concerning mandatory reporting to child protection authorities to ensure that people in religious ministry are included as a mandatory reporter group (Recommendation 7.3). We also recommend that there should be no exemption from obligations

to report under mandatory reporting laws or the proposed 'failure to report' offence in circumstances where knowledge or suspicions of child sexual abuse are formed on the basis of information received in or in connection with religious confession (Recommendation 7.4 and Criminal justice report, Recommendation 35).

The Salvation Army

As at 31 May 2017, of the 4,029 survivors who told us during private sessions about child sexual abuse in religious institutions, 294 survivors (7.3 per cent) told us about abuse in Salvation Army institutions. The majority (73.1 per cent) were male and 26.9 per cent were female. The average age of victims at the time of first abuse was 10.3 years. Of the 174 survivors who told us about the age of the person who sexually abused them, 126 survivors (72.4 per cent) told us about abuse by an adult and 71 survivors (40.8 per cent) told us about abuse by a child. Some survivors told us about abuse by an adult and by a child. Of the 126 survivors who told us about abuse by an adult, 88.9 per cent said they were abused by a male adult. Of the 274 survivors who told us about the position held by a perpetrator, 7.3 per cent told us about perpetrators who were people in religious ministry. Most survivors told us about perpetrators who were residential care workers (46.4 per cent) or housemasters (20.1 per cent).

The response of The Salvation Army

In our case studies examining The Salvation Army we heard that in Salvation Army institutions, particularly residential institutions, vulnerable children were preyed upon by those responsible for their care, and by other abused and traumatised children. Such abuse was not inevitable, but resulted from the failures of individuals, including many in positions of authority and leadership.

The failure of Salvation Army personnel and leaders to respond appropriately and with compassion when victims had the courage to disclose their experiences of abuse is appalling. In many instances, despite having policies and procedures in place to deal with the discipline of officers and appropriate conduct in relation to children, The Salvation Army failed to follow them. As a consequence, it failed to protect children in its care.

We found that The Salvation Army left some alleged perpetrators in positions where they had access to children despite multiple complaints that they had sexually abused children in their care. Some were transferred to other Salvation Army institutions. While some alleged perpetrators were dismissed from officership in The Salvation Army because of allegations of child sexual abuse, in some cases this was undermined by their later re-admission to The Salvation Army. From our case studies, it appears that allegations of child sexual abuse against Salvation Army personnel were reported to police or other civil authorities by The Salvation Army on only a few occasions. Victims of child sexual abuse in Salvation Army children's homes who disclosed that they had been abused were frequently disbelieved or accused of lying, or no action was taken in response. In some cases victims who disclosed sexual abuse were physically punished or further abused as a result. Many survivors who later sought redress, including apologies, from The Salvation Army were disappointed or further traumatised by the manner in which their claims were handled.

Contributing factors in The Salvation Army

Some of the factors that contributed to child sexual abuse in The Salvation Army or to inadequate institutional responses to the abuse were broadly associated with the operation of residential institutions in the period up to the 1990s. This included resourcing constraints that affected both staffing levels and living conditions, impacting the quality of care provided to children. Staff were inadequately trained and complaint handling

policies were inadequate or non-existent. Further, there was limited government oversight of and poor external accountability for those running Salvation Army residential institutions.

Other contributing factors related to aspects of the organisational culture in which managers of Salvation Army institutions wielded absolute authority over the children in their care. The hierarchical management structure of The Salvation Army contributed to inadequate responses to child sexual abuse. Subordinate officers and staff did not challenge managers about the abuse that they perpetrated, or their response to complaints of child sexual abuse, and children did not have a higher authority from whom to seek help. Within this organisational culture, children were devalued and often treated harshly. Further, as was common across many religious institutions, The Salvation Army's responses to allegations of child sexual abuse were underpinned by a concern for the reputation of the organisation.

Jehovah's Witnesses

As at 31 May 2017, of the 4,029 survivors who told us during private sessions about child sexual abuse in religious institutions, 70 survivors told us about abuse in the Jehovah's Witnesses. Of the victims we heard about, 80.0 per cent were female. The average age of victims at the time of first abuse was 8.4 years.

Of the 53 survivors who told us about the age of the person who sexually abused them, 44 survivors (83.0 per cent) told us about abuse by an adult and 12 survivors (22.6 per cent) told us about abuse by a child. A small number of survivors told us about abuse by an adult and by a child. The vast majority of survivors who told us about abuse by an adult perpetrator said they were abused by a male adult. Of the 65 survivors who told us during private sessions about the role of a perpetrator, 26.2 per cent told us about child sexual abuse by family members. This was considered to be within our Terms of Reference when the allegations of sexual abuse were reported to and handled by the religious institution. We also heard from survivors about other perpetrators including volunteers (13.8 per cent), lay leaders (9.2 per cent) and other adults who attended the religious institution (9.2 per cent).

As part of our case study examining the response of the Jehovah's Witness organisation to allegations of child sexual abuse, the organisation provided us with files containing allegations, reports or complaints of child sexual abuse. They provided us with documents relating to at least 1,800 children and over 1,000 alleged perpetrators.

The response of the Jehovah's Witnesses

Our case study regarding the Jehovah's Witnesses showed that the organisation dealt with allegations of child sexual abuse in accordance with internal, scripturally based disciplinary policies and procedures. Individuals making complaints of child sexual abuse were required to make their allegations in the presence of the person against whom the allegations were made. The 'two-witness' rule applied – that is, wrongdoing could only be established on the basis of testimony from two or more 'credible' eyewitnesses to the same incident (or strong circumstantial evidence testified to by at least two witnesses or testimony of two witnesses to the same kind of wrongdoing). Allegations were investigated by elders, all of whom were men and had no relevant training.

We found that in deciding the sanctions to impose and/or the precautions to take in relation to a known or suspected perpetrator of child sexual abuse, the Jehovah's Witness organisation had inadequate regard for the risk that the person might reoffend. Alleged perpetrators of child sexual abuse who were removed from their congregations as a result of allegations of child sexual abuse were frequently reinstated. We found no evidence of the Jehovah's Witness organisation reporting allegations of child sexual abuse to police or other civil authorities.

During our case study we heard from survivors of child sexual abuse that they were not provided with adequate information by the Jehovah's Witness organisation about the investigation of their allegations, felt unsupported by the elders who handled the allegations, and felt that the investigation process was a test of their credibility rather than that of the alleged perpetrator. We also heard that victims of child sexual abuse were told by congregational elders not to discuss the abuse with others, and that if they tried to leave the organisation they were 'shunned' or ostracised from their religious community.

Contributing factors in the Jehovah's Witnesses

The Jehovah's Witness organisation addresses child sexual abuse in accordance with scriptural direction, relying on a literal interpretation of the Bible and 1st century principles to set practice, policy and procedure. These include the 'two-witness' rule, as noted, as well as the principle of 'male headship'. This principle is that men hold positions of authority in congregations and headship in the family. Scripturally, only men can make decisions. Other scripture-based policies include the sanctions of reproof (a form of discipline that allows a perpetrator to remain in the congregation), disfellowshipping (exclusion or excommunication as a form of punishment for serious scriptural wrongdoing) and the practice of shunning (an instruction to the congregation not to associate with a disfellowshipped person). As long as the Jehovah's Witness organisation continues to apply these practices in its response to allegations of child sexual abuse, it will remain an organisation that does not respond adequately to child sexual abuse and that fails to protect children.

We recommend that the Jehovah's Witness organisation abandon its application of the twowitness rule in cases involving child sexual abuse (Recommendation 16.27), revise its policies so that women are involved in processes relating to investigating and determining allegations of child sexual abuse (Recommendation 16.28), and no longer require its members to shun those who disassociate from the organisation in cases where the reason for disassociation is related to a person being a victim of child sexual abuse (Recommendation 16.29).

Australian Christian Churches (ACC) and affiliated Pentecostal churches

As at 31 May 2017, of the 4,029 survivors who told us during private sessions about child sexual abuse in religious institutions, 37 survivors told us about abuse in Pentecostal institutions. Of the victims we heard about, 67.6 per cent were female and 32.4 per cent were male. The average age of victims at the time of first abuse was 10.6 years. Of the 28 survivors who told us about the age of the person who sexually abused them, the vast majority told us about abuse by an adult and most of those said they were abused by a male adult. Of the 37 survivors, 29.7 per cent told us about perpetrators who were people in religious ministry and 27.0 per cent told us about perpetrators who were volunteers. We also heard about perpetrators who were residential care workers, foster carers or teachers.

The response of the ACC and affiliated Pentecostal churches

In our case study examining the ACC and affiliated Pentecostal churches, we considered institutional responses to child sexual abuse in a number of separate institutions: the Northside Christian College and Northside Christian Centre in Victoria, the Sunshine Coast Church in Queensland, and the Sydney Christian Life Centre and the Hills Christian Life Centre in New South Wales. We also considered responses of the ACC and Assemblies of God Australia. In each case we found that failures in institutional responses to allegations of child sexual abuse compromised the safety of children.

Contributing factors in the ACC and affiliated Pentecostal churches

It is apparent that a concern for institutional reputation affected responses to allegations of child sexual abuse by the ACC and its affiliated churches. The role of pastors in ACC-affiliated churches was also a contributing factor. The trust placed in pastors can contribute to their access to children. The lack of control over who is able to represent themselves as a pastor of the ACC is a weakness in the necessary safety controls that the ACC should have in place to protect children. In these institutions, the inadequate management of conflicts of interest was a further feature of the organisation's poor institutional responses to child sexual abuse.

Perhaps the most significant factor that affected institutional responses to allegations of child sexual abuse was the autonomous nature of Pentecostal churches, which meant that senior pastors had discretion about whether to adopt child protection policies, including in relation to the training, supervision and discipline of staff.

Yeshiva Bondi and Yeshivah Melbourne

As at 31 May 2017, of the 4,029 survivors who told us during private sessions about child sexual abuse in religious institutions, 25 survivors told us about abuse in Jewish institutions. Fifteen of those survivors told us about abuse in connection with Yeshiva Bondi or Yeshivah Melbourne, religious institutions forming part of the Chabad-Lubavitch movement of Orthodox Judaism. Those 15 survivors were all male, they all told us about sexual abuse by males, and most told us about sexual abuse by adult perpetrators. The average age of victims at the time of first abuse was 11.3 years. Most of the perpetrators we heard about were teachers. We also heard about perpetrators who were people in religious ministry (rabbis), ancillary staff at the institutions or volunteers.

The responses of Yeshiva Bondi and Yeshivah Melbourne

Our case study examining the responses of Yeshiva Bondi and Yeshivah Melbourne to allegations of child sexual abuse indicated that, when children or their parents made contemporaneous disclosures of sexual abuse to persons in positions of authority, they were disbelieved or ignored. Alleged perpetrators were either left in positions with continued access to children or were quietly removed from the institution.

At least until the 2000s, those in leadership positions did not report allegations of child sexual abuse to police or other civil authorities. In some cases, the failure of those in positions of authority to act after receiving allegations of child sexual abuse allowed perpetrators to continue to sexually abuse children.

In the cases we examined, the institutional responses to survivors of child sexual abuse who reported the abuse years after it occurred were dismal. Rather than supporting survivors or assisting them through the process of reporting allegations to police and during and after criminal proceedings, community leaders of Yeshiva Bondi and Yeshivah Melbourne made efforts to silence survivors and to condemn those who would not be silent. Members of the relevant communities shunned survivors and their families, which added to their suffering and may also have deterred other survivors from coming forward. Neither the Yeshiva Bondi nor the Yeshivah Melbourne community leaders provided direct, personal apologies to the survivors who did come forward, either for the child sexual abuse they suffered or for the manner in which the institutions handled their complaints.

Contributing factors in Yeshiva Bondi and Yeshivah Melbourne

At least until 2007, Yeshiva Bondi and Yeshivah Melbourne did not have adequate policies, procedures or practices for responding to complaints of child sexual abuse.

In each community, the head rabbi was considered to be the spiritual head of the community. However, there was no overarching external rabbinical authority to which rabbis could be held accountable. A reverence for rabbinical leaders and a lack of oversight contributed to an absence of scrutiny of rabbis' responses to allegations of child sexual abuse.

The failure to recognise and deal transparently with perceived and actual conflicts of interest contributed to poor governance on the part of the Committee of Management at Yeshivah Melbourne. We found a marked absence of supportive leadership for survivors of child sexual abuse and their families in Yeshivah Melbourne. We also found that the leadership did not create an environment that was conducive to the communication of information about child sexual abuse.

The manner in which some cultural beliefs and practices, including Jewish law concepts, were applied in Yeshiva Bondi and Yeshivah Melbourne contributed to inadequate institutional responses to child sexual abuse. For example, senior leaders at Yeshiva Bondi and Yeshivah Melbourne did not take action to dispel concern, controversy and confusion amongst the community over the application of the concepts of *loshon horo* (unlawful gossip) and *mesirah* (which prohibits a Jew from informing on another Jew or handing them over to a secular authority) to the reporting of child sexual abuse to civil authorities. During the institutional review hearing for these institutions, witnesses from Jewish representative bodies and representatives from Yeshiva Bondi and Yeshivah Melbourne unanimously confirmed that the concepts of *loshon horo* and *mesirah* have no application in the case of child sexual abuse. We recommend that all Jewish institutions' complaint handling policies explicitly state that these concepts do not apply to the communication and reporting of allegations of child sexual abuse to police and other civil authorities (Recommendation 16.30).

Creating child safe religious institutions

We make a number of recommendations designed to enhance the safety of children in all religious institutions in Australia and to ensure that those institutions have the same child safe standards in place to protect all children.

In recognition of the crucial role of religious institutions in the lives of many children, we recommend that all religious institutions implement the 10 Child Safe Standards identified by the Royal Commission (Recommendation 16.31).

Religious organisations are uniquely positioned to understand the nature of the services their affiliated institutions provide to children, the capacity of those institutions and the support they may need to provide child safe environments. Religious organisations should work closely with relevant state and territory oversight bodies to support the implementation of, and compliance with, the Child Safe Standards in each of their affiliated institutions (Recommendation 16.34). As part of this approach, we encourage religious organisations to implement a process to measure compliance with the Child Safe Standards in their affiliated institutions, and to make public the results of any internal audits of their affiliated institutions with respect to child safety.

In addition, we make a number of recommendations, framed by the Child Safe Standards, that focus on the factors we identified as potentially contributing to child sexual abuse in religious institutions and to inadequate institutional responses to such abuse. In summary, religious institutions should:

- take steps to make their leaders more accountable, improve their governance structures and standards, and shift their culture to one that prioritises the best interests and safety of children
- do more to encourage the constructive participation and empowerment of children and the involvement of family and community in matters relating to child safety in their institutions
- ensure that people in religious and pastoral ministry are suitable for and supported in their roles through better screening, selection, training and management processes
- improve their investigation of and responses to allegations of child sexual abuse, including removing those who perpetrate child sexual abuse from ministry and reporting complaints to civil authorities
- improve their recordkeeping and information sharing practices to better prevent child sexual abuse and to better identify and respond to child sexual abuse when it does occur.

[...]"

Royal Commission into Institutional Responses to Child Sexual Abuse

https://www.childabuseroyalcommission.gov.au/sites/default/files/final_report_-_preface_and_executive_summary.pdf
(15 de diciembre de 2017)

[Volver al índice](#)

España

A. Sentencia del Tribunal Supremo que confirma la sentencia en primera instancia y condena a cinco jóvenes que irrumpieron en una misa para protestar contra la reforma a la ley de aborto, por delito de libertad religiosa

Roj: STS 4537/2017 - ECLI: ES:TS:2017:4537

Id Cendoj: 28079120012017100834

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 19/12/2017

Nº de Recurso: 47/2017

Nº de Resolución: 835/2017

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO CASACIÓN núm.: 47/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 835/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

Dña. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 19 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de Casación nº 47/2017, por infracción de Ley y de precepto constitucional, interpuesto por los acusados Dña. Eulalia , D. José , D. Leon , Dña. Herminia y Dña. Justa , representados por la procuradora Dña. Ascensión Nuria Ruiz Mora, bajo la dirección letrada de D. Josep de Luis Ferrer; contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 2ª), con fecha 13 de octubre de 2016 , siendo parte recurrida el Obispado de Mallorca (acusación particular), representada por el procurador D. Juan Luis Cárdenas Porras, bajo la dirección técnica del letrado D. Miguel Arbona Femenía. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 5 de los de Palma de Mallorca, instruyó diligencias previas con el número 411/2014, contra Eulalia , D. Leon , D. José , Dña. Herminia, Dña. Justa y Dña. Agueda, y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 2ª, rollo 12/2016) que, con fecha 13 de octubre de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

«El día 9 de febrero de 2014, domingo, siendo aproximadamente las 12:10 de la mañana, un grupo de unas treinta personas aproximadamente, entre los que se encontraban los acusados Eulalia con DNI NUM000 , Leon con DNI NUM001 , José con DNI NUM002 , Herminia con DNI NUM003 , Justa con DNI NUM004 , a sabiendas del acto que allí se practicaba, penetraron en la Iglesia de San Miguel de Palma donde se celebraba la misa de domingo a las 12 horas, al igual que se viene celebrando al menos desde hace treinta años.

Los acusados junto con los otros individuos no identificados (excepto un menor de edad ya juzgado y condenado por sentencia firme) avanzaron en tropel por el pasillo aproximadamente hasta la mitad del templo, gritando al unísono y repetidamente las frases "tora rosaris del nostres ovaris. Avortament lliure gratuit", desplegando una pancarta con el mismo lema y otros símbolos.

Esto provocó la interrupción de la ceremonia religiosa, produciendo temor, nerviosismo y afectación al personal de la Iglesia y a los feligreses, que en número de 200 a 300 personas aproximadamente participaban de la celebración religiosa.

Personal de la Iglesia de Sant Miguel y algunos feligreses formando barrera y extendiendo los brazos y las manos, sin acometimiento físico, consiguieron hacer retroceder el grupo hasta la salida, durante este proceso continuaron los gritos de consignas.

No hubo por parte de persona alguna agresión, acometimiento o maltrato físico.

Una vez desalojados los acusados, el sacerdote tranquilizó a los feligreses y la misma pudo reanudarse, siendo que estuvo interrumpida unos diez minutos.

No resulta probado que Agueda con DNI NUM005 interviniese en los hechos (sic)».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente parte dispositiva: «Condenamos a Eulalia , Leon , José , Herminia y Justa , como autores criminalmente responsables de un delito contra la libertad religiosa del artículo 523 del Código Penal , sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión para cada uno, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y condena de 5/6 de las costas causadas, excluyendo las de la acusación particular. Absolvemos a Agueda de los hechos objeto de este procedimiento. Se declara 1/6 de las costas de oficio (sic)».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de D.ª Eulalia , D. José , D. Leon , D.ª Justa y D.ª Herminia , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el presente recurso.

CUARTO.- La representación de los recurrentes, alegó los siguientes motivos de casación:

- 1.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación del artículo 523 del CP .
- 2.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM , por infracción del principio de legalidad (artículo 9.3 CE) e infracción del principio de tipicidad (artículo 25.1 CE).

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el . señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 5 de diciembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Baleares, Sección 2ª, condenó a los recurrentes como autores de un delito contra la libertad religiosa del artículo 523 del Código Penal (CP) a la pena de un año de prisión. Contra la sentencia interponen recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 523 CP, pues entienden que no concurren los elementos típicos. Sostienen que su acción está enmarcada en un ambiente de reivindicación de una regulación legal del aborto ampliamente permisiva, teniendo como móvil de su acción dar visibilidad a la postura política que mantienen. Alegan que en el momento de los hechos la escena en relación a la modificación de la regulación del aborto se encontraba en el momento álgido de coincidencia ideológicopolítica entre el Gobierno y la Conferencia Episcopal. No fue su intención lesionar el derecho fundamental a la libertad de culto ni interferir en el ejercicio legítimo de una opción religiosa a través de sus actos de culto. Sin embargo, dice, consideraron oportuno y legítimo exteriorizar su postura en el seno de un espacio físico vinculado a la Iglesia Católica, con la finalidad de maximizar la repercusión pública de su acción, lo que tiene encaje dentro de la libertad de expresión. No concurre el elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de interrumpir el acto religioso.

El Ministerio Fiscal, que impugna el motivo, sostiene que los acusados recurrentes se pronunciaron tumultuariamente en el interior de una Iglesia, dando voces, interrumpiendo y perturbando la celebración de la Misa, el acto de culto más importante de la religión católica. Añade que los recurrentes realizaron esos actos conscientemente, y que sus posiciones políticas respecto al aborto podían defenderse de otras formas.

1. El artículo 16.1 de la Constitución (CE) reconoce el derecho a la libertad religiosa y de culto de los individuos y comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. El Tribunal Constitucional, STC 46/2001, ha señalado que "el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen, pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso".

El artículo 3, apartado 1, de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, dispone que "El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática".

Por lo tanto, el reconocimiento de la libertad religiosa que se contiene en el artículo 16.1 CE incluye no solo el derecho de pensar o creer de una determinada manera, solo determinada por cada ser humano, sino además, el de comportarse públicamente con arreglo a esa creencia y el de practicar, naturalmente con respeto a los derechos de los demás, los actos propios del culto y de los ritos de la confesión que se profese. Derechos que incorporan, consecuentemente, la obligación de los demás de respetar su existencia, su expresión pública y su ejercicio.

2. El legislador ha considerado pertinente otorgar protección penal al derecho fundamental a la libertad religiosa. Como se recuerda correctamente en la sentencia impugnada, en el Libro 11 del Código Penal, desde su redacción inicial, el Título XXI, se dedica a los "Delitos contra la Constitución"; su Capítulo IV se dedica a los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. En su Sección 2ª contiene los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos.

En el artículo 523 se sanciona a quienes con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público, que en la actualidad corresponde al Ministerio de Justicia. La pena prevista se extiende entre seis meses y seis años si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar. En el primer caso, la pena es muy superior no solo a los supuestos del último inciso, sino también a otros actos previstos en los artículos 522 y 524. La conducta descrita en el tipo objetivo consiste en impedir, interrumpir o perturbar los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de la confesión religiosa de que se trate. La identificación de éstos no presenta dificultades, aunque en cada caso haya de relacionarse con las particularidades de la confesión religiosa afectada. En definitiva se trata de expresiones colectivas de cada forma de entender la religiosidad. Lo que podría ser una desmesurada extensión de la conducta típica, según la literalidad del texto, se corrige por dos vías. De un lado, la propia ley exige que se actúe con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, de manera que el impedimento, la interrupción o la perturbación ocasionada de cualquier otra forma no sería delictiva. Y, de otro lado, la doctrina ha exigido con buen criterio que cualquiera de esos resultados presente cierta relevancia, que debe establecerse teniendo en cuenta las características del caso, especialmente, el tiempo de duración, la forma en la que se ha causado y la forma en la que cesó. Ello permite excluir del tipo los supuestos en que por breves instantes se causa una pequeña interrupción o una perturbación, que cesa inmediatamente y que pueda considerarse menor. Incluso algunas conductas que, formalmente, pudieran calificarse como impositivas, por momentos muy breves, del acto religioso, si cesan inmediatamente, podrían entenderse no delictivas.

En cuanto al tipo subjetivo, el precepto no exige una especial intención en el sujeto. A diferencia del artículo 524, en el 523 no se exige que la actuación se ejecute "en ofensa" de los sentimientos religiosos, por lo que bastará el dolo genérico. Es decir, es exigible que el sujeto sepa que con su proceder está impidiendo, interrumpiendo o perturbando, de forma relevante, un acto, función, ceremonia o manifestación de esa confesión religiosa, y que a pesar de ese conocimiento ejecute la acción. Igualmente es preciso que conozca las características del lugar en el que se ejecuta la conducta como lugar de culto, a los efectos de la primera parte del último inciso del precepto.

3. En el caso, los acusados, junto con otras personas, hasta alcanzar un número cercano a treinta, penetraron en la Iglesia de San Miguel de Palma de Mallorca, avanzando en tropel por el pasillo hasta aproximadamente la mitad del templo, gritando, al unísono y repetidamente las frases "tora rosaris del nostres ovaris. Avortament lliure y gratuit" (fuera rosarios de nuestros ovarios, aborto libre y gratuito); asimismo desplegaron una pancarta y otros símbolos. En el momento de la entrada de los acusados se estaba celebrando la misa de 12 del domingo, lo que sabían sobradamente. Con su actuación, los acusados interrumpieron la celebración del acto de culto. Personal de la Iglesia y algunos parroquianos formaron una barrera extendiendo los brazos y consiguieron hacer retroceder al grupo hasta la salida. Los acusados continuaron durante ese tiempo con sus gritos y consignas. Una vez desalojados se continuó con el acto religioso que estuvo interrumpido durante unos diez minutos. católico en un día de los considerados de precepto, en los que la misa es de especial importancia para esa confesión religiosa. La interrupción se causó mediante la formación de tumulto, ocasionado por la presencia de unas treinta personas que invadieron el lugar de culto, que gritaban, que portaban pancartas y que no abandonaron el lugar hasta que fueron desalojados. La interrupción se mantuvo por un tiempo de unos diez minutos, lo cual, en un acto o ceremonia que ordinariamente tiene una duración entre treinta y cuarenta y cinco minutos, debe considerarse relevante. Y solo cesó por la actuación de personal de la iglesia y de algunos de los asistentes. No es posible, por lo tanto, calificar la conducta como impedimento, interrupción o perturbación menor.

En el aspecto subjetivo, es claro que los acusados sabían que el domingo, a las doce, se celebraba en esa

iglesia una misa muy concurrida habitualmente. En realidad, aunque se alegue que pretendían solamente expresar su desacuerdo con la postura oficial de la Iglesia Católica, lo cierto es que, precisamente porque querían maximizar la visibilidad de su protesta, como se reconoce en el recurso, eligieron conscientemente esa iglesia, ese día y esa hora "en la búsqueda de maximizar la repercusión pública de acción" (sic). Por eso, precisamente, en su ánimo estaba impedir, interrumpir o perturbar de forma claramente perceptible para todos el acto religioso que sabían que se celebraba a esa hora en esa iglesia. Su protesta, en sí misma legítima, se organizó de tal forma que fuera bien perceptible por terceros. Así, no solamente sabían que con su conducta afectaban de esa forma a la celebración del acto o ceremonia religiosa, sino que especialmente querían hacerlo. Es esa interrupción o perturbación, ejecutada de esa forma lo que la priva de legitimidad.

SEGUNDO.- Los recurrentes alegan que solo pretendían exteriorizar su posición política respecto al aborto, y que consideraron oportuno hacerlo dentro de un espacio vinculado a la Iglesia Católica.

1. La CE reconoce también el derecho a la libertad de expresión y el derecho de manifestación. Es posible que, en algunas ocasiones, esos derechos puedan colisionar con el derecho a la libertad religiosa. Pero es claro que, para resolver esos supuestos, no siempre será preciso concluir que la ponderación necesaria haya de conducir a establecer la supremacía de un derecho sobre el otro hasta el punto de anular absolutamente el ejercicio de uno de ellos. En algunas ocasiones será posible otra solución que los haga compatibles, y en ellas, el ejercicio de uno de los derechos no justifica la lesión del otro.

El ejercicio del derecho a la libertad de culto, en relación a las manifestaciones públicas de la religiosidad, cuando tiene lugar en el interior de los lugares destinados a la celebración de los actos de culto por la confesión de que se trate, como ocurre en el caso, no afecta en absoluto al derecho de los demás a manifestarse para expresar su opinión, o a expresarla de cualquier otra forma. Opinión que puede ser contraria, incluso, a la propia existencia de la religión. El ejercicio de estos derechos puede tener lugar en cualquier otro lugar sin limitaciones derivadas del respeto a la práctica de aquellos actos de culto, cuando ésta se circunscribe a los espacios concretos destinados precisamente para ello. Incluso puede plantearse su ejercicio de forma que resulte desagradable o molesta para los miembros de la confesión religiosa que acuden a sus actos de culto, pero para hacer efectivo ese derecho a la libertad de expresión y de manifestación, no siempre es imprescindible impedir a los demás el ejercicio de su derecho, también fundamental, a la libertad de culto como manifestación del derecho a la libertad religiosa. Si ambos derechos pueden ejercitarse de forma libre y suficiente, no es lícito pretender que uno de ellos suprima la posibilidad de ejercicio del otro.

2. En el caso, los acusados pretendieron ejercitar su derecho a la libertad de expresión mediante el ejercicio de su derecho de manifestación, con la finalidad de poner de manifiesto su posición política respecto de la regulación del aborto, defendiendo como tesis el aborto libre. Alegan ahora que se encontraban en el ejercicio legítimo de un derecho, lo que operaría en todo caso como circunstancia eximente de su responsabilidad criminal.

Es claro que les asistía el derecho de expresar libremente su opinión, y de manifestarse para ello, dentro de los límites legales. Sin embargo, ello no les autorizaba a hacerlo de forma que, actuando en el interior del lugar destinado al culto, suprimieran un derecho fundamental de los demás, en el caso, el de libertad de culto, cuando el ejercicio de ambos era compatible, sin que, por ello, fuera preciso sacrificar uno de ellos para la subsistencia del otro. No era preciso resolver la colisión mediante el establecimiento de una relación de supremacía. La ley penal solamente castiga los actos descritos en el artículo 523 cuando se cometan en relación con los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas, pero no, como es lógico, cuando se limiten a expresar opiniones o posiciones políticas, religiosas o de otro tipo, contrarias a las que se desprenden de la práctica de aquellas actividades religiosas.

Los acusados optaron por desarrollar una conducta que no solo suponía el ejercicio del derecho a expresar su

opinión, sino que lo hacía de forma que suprimía el ejercicio de otro derecho fundamental de otras personas, sin necesidad alguna para el ejercicio de su propio derecho. No se encontraban, pues, en el ejercicio legítimo de un derecho.

3. De forma indirecta, alegan igualmente que consideraron legítimo exteriorizar su postura en el seno de un espacio físico vinculado a la Iglesia Católica. Dicho con otras palabras, que actuaban bajo un error de prohibición. La jurisprudencia ha señalado que el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente. Será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo, según las circunstancias del caso. El primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal, según dispone el artículo 14 del Código Penal.

Queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la concreta respuesta del ordenamiento a su forma de actuar. Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito, ni, menos aún, el conocimiento de la posible sanción penal; por otro lado, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta. (STS nº 1171/1997, de 29 de setiembre , y STS nº 302/2003).

Como se puede leer en la STS nº 986/2005 , "...la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Para incurrir su responsabilidad penal no hace falta conocer ni siquiera que hay un Código Penal que castiga determinadas conductas. Basta con saber a nivel profano, que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben ese comportamiento que él realiza (STS 1301/98 de 28.1 O). El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar: «Creencia errónea de estar obrando lícitamente», decía el anterior art. 6 bis a); «error sobre la ilicitud del hecho», dice ahora el vigente art. 14.3".

Por otra parte, no es suficiente con la mera alegación del error, sino que es preciso que su realidad resulte con claridad de las circunstancias del caso.

4. En el caso, la cuestión fue suscitada en la instancia y ha sido resuelta en la sentencia de instancia con argumentos y consideraciones que esta Sala asume esencialmente. No es aceptable que los acusados, que se han desarrollado y alcanzado sus conocimientos en el seno de un sistema democrático, puedan creer seriamente que los derechos que les corresponden son prevalentes en todo caso respecto de los derechos de los demás, hasta el punto de hacerlos desaparecer. Ni que ignoren que, así como tienen derecho a manifestarse para expresar libremente sus opiniones, los demás están asistidos del mismo derecho. Y que, en el caso, el ejercicio de aquel derecho les pudiera permitir suprimir el de los demás a participar libremente en los actos o ceremonias de la confesión religiosa a la que libremente han decidido adscribirse, cuando se llevan a cabo en los lugares que esa confesión ha destinado al culto. A estos efectos no es irrelevante insistir en que la conducta de los acusados no tiene lugar en un espacio público de uso común, supuesto en el que las necesidades de ponderación podrían conducir a otras consideraciones, sino en un lugar específicamente destinado al culto por la Iglesia Católica y en el curso de una de sus manifestaciones más importantes, según su doctrina.

Por todo ello, el motivo, en sus distintas alegaciones, se desestima.

TERCERO.- En el motivo segundo, al amparo del artículo 852 de la LECrim , denuncia la vulneración del principio de legalidad y de tipicidad, pues entienden que las acusaciones no han acreditado la inscripción de la confesión afectada en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior (sic). El Ministerio Fiscal, que impugna el motivo, alega que la Iglesia Católica está exenta de inscripción en el registro en virtud del acuerdo entre España y la Santa Sede, y que el artículo 16.3 CE distingue a la Iglesia Católica de las demás confesiones.

1. La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, dispone en su artículo 5 que las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente registro público que se crea a tal efecto en el Ministerio de Justicia. Y en la Disposición Transitoria primera, establece que el Estado reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar de las Entidades religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor de la presente ley , situación en la que se encontraba la Iglesia Católica como consecuencia, primero del Concordato de 1953 y posteriormente de los acuerdos de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede.

El Tribunal Constitucional, en su STC 46/2001 , señaló que la función de dicho registro es de mera constatación, y no de calificación. La exposición de motivos o preámbulo del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, que regula el citado Registro, pone de manifiesto que la adquisición de personalidad jurídica constituye un derecho para las entidades religiosas, según expresa el Tribunal Constitucional en la sentencia citada 46/2001 , siendo que, en nuestro sistema, dicha adquisición se produce por el acceso al Registro de Entidades Religiosas, y el artículo 4 del citado Real Decreto dispone que las entidades inscribibles gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el Registro.

Según ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC 46/2001, la inscripción en el Registro produce efectos jurídicos diversos. En primer lugar, el reconocimiento de su personalidad jurídica como tal grupo religioso. (identificación y admisión en el Ordenamiento jurídico de una agrupación de personas que pretende ejercitar, con inmunidad de coacción, su derecho fundamental al ejercicio colectivo de la libertad religiosa). En segundo lugar, confiere a la entidad un determinado estatus que se manifiesta en la autonomía que le atribuye el artículo 6.1 de la LOLR, a cuyo tenor, las confesiones religiosas inscritas podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En tercer lugar, se proyecta también en una vertiente externa en el sentido de que las concretas manifestaciones que, en el ejercicio del derecho fundamental, realicen los miembros del grupo o comunidad inscrita, se vean facilitadas, de al manera que se permita el ejercicio colectivo de la libertad religiosa con inmunidad de coacción, sin trabas ni perturbaciones de ninguna clase. Y en cuarto lugar, los efectos que en relación al matrimonio se contemplan en el artículo 59 del C. Civil . Dice finalmente esta sentencia del TC que "podemos concluir en el sentido de que la inscripción en el Registro público es la formal expresión de un reconocimiento jurídico dispensado a los grupos o comunidades religiosas, orientado a facilitar el ejercicio colectivo de su derecho a la libertad religiosa, en tanto que instrumento ordenado a "remover los obstáculos" y a "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos" ex art. 9.2 CE ".

Todos estos efectos se reconocen respecto de la Iglesia Católica en el Acuerdo suscrito entre España y la Santa Sede en el año 1979.

Desde esta perspectiva no puede entenderse que la exigencia contenida en la descripción típica sea meramente formal, en el sentido de que queden excluidas de la protección penal aquellas confesiones religiosas que no figuren inscritas en el Registro, por el mero hecho de esa ausencia de inscripción. Por el contrario, dadas las finalidades y efectos de la inscripción en el referido Registro, la exigencia típica debe considerarse referida a la necesidad de que exista un reconocimiento jurídico efectuado por el Estado, lo que generalmente tendrá lugar

a través de la inscripción en el Registro, pero sin excluir ese mismo reconocimiento mediante un acuerdo o tratado internacional de carácter bilateral, como los que han suscrito el Estado y la Santa Sede.

2. Como consecuencia del carácter del Registro, y de los efectos de la inscripción, ha de concluirse, como se hace en la sentencia de instancia, que la exigencia de que se trate de confesiones religiosas inscritas queda cubierta cuando mediante una disposición de rango suficiente, el Estado reconoce a una determinada confesión esa misma personalidad jurídica y los mismos efectos que, de otra forma, se derivarían de la inscripción.

Como se ha señalado, el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Iglesia Católica se produce, al menos en el Concordato de 1953, y mantiene sus efectos tras el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede del año 1979.

Una interpretación en sentido contrario, como pretende el recurrente, conduciría al absurdo de excluir de la protección penal precisamente a una confesión religiosa con la que el Estado Español mantiene un acuerdo específico, y, que, además, es la única mencionada expresamente en la Constitución, cuando, en el artículo 16, después de reconocer en el apartado 1 la libertad religiosa y de culto de los individuos y comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, dispone en su apartado 3 que ninguna confesión tendrá carácter estatal, y que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

Por todo ello, el motivo se desestima.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido
1º. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Dª. Eulalia, D. José, D. Leon, Dª. Herminia y Dª. Justa**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Baleares, Sección Segunda, de fecha 13 de octubre de 2016, en causa seguida contra los mencionados por delito contra la libertad religiosa.

2º. Con imposición a los recurrentes de las costas del presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Larcua

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Luciano Varela Castro Ana María Ferrer García”

Poder Judicial de España

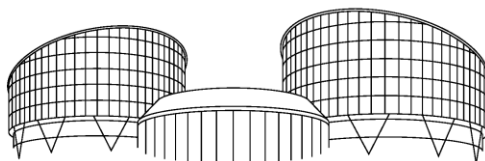
<http://www.poderjudicial.es/cqpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-confirma-la-condena-a-cinco-jovenes-que-irrumpieron-en-una-misa-para-protestar-contra-la-reforma-de-la-ley-del-aborto>

(26 de diciembre de 2017)

[Volver al índice](#)

Corte Europea de Derechos Humanos

A. Sentencia que condena a Italia por negarse a registrar como tales, los matrimonios de personas del mismo sexo de nacionalidad italiana celebrados en el extranjero (extracto)²¹



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
„COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CASE OF ORLANDI AND OTHERS v. ITALY
(Applications nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12)

JUDGMENT
STRASBOURG
14 December 2017

This judgment will become final in the circumstances set out in Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Orlandi and Others v. Italy,
The European Court of Human Rights (First Section), sitting as a Chamber composed of:
Kristina Pardalos, President, Guido Raimondi, Aleš Pejchal, Krzysztof Wojtyczek, Ksenija Turković, Pauline Koskelo, Jovan Ilievski, judges, and Abel Campos, Section Registrar,
Having deliberated in private on 12 September and 14 November 2017,
Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in four applications (nos. 26431/12, 26742/12, 44057/12 and 60088/12) against the Italian Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by eleven Italian nationals and one Canadian national, namely Ms Francesca Orlandi and Ms Elisabetta Mortagna, Mr D.P. and Mr G.P., Mr Mario Isita and Mr Grant Bray, Mr Gianfranco Goretti and Mr Tommaso Giartosio, Mr Fabrizio Rampinelli and Mr Alessandro Dal Molin, and Mr Antonio Garullo and Mr Mario Ottocento (“the applicants”), on 20 April 2012, 6 July 2012, and 11 September 2012 respectively (see Annex for details).

²¹ Sentencia disponible en: <http://derechoyreligion.uc.cl/es/docman/documentacion/internacional/jurisprudencia-1/1238-sentencia-que-condena-a-italia-por-negarse-a-registrar-como-tales-matrimonios-de-personas-del-mismo-sexo-de-nacionalidad-italiana-celebrados-en-el-extranjero/file>

2. The applicants in application no. 60088/12 were represented by Mr Francesco Bilotta, Mr Antonio Rotelli, Ms Maria Federica Moscati and Mr Raffaele Torino; the remaining applicants were represented by Ms Maria Elisa D'Amico, Mr Massimo Clara, Mr Cesare Pitea, and Ms Chiara Ragni, all lawyers practising in Italy. The Italian Government ("the Government") were represented by their Agent, Ms Ersiliagrazia Spatafora.
3. The applicants alleged that the authorities' refusal to register their marriages contracted abroad, and more generally the impossibility of obtaining legal recognition of their relationship, in so far as the Italian legal framework did not allow for marriage between persons of the same sex nor did it provide for any other type of union which could give them legal recognition, breached their rights under Articles 8, 12 and 14.
4. On 3 December 2013 the Chamber to which the case was allocated decided that the complaints under Article 8 alone and Article 14 in conjunction with Articles 8 and 12 were to be communicated to the Government. It further decided to join the cases. On the same day it decided to grant anonymity to two of the applicants in application no. 26431/12 under Rule 47 § 3 of the Rules of Court.
5. Written observations were also received from FIDH, AIRE Centre, ILGA-Europe, ECSOL, UFTDU and UDU jointly, as well as from the Associazione Radicale Certi Diritti, the Helsinki Foundation for Human Rights, Alliance Defending Freedom, and ECLJ (European Centre for Law and Justice), which had been given leave to intervene by the Vice-President of the Chamber (Article 36 § 2 of the Convention). Mr Pavel Parfentev on behalf of seven Russian NGOS (Family and Demography Foundation, For Family Rights, Moscow City Parents Committee, Saint-Petersburg City Parents Committee, Parents Committee of Volgodonsk City, Regional Charity Social Organization Parent's Culture Centre "Svetlitsa", and social organization "Peterburgskie mnogodetki") and three Ukrainian NGOS (the Parental Committee of Ukraine, the Orthodox Parental Committee, and the social organisation Health Nation), had also been given leave to intervene by the Vice-President of the Chamber. However, no submissions have been received by the Court.
6. On 15 December 2016 the President of the Section to which the case was allocated requested the applicants, under Rule 54 § 2 (a) of the Rules of Court, to submit factual information.
7. By letters of 29 December 2016, 30 January 2017 and 7 April 2017, the applicants in applications nos. 26431/12, 26742/12, 44057/12 submitted their reply, which was sent to the Government for information.
8. The letter of request sent to the applicants' legal representative in application no. 60088/12, as well as a subsequent letter, returned to the Court undelivered.
9. By a letter of 24 June 2017 the Government submitted a factual update which was transmitted to the applicants for information.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

10. The applicants' details can be found in the Annex.

A. The background to the case

1. Ms Francesca Orlandi and Ms Elisabetta Mortagna

11. These two applicants met in February 2007, and in 2009 they entered into a stable and committed relationship with each other.

12. On 11 October 2009 Ms Mortagna moved to Toronto, Ontario, Canada for work purposes. A month later the two applicants decided to get married and on 27 August 2010 they married in Toronto.

13. In the meantime, on 2 April 2010, Ms Mortagna's employment came to an end and as a result she was no longer entitled to a residence permit. She therefore returned to Italy and since then has been cohabiting with Ms Orlandi.

14. On 18 April 2011 their physical cohabitation was registered and since then they have been considered as a family unit for statistical purposes.

15. On 9 September 2011 the two applicants asked the Italian Consulate in Toronto to transmit to the Civil Status Office in Italy the relevant documents for the purposes of registration of their marriage.

16. On 8 November 2011 the relevant documents were transferred.

17. On 13 December 2011 the Commune of Ferrara informed the two applicants that it was not possible to register their marriage. The decision noted that the Italian legal order did not allow marriage between same-sex couples, and that although the law did not specify that couples had to be of the opposite sex, doctrine and jurisprudence had established that Article 29 of the Constitution referred to the traditional concept of marriage, understood as being a marriage between persons of the opposite sex. Thus, the spouses being of different sex was an essential element to qualify for marriage. Moreover, according to Circular no. 2 of 26 March 2001 of the Ministry of Internal Affairs, a marriage contracted abroad between persons of the same sex, one of whom was Italian, could not be registered in so far as it was contrary to the norms of public order.

2. Mr D.P. and Mr G.P.

18. These two applicants, who live in Italy, met in 2007 and entered into a stable and committed relationship with each other.

19. On 9 January 2008 they started cohabiting in G.P.'s apartment, although D.P. maintained formal residence in his own apartment. In 2009 G.P. purchased a second property which, in the absence of any legal recognition, for practical and fiscal reasons remained in his name only. In 2010 G.P. purchased, through a mandate in the name of D.P. (for the purposes of purchasing such property), a garage. In June 2011 the couple moved into D.P.'s apartment and established their home there. They have since been considered as a family unit for statistical purposes.

20. On 16 August 2011 the two applicants got married in Toronto, Ontario, Canada. On 10 October 2011 they opened a joint bank account. On 12 January 2012, before a notary, the two applicants appointed each other reciprocally as guardians in the event of incapacitation (*amministratore di sostegno*).

21. Following the applicants' request, on 7 January 2012, the Italian Consulate in Toronto transmitted to the Civil Status Office in Italy the relevant documents for the purposes of registration of their marriage.

22. On 20 January 2012, the Commune of Peschiera Borromeo informed the two applicants that it was not possible to register their marriage. The decision noted that the Italian legal order did not allow marriage between same-sex couples. Moreover, according to Circular no. 2 of 26 March 2001 of the Ministry of Internal Affairs, a marriage contracted abroad between persons of the same sex, one of whom was Italian, could not be registered in so far as it was contrary to the norms of public order.

23. Following the entry into force of the new law (see paragraph 97 below), on 12 September 2016 the two applicants requested that their marriage be transcribed as a civil union. According to the applicants' submissions of 30 January 2017 their request was still pending and no reply had yet been received.

24. According to documents dated 31 March 2017 submitted to this Court in June 2017, by the Government, the applicants' marriage was transcribed as a civil union on 21 November 2016. A certification of this registration, submitted by the Government, is dated 16 May 2017.

3. *Mr Mario Isita and Mr Grant Bray*

25. The two applicants met in Italy in 2002 and entered into a stable and committed relationship with each other. Mr Bray, who is Canadian, did not have a residence permit in Italy at the time, Mr Isita therefore travelled repeatedly to Canada.

26. On 18 July 2005 the couple married in Vancouver, Canada. In the same year Mr Isita designated Mr Bray as his heir. In 2007 Mr Isita retired and moved to Canada permanently, although he maintained formal residence in Italy.

27. In 2004 the two applicants had purchased some land together; in 2007 the couple purchased a further piece of land, and in 2008 they purchased a house and in 2009 a commercial property with an annexed cottage. In 2009 they also opened a joint bank account.

28. On 10 October 2011 they asked the Civil Status Office to register their marriage contracted in Canada.

29. On 25 November 2011 the Commune of Naples informed the two applicants that no such registration was possible. The decision noted that the Italian legal order did not allow marriage between same-sex couples as reiterated in Circular no. 55 of 2007 issued by the Ministry of Internal Affairs.

30. Following guidance from the Mayor of Naples, directing the Civil Status Office of the commune to register such marriages (see below), Mr Mario Isita and Mr Grant Bray re-submitted an application to have their marriage registered. According to information sent to the applicants by email, their request was granted on 6 August 2014. However, further to the circular issued on 7 October 2014 by the Ministry of Internal Affairs (see paragraph 89 below) the registration was cancelled on an unspecified date.

31. On an unspecified date, following the entry into force of the new law, the two applicants requested that their marriage be transcribed as a civil union. According to the applicants' submissions of 30 January 2017 their request was still pending and no reply had yet been received.

32. According to undated documents submitted to this Court in June 2017, by the Government, the applicants' marriage was transcribed as a civil union on 27 October 2016. A certification of this registration, submitted by the Government, is dated 29 March 2017.

4. Mr Gianfranco Goretti and Mr Tommaso Giartosio

33. These two applicants met in October 1995, and a month later entered into a stable and committed relationship with each other.

34. In 1996 Mr Giartosio purchased a house in Rome, Italy and in spring 1998 the two applicants started to cohabit there. There they established their common residence.

35. In 1998 the two applicants symbolically celebrated their union before their friends and family. In 2001 Mr Giartosio allowed limited access to his bank account in favour of Mr Goretti. In 2005 the two applicants drafted wills nominating each other as each other's heirs.

36. On 9 September 2008 the two applicants got married in Berkeley, California.

37. In 2009 the applicants purchased property together and opened a joint bank account.

38. Following their request of the same day, on 29 September 2011 the Commune of Rome informed the applicants that the registration of their marriage was not possible, as it was contrary to the norms of public order.

39. On 1 October 2011 the couple filed a declaration with the Rome "Registry of civil unions" to the effect that they were entering into a civil union and constituting a de facto couple. The declaration is acknowledged by the relevant authorities, but has only symbolic value (see relevant domestic law and practice below).

40. Following guidance from the Mayor of Rome directing the Civil Status Office of the commune to register such marriages (see below), on 15 October 2014 Mr Gianfranco Goretti and Mr Tommaso Giartosio re-submitted an application to have their marriage registered. Their request was also granted and the marriage was registered. However, further to the circular issued on 7 October 2014 by the Ministry of Internal Affairs (see paragraph 89 below) by a decision of the Prefect of Rome of 31 October 2014 the above-mentioned registration was cancelled.

41. On 23 November 2016, following the entry into force of the new law and their request to that effect, the applicants' marriage was transcribed as a civil union.

5. Mr Fabrizio Rampinelli and Mr Alessandro Dal Molin

42. These two applicants met in July 1993 and immediately entered into a committed and stable relationship with each other. A few weeks later Mr Dal Molin moved in with Mr Rampinelli in La Spezia, Italy.

43. In 1997 the couple moved to Milan, Italy.

44. In 1998 Mr Rampinelli moved to Germany for employment purposes, maintaining a long-distance relationship with Mr Dal Molin; however they met every week.

45. In 1998 Mr Dal Molin purchased a property in Milan with financial assistance from Mr Rampinelli.

46. In 2000 Mr Rampinelli returned to Italy; the couple moved to Mediglia and continued cohabiting.

47. In 2007 Mr Rampinelli moved to the Netherlands, again for work purposes, maintaining however, a long-distance relationship with regular weekly visits to Italy.

48. After being in a relationship for fifteen years, on 12 July 2008 the couple got married in Amsterdam, the Netherlands. In November 2008 the couple opened a joint bank account.

49. In 2009 Mr Dal Molin left his job in Italy and moved to the Netherlands. As he was unemployed, he was totally dependent on his spouse. Mr Rampinelli also supported financially Mr Dal Molin's mother, a victim of Alzheimer's disease. They are under a system of separation of estates; however, their accounts are in joint names and their wills indicate each other as heirs.

50. On 28 October 2011 the applicants requested the General Consulate in Amsterdam to transmit to the respective Civil Status Offices in Italy the relevant documents for the purposes of registration of their marriage.

51. On 29 November 2011 the Commune of Mediglia informed the applicants that the registration of their marriage was not possible, as it was contrary to the norms of public order. No reply was received from the Commune of Milan.

52. Following the guiding decision by the Mayor of Milan, mentioned above, the applicants also re-submitted an application to have their marriage registered. According to the information provided by the applicants on 30 January 2017, their marriage was never registered.

53. However, on 4 October 2016, following the entry into force of the new law and their request to that effect, the applicants' marriage was transcribed as a civil union.

6. Mr Antonio Garullo and Mr Mario Ottocento

54. The two applicants married in The Hague on 1 June 2002.

55. On 12 March 2004, the applicants being resident in Latina, Italy, they requested the Civil Status Office to register their marriage contracted abroad.

56. On 11 August 2004 their request was rejected in accordance with the advice of the Ministry of Internal Affairs of 28 February 2004. The decision noted that the Italian legal order did not provide for the possibility of two Italian nationals of the same sex contracting marriage; this was a matter contrary to internal public order.

57. On 19 April 2005 the applicants lodged proceedings before the competent Tribunal of Latina, requesting the registration of their marriage in the light of DPR 396/2000 (see relevant domestic law below).

58. By a decision of 10 June 2005 the Latina Tribunal rejected the applicants' claim. It noted that the registration of the marriage was not possible, because if such a marriage had been contracted in Italy it would not have been considered valid according to the current state of the law, as it failed to fulfil the most basic requirement, that of having a female and a male. In any event, the marriage contracted by the applicants had no consequence in the Italian legal order in so far as a marriage between two persons of the same sex, although validly contracted abroad, ran counter to international public order. Indeed same-sex marriage was in contrast with Italy's history, tradition and culture, and the fact that so few European Union (EU) countries had provided such legislation went to show that it was not in line with the common principles of international law.

59. An appeal by the applicants was rejected by a decision of the Rome Court of Appeal, filed in the relevant registry on 13 July 2006. The Court of Appeal noted that such registration could not take place, given that their marriage lacked one of the essential requisites to amount to the institution of marriage in the domestic order, namely the spouses being of different sexes.

60. On 17 July 2007 the two applicants appealed to the Court of Cassation. In particular they highlighted, *inter alia*, that public order referred to in Article 18 of Law no. 218/95, had to be interpreted as international public order not national public order, and thus it had to be established whether same-sex marriage was against that order, in the light of international instruments.

61. By a judgment of 15 March 2012 (no. 4184/12) the Court of Cassation rejected the appeal and confirmed the previous judgment. Noting the Court's case-law in *Schalk and Kopf v. Austria*, (no. 30141/04, ECHR 2010) it acknowledged that a marriage contracted abroad by two persons of the same sex was indeed existent and valid, however, it could not be registered in Italy in so far as it could not give rise to any legal consequence.

62. The Court of Cassation referred to its case-law, to the effect that civil marriages contracted abroad by Italian nationals had immediate validity in the Italian legal order as a result of the Civil Code and international private law. This would be so in so far as the marriage had been contracted in accordance with the laws of the foreign state in which it had been contracted, and that the relevant substantive requirements concerning civil status and the capacity to marry (according to Italian law) subsisted, irrespective of any non-observance of Italian regulations regarding the issuing of the banns or the subsequent registration. The former were subject solely to administrative sanctions and the latter were not conducive of any legal effects – since registration had the mere significance of giving publicity to a deed or act which was already valid on the basis of the *locus regit actum* principle. Thus, had the marriage been contracted by persons of the opposite sex, in the absence of any other fundamental requirements it would have been valid and conducive of legal effects in the Italian legal order. In that case the Civil Status Officer would have no option but to register the marriage. However, the case-law had shown that the opposite sex of the spouses was the most indispensable requirement for the "existence" of a marriage as a legally relevant act, irrespective of the fact that this was not stated anywhere explicitly in the relevant laws. Thus, the absence of such a requirement placed in question not only the validity of the marriage, but its actual existence, meaning that it would not be conducive to any legal effects (as opposed to a nullity). It followed that according to the ordinary law of the land, two same-sex spouses had no right to have their marriage contracted abroad registered.

63. The Court of Cassation considered that the said refusal could not be based on the ground that such a marriage ran counter to public order (as dictated by the relevant circulars), but that the refusal was simply a consequence of the fact that it could not be recognised as a marriage in the Italian legal order.

64. The Court of Cassation went on to note that the social reality had changed, yet the Italian order had not granted same-sex couples the right to marry as concluded in the Court of Cassation judgment no. 358/10 (which it cited extensively). Indeed the question whether or not to allow same-sex marriage, or the registration thereof, was not a matter of EU law, it being left to regulation by Parliament. However, the Italian legal order was also made up of Article 12 of the Convention as interpreted by the European Court of Human Rights in *Schalk and Kopf* (cited above); in that case the Court considered that the difference of sex of spouses was irrelevant, legally, for the purposes of marriage. It followed that, irrespective of the fact that it was a matter to be dealt with by the national authorities, it could no longer be a prerequisite for the “existence” of marriage. Moreover, the Court of Cassation noted that persons of the same sex living together in a stable relationship had the right to respect for their private and family life under Article 8 of the Convention; therefore, even if they did not have the right to marry or to register a validly contracted marriage abroad, in the exercise of the right to freely live with the inviolable status of a couple, they could bring actions before the relevant courts to claim, in specific situations related to their fundamental rights, treatment which was uniform with that afforded by law to married couples.

65. In conclusion, the Court of Cassation found that the claimants had no right to register their marriage. However, this was so not because the marriage did not “exist” or was “invalid” but because of its inability to produce (as a marriage deed) any legal effect in the Italian order.

[...]

Conclusion

12. On the basis of the above, I conclude that there has been no violation of Article 8 of the Convention on account of the Italian authorities’ refusal to register the applicants’ foreign same-sex marriages as marriages for the purposes of Italian law.

13. By contrast, there has been a violation of Article 8 because, until the entry into force of Law no. 76/2016 and the associated legislative amendments, no specific legal framework was available in Italy providing for recognition and protection for same-sex unions and, as a result, the applicants’ foreign same-sex marriages could not be given recognition in Italy in any form.

The majority reasoning

14. The majority develop a reasoning which focuses on the refusal of *registration* to the same-sex couples and which, in my view, unnecessarily confuses the issues arising in the present case.

15. Initially, in the context of the question of admissibility, the judgment (by reference to *Dadouch v. Malta*, no. 38816/07, § 48, 20 July 2010) acknowledges that the registration of a marriage constitutes a recognition of *legal* civil status (see paragraph 144 of the present judgment). When addressing the merits of the case, however, the majority set out on a line of argument which blurs rather than clarifies the analysis.

16. In the majority judgment, the assessment of the complaints is opened by suggesting that the “refused registration of the applicants’ marriages, either as marriage or under any other form”, was a measure “depriving them of any legal protection or associated rights” (see paragraph 191). This is where the confusion begins. It is reiterated in paragraph 196, where the majority consider that what the Court must determine is whether the applicants’ rights under Article 8 were violated by “the refusals to register the

applicants' marriages in any form, with the result that they were left in a legal vacuum and devoid of any protection".

17. It must be reiterated that the refusal to register the applicants' marriages as marriages was due to the position under substantive Italian law, enshrined at the level of the Constitution, according to which marriage is restricted to persons of the opposite sex. As a corollary of this legal position, a foreign same-sex marriage is not capable of producing the same legal effects as a marriage under substantive Italian law. This in turn is the reason why the applicants' foreign same-sex marriages were not recognized, and thus not registered, as marriages for the purposes of the Italian legal order.

18. Similarly, the refusal to register the applicants' marriages "under any other form" was due to the position prevailing (until 2016) under substantive Italian law, according to which there was no specific legal framework for the recognition and protection of same-sex couples in the form of "civil unions" or "registered partnerships".

19. Thus, it is not correct to suggest that what deprived the applicants, as couples living in stable same-sex unions, of "any legal protection" was the absence of registration. What deprived them of specific legal protection as couples was the absence of substantive legislation providing for a legal framework governing the union of same-sex couples, either as marriages or under another kind of status. In other words, the absence of registration was not the cause but the consequence of the substantive legal situation prevailing in Italy until the adoption of Law no. 76/2016 and related legislative measures.

20. It is worth adding that, as a matter of domestic constitutional law, the Italian Constitutional Court had already stated, prior to the enactment of Law no. 76/2016, that without prejudice to Parliament's discretion, it could however intervene according to the principle of equality in specific situations related to a homosexual couple's fundamental rights, where the same treatment between married couples and homosexual couples was called for. That court would in such cases assess the reasonableness of the measures (see paragraph 75 of the present judgment). Apparently the Constitutional Court did not consider that such contextual protection (prior to the new legislative framework) could or should have been dependent on any prior registration of the same-sex couples concerned. Even from this point of view, therefore, it is not correct to suggest that it is the absence of registration that has deprived the applicants of any protection to which they would otherwise be entitled under domestic law.

21. It is also important to note that as a matter of data protection law, State authorities are not allowed to proceed to the registration of personal data, such as those relating to the private or family relationships of individuals, unless there is a clear legal basis, with a pre-defined purpose, for such measures. These requirements are accentuated under EU law, to which Italy as Member State is subject, including requirements on data processing based on consent (Directive 95/46/EC; to be replaced as from 25 May 2018 by the General Data Protection Regulation (EU)2016/679). It would seem contradictory to envisage a positive obligation incumbent on the State to register people's intimate relationships in the absence of specific legislation based on clearly defined and justified purposes.

22. For the applicant couples, what matters are the legal effects rather than any act of registration, irrespective of its legal significance. The suggestion that the State should be under a positive obligation derived from Article 8 to provide publicity to the applicants' common project of life (see paragraph 150) – independently from an obligation to provide legal protection for their status as partners in a couple – appears rather bizarre. This is even more so in the light of current conditions, where individuals dispose of ample and easy possibilities to make public, without State assistance, any aspect of their private lives that they wish to share with others.

23. In the present judgment, the majority take, in my view, a superfluous and misguided detour around the issue of registration, before finally arriving at the conclusion that – indeed – the failure imputable to the respondent State consists, not in the refusal of registration, but in the failure to “ensure that the applicants had available a specific framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions” (see paragraph 210 of the present judgment). In other words, the violation of Article 8 is basically the same as that found in the case of *Oliari and Others v. Italy*. Under this approach, the absence of registration as such does not raise a distinct issue in the present context.

24. With the legislative changes that have been introduced in Italy through Law no. 76/2016, these aspects of the matter will no longer be of any special importance in the respondent State. Similar issues will, however, arise in those Contracting States where the legislative situation remains similar to that previously prevailing in Italy. Therefore, I think it would have been helpful if the majority could have been persuaded to produce a judgment with a clearer and more analytically coherent reasoning.

DISSENTING OPINION OF JUDGES PEJCHAL AND WOJTYCZEK

1. We respectfully disagree with the view of our colleagues that there has been a violation of the Convention in the instant case. Our objections concern the methodology of treaty interpretation, the methodology for ascertaining whether Convention rights have been upheld and also the application of the relevant principles and rules of law in the instant case.

2. The Convention is an international treaty which must be expounded according to the rules of treaty interpretation established in international law and codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties. We note in this context that the Preamble to the Convention presents the Convention as *one of the first steps* for the collective enforcement of *certain of the rights* stated in the Universal Declaration. The Preamble refers also to further realisation of rights as one of the methods for the achievement of greater unity between the member States of the Council of Europe. It follows that the role of the Convention is the protection of a limited number of rights, defined therein. Further realisation of human rights must serve the purpose of achieving greater unity between the members of the Council of Europe and is to be undertaken by way of international treaties.

The mandate of the European Court of Human Rights is defined in Article 19 of the Convention in the following terms: *to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto*. While the Court must interpret and clarify the provisions of the Convention in the context of the new cases that are brought before it, it is not mandated to change the scope of the engagements undertaken by the High Contracting Parties and in particular to adapt the Convention to societal changes. The Court should be the servant, not the master, of the Convention.

Moreover, the Preamble to the Convention refers to two tools for the maintenance of fundamental freedoms: *effective political democracy* and *a common understanding* and observance of human rights. Effective political democracy requires the existence and functioning of legislatures elected according to the standards set forth in Article 3 of Protocol No 1. In this context, the task of adapting the Convention to the evolution of the societies in European States belongs to the High Contracting Parties, and necessarily presupposes the participation of democratically elected legislatures. In our view, even identical societal developments in all the States Parties to the Convention cannot alter the scope of their engagements under the Convention. This applies *a fortiori* to societal changes which occur in only some European States. Changes which occur in some States can never affect the scope of the other States’ engagements.

3. The European Convention on Human Rights should not be read in a legal vacuum but placed in the context of the most important international human-rights instruments. The Preamble of the Convention refers to the Universal Declaration of Human Rights, which *aims at securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared*. The Universal Declaration of Human Rights sets out the following rights in Article 16:

“(1) Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution.

(2) Marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses.

(3) The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.”

The minimum universally binding human rights standards have been set forth in the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Article 23 of the International Covenant on Civil and Political Rights has the following wording:

“1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.

2. The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.

3. No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses.

4. States Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution. In the case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children.”

In both the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights marriage is understood as a union between a man and a woman. Moreover, in both instruments the family – based upon marriage between a man and a woman – was declared *the natural and fundamental group unit of society* and as being *entitled to protection by society and the State*. Marriage is the only “legal framework” for family life mentioned in those documents.

The Human Rights Committee has expressed the following view concerning the meaning of Article 23 of the Covenant:

“Given the existence of a specific provision in the Covenant on the right to marriage, any claim that this right has been violated must be considered in the light of this provision. Article 23, paragraph 2, of the Covenant is the only substantive provision in the Covenant which defines a right by using the term “men and women”, rather than “every human being”, “everyone” and “all persons”. Use of the term “men and women”, rather than the general terms used elsewhere in Part III of the Covenant, has been consistently and uniformly understood as indicating that the treaty obligation of States parties stemming from article 23, paragraph 2, of the Covenant is to recognize as marriage only the union between a man and a woman wishing to marry each other.” (Communication No. 902/1999, *Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, CCPR/C/75/D/902/1999, views adopted on 17 July 2002).

It follows that the two above-mentioned instruments differentiate the legal status of heterosexual and homosexual couples. There is no doubt that between heterosexual and homosexual couples there are certain similarities and certain differences. However, from the axiological perspective of the two international instruments, the differences prevail over the similarities. It follows that their situations are not comparable for the purpose of assessing the permissibility of legal differentiations in the field of family law.

4. Article 8 § 1 of the Convention states that “*everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence*”. Under Article 12 of the Convention, “*men and women have the right to marry and to found a family, according to national laws governing the exercise of this right*”. It transpires from those provisions that the family unit is founded primarily by a man and a woman through marriage. The right to respect for one’s private and family life, home and correspondence presupposes an obligation on the State to refrain from interfering with the freedom of the right-holder. Positive action is required from the State primarily to ensure protection from interference by private parties and to impose sanctions for undue interference by public authorities or by private parties.

Much broader positive obligations on the State stem from Article 12, which imposes the obligation to recognise marriage as social and legal institution. Moreover, Article 5 of Protocol No. 7 requires that family law ensures equality between spouses. This last provision emphasises not only the rights but also the *responsibilities* of the spouses. Contracting a marriage entails not only rights and protection but also responsibilities and duties *vis-à-vis* the other spouse, children and society. Moreover, the Court’s case-law stresses the obligation to protect the best interests of children. Legislation on family law should therefore protect the best interests of children and, especially, ensure a stable family environment, free from State interference.

Article 8 of the Convention, as interpreted according to the applicable rules of treaty interpretation, does not impose upon the High Contracting Parties an obligation to provide for other legal institutions (such as civil unions) for the development of family life. In particular, there is no obligation to ensure that persons have *available specific legal frameworks providing for the recognition and protection of their unions*, be they from different sexes or same-sex. This matter belongs to the exclusive domestic jurisdiction of the High Contracting Parties.

The reasoning of the majority refers to the need for protection and recognition (see paragraph 192 of the judgment). There is no doubt that the State authorities in the exercise of their sovereign powers must take into consideration social realities and societal changes as well as the legitimate needs of their citizens. However, needs do not entail *per se* Convention rights. It is not clear which legitimate needs should entail positive obligations under Article 8 of the Convention. Under the approach proposed by the majority it would be necessary to establish objective criteria for identifying the needs entailing positive obligations for the States.

We agree with the view that under Articles 8 and 12 the States enjoy a broad margin of appreciation. In our view, however, it is not correct to state that they have a broad margin of appreciation when setting up legal frameworks for recognition of interpersonal unions other than marriage (within the meaning of Article 12). In reality, they preserve their complete freedom of action in this respect, since the issue falls outside Convention regulation.

5. Article 12 has been interpreted in many judgments and decisions of the European Court of Human Rights. The Court has expressed, in particular, the following views in this respect:

“In the Court’s opinion, the right to marry guaranteed by Article 12 ... refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appears also from the wording of the Article which makes it clear that Article 12 ... is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family” (*Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, § 49, Series A no. 106).

“The Court recalls that the right to marry guaranteed by Article 12 refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appears also from the wording of the Article which makes it clear that Article 12 is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family. Furthermore,

Article 12 lays down that the exercise of this right shall be subject to the national laws of the Contracting States. The limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. However, the legal impediment in the United Kingdom on the marriage of persons who are not of the opposite biological sex cannot be said to have an effect of this kind (see the above-mentioned *Rees* judgment, p. 19, §§ 49 and 50)” (*Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998, § 66, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V)”

“... the Court observes that marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another. The Court reiterates that it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society (see *B. and L. v. the United Kingdom*, cited above, § 36).” (*Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 62, ECHR 2010).”

“The Court has accepted that the protection of the family in the traditional sense is, in principle, a weighty and legitimate reason which might justify a difference in treatment (see *Karner*, cited above, § 40, and *Kozak*, cited above, § 98)” (*X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, § 138, ECHR 2013).”

More recently:

“The Court reiterates that Article 12 of the Convention is a *lex specialis* for the right to marry. It secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. Article 12 expressly provides for regulation of marriage by national law. It enshrines the traditional concept of marriage as being between a man and a woman (see *Rees v. the United Kingdom*, cited above, § 49). While it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, Article 12 cannot be construed as imposing an obligation on the Contracting States to grant access to marriage to same-sex couples (see *Schalk and Kopf v. Austria*, cited above, § 63)” (*Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, § 96, ECHR 2014).”

We agree with those views, which have their basis in the Convention as expounded under the applicable rules of treaty interpretation. They are in harmony with the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights. We note furthermore that the Preamble to the Convention contains a reference to *a common understanding of human rights* and to *a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law*. The understanding of marriage as a stable union of a man and a woman underlying family life is part of the common legal heritage.

6. In a number of cases the Court has also addressed the issue of the possible “extension” of marriage. In the instant case the majority expresses the following view in this respect: “The Court reiterates that States are still free, under Article 12 of the Convention as well as under Article 14 taken in conjunction with Article 8, to restrict access to marriage to different-sex couples (see *Schalk and Kopf*, cited above, § 108, and *Chapin and Charpentier*, cited above, § 108)” (see paragraph 192 of the principal judgment).

In this context we note firstly that the terms “to marry” and “marriage” have become polysemes. Marriage in its initial meaning presupposes the community of lives between a man and a woman. We note in this context the following definitions of marriage: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuriscommunicatio*” (Modestinus, *Digesta Iustiniani* 23.2.1); “*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*” (*Institutiones Iustiniani*, 1.10). The complementariness of the biological sexes of the two spouses is a constitutive element of marriage. Moreover, marriage in this meaning is - by definition - a social institution open to procreation. The fact that certain married couples may suffer from infertility does not affect its social function.

Marriage in its second meaning designates a union of two persons living together. The term “marriage” in this second sense has a different connotation and a different denotation to the term “marriage” as used in the first meaning. This second meaning has developed only recently.

Granting access to marriage within the meaning of Article 12 to same-sex couples is conceptually impossible. “Extending” the scope of the right to marry to homosexual couples presupposes that the term “marriage” is used in a different meaning (that is, the second meaning explained above). Thus, Article 12 cannot be applicable to same-sex couples wishing to marry or to same-sex couples who are already married under the domestic system of another State (see paragraph 145 *in fine*). The “extension” of the scope of marriage to homosexual couples not only affects the denotation but also substantially changes the connotation of the term “marriage”.

Secondly, the majority states that “States are **still** free...” (emphasis added). This suggests the Court intends to revise this view in the future. We strongly disagree with such an approach, which presupposes that the scope of treaty obligations may be adapted by the Court on the basis of societal changes and - what is more - that those societal changes can and will develop in only one direction. The Court has no mandate to favour or inhibit societal changes. The States remain free to decide on different issues under the Convention until such time as this treaty has been modified by the masters of the treaty.

7. The majority notes a rapid development towards legal “recognition” of same-sex couples (see paragraph 204 of the judgment) as well as the lack of consensus regarding the registration of same-sex marriages contracted abroad (see paragraph 205 of the judgment). We note that marriage is constitutionally defined as a union between a man and a woman in a growing number of European States: Bulgaria, Croatia, Hungary, Latvia, Lithuania, Macedonia, Moldova, Montenegro, Poland, Serbia, Slovakia and Ukraine.

8. The majority considers that *the facts of the present application* fall within the notion of private life as well as family life within the meaning of Article 8 (see paragraph 143 of the judgment) and draws the conclusion that these Articles apply in the present case. In our view this assertion is based upon a fundamental methodological error.

That certain facts of a case fall within the meaning of private or family life does not in itself mean that Articles 8 or 12 are applicable. A Convention provision protecting a human right is applicable in certain circumstances if it offers at least *a prima facie* protection against the alleged interference with this right. What matters here are not the factual circumstances presented by an applicant, but the grievances raised in the application. This may be illustrated by the following fictitious example. A couple who wish to marry travel by plane to the place of the marriage ceremony, but their flight is delayed. Such facts may *prima facie* fall within the scope of private and family life for the purpose of Article 8. This does not, however, mean that Articles 8 or 12 are applicable if the grievance raised concerns the compensation claims in respect of the delay, since Articles 8 and 12 do not protect couples who wish to marry from such inconveniences.

The majority has expressed the following view in paragraph 145: “Since the Court has already held Article 12 to be applicable to a same sex-couple wishing to marry, the provision must also be applicable to same-sex couples who are already married under the domestic system of another State”.

We note in this respect that the premise referred to in this sentence is false: it is not correct to state that in *Chapin and Charpentier v. France*, (no. 40183/07, 9 June 2016) the Court also considered that Article 12 applied to the applicants, a same-sex couple seeking to marry (see § 31 of that judgment). In that case, the Court considered that Article 12 applied to the specific *grievance* raised by the applicants for the purpose of assessing that grievance from the viewpoint of that provision. Whether Article 12 is applicable to couples who are already married under the domestic system of another State depends upon the grievance they

raise. If, for instance, a married couple complains that their home has been unlawfully expropriated, Article 12 does not apply, in that it does not protect against expropriation.

The methodological fallacy identified above may lead to the application of a provision to grievances that fall beyond the scope of negative or positive *prima facie* obligations under that provision. It also gives the false impression that State obligations that might arise in a new case have already been established in a previous case. In order to answer the question whether a provision protecting a human right applies it is necessary to have previously established, with sufficient precision, the scope of the State obligations stemming from the relevant provision.

9. The majority expresses the following views in the present judgment:

“197. While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in effective ‘respect’ for family life. However, the boundaries between the State’s positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see *Jeunesse v. the Netherlands* [GC], no. 12738/10, § 106, 3 October 2014, and *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, no. 76240/01, § 118, 28 June 2007).

198. The Court does not consider it necessary to decide whether it would be more appropriate to analyse the case as one concerning a positive or a negative obligation since it is of the view that the core issue in the present case is precisely whether a fair balance was struck between the competing interests involved (see, *mutatis mutandis*, *Dickson v. the United Kingdom*, no. 44362/04, § 71, 18 April 2006).”

We do not agree with the view that the boundaries between the State’s positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. Although in many cases numerous State actions and omissions of different types are entangled, there is, in our view, a clear distinction between the obligation to act and the obligation to refrain from acting. The methodology to be followed in respect of the two types of obligations is different. If the State acts in a domain protected from State interference, it must demonstrate that this interference serves a legitimate aim and is really necessary to achieve this aim. It must also show that the interference has a basis in domestic law. If a State refrains from acting or acts without due diligence, the question whether the interference has a basis in domestic law does not arise, but it is necessary to verify whether there is an obligation to act at all and to establish the meaning and scope of any such obligation. It must also be shown that an obligation to act may be inferred from specific provisions of the Convention under the applicable rules of treaty interpretation. The meaning of the obligation imposed upon the States has to be established with the necessary precision. The Court may establish a violation of a positive obligation to act only if it previously identifies the scope and meaning of this obligation and shows that it stems from the provisions of the Convention. It may also verify whether domestic legislation contains the necessary provisions empowering public authorities to act as required under the Convention,

The present case clearly concerns the existence and scope of an obligation on State authorities to act. However, the majority has not established with sufficient precision the meaning and the scope of the legal rule which has been allegedly infringed by the domestic authorities. The scope of State obligations to act under Article 8 remains completely unclear.

10. The majority also expresses the following views in the present judgment:

“201. Indeed, the crux of the case at hand is precisely that the applicants’ position was not provided for in domestic law, specifically the fact that the applicants could not have their relationship - be it a *de facto* union or a *de jure* union recognised under the law of a foreign state – recognised and protected in Italy under any form.”

“201. The Court considers that, in the present case, the Italian State could not reasonably disregard the situation of the applicants which corresponded to a family life within the meaning of Article 8 of the Convention, without offering the applicants a means to safeguard their relationship. However, until recently, the national authorities failed to recognise that situation or provide any form of protection to the applicants’ union, as a result of the legal vacuum which existed in Italian law (in so far as it did not provide for any union capable of safeguarding the applicants’ relationship before 2016). It follows that the State failed to strike a fair balance between any competing interests in so far as they failed to ensure that the applicants had available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions”.

We observe in this respect that any couple, be they heterosexual or homosexual, have the means to preserve their relationship without any assistance from the State. The ability to live a happy life as a couple does not depend on any positive action by the State authorities but on the absence of State interference. We note - *en passant* - that in Italy as in other European States a growing number of heterosexual couples decide freely neither to marry nor to enter into a civil union and find their situation fully satisfactory. They assert their right to live their family lives outside any legal framework provided by legislation. Whatever the available legal frameworks, there will necessarily be substantial groups of persons who consider that those frameworks do not fit their needs.

We note, furthermore, that the terms “recognition” and “protection” are vague and ambiguous. It is not clear which concrete measures are required to ensure recognition and protection, nor is it easy to identify the inconveniences against which protection is required. In any event, a marriage or a civil union are not the only possible forms of recognition or protection. The States authorities can recognise cohabiting couples by taking their needs into consideration and can ensure them protection by refraining from undue interference and by granting certain positive rights. In this context, we note that it is not correct to state that the national authorities failed to recognise or to protect same-sex couples. All cohabiting couples were recognised in many Italian laws and could benefit from various rights. For instance, all cohabiting couples are recognised in tax law and the tax regime applicable to cohabiting couples is aligned with the tax regime applicable to married couples (as a result of Constitutional Court judgment no. 179/1976). Similarly, housing legislation protects a partner in the event of the other partner’s death or where a couple separate (as a result of Constitutional Court judgment no. 559/1989). It has not been shown in the instant case that the protection afforded to the applicant couples has been insufficient.

11. The present judgment relies on the judgment in the case of *Oliari and Others v. Italy* (nos. 18766/11 and 36030/11, 21 July 2015). In that case, the Court held that “in Italy the need to recognise and protect such relationships has been given a high profile by the highest judicial authorities, including the Constitutional Court and the Court of Cassation. ... In such cases, the Constitutional Court, notably and repeatedly called for a juridical recognition of the relevant rights and duties of homosexual unions ..., a measure which could only be put in place by Parliament” (*Oliari*, § 180).

The Court also considered that “this repetitive failure of legislators to take account of Constitutional Court pronouncements or the recommendations therein relating to consistency with the Constitution over a significant period of time, potentially undermines the responsibilities of the judiciary...” (*Oliari*, § 184).

Furthermore, Judge Mahoney in his concurring opinion to that judgment, joined by Judges Tsotsoria and Vehabović, considered it decisive the fact that the Italian State had chosen, through its highest courts, notably the Constitutional Court, to declare that two people of the same sex living in stable cohabitation are invested by the Italian Constitution with a fundamental right to obtain juridical recognition of the relevant rights and duties attaching to their union.

In our assessment the approach adopted in the *Oliari v. Italy* judgment, and in the concurring opinion thereto, is mistaken. The Italian Constitutional Court expressed its views in the reasoning, not in the operative part of its decisions. The *dicta* cannot be considered binding upon the Italian Parliament. Such a situation cannot be compared to the failure to execute an obligation imposed by a judgment of a constitutional court in its operative part, which is binding upon the State authorities.

12. We note the following inconsistency in the judgment. In paragraph 200 the majority identifies the prevention of disorder as the value underlying the authorities' attitude. On other hand, the majority do not see any prevailing interest put forward to justify the situation created by the authorities' attitude (see paragraph 209 of the judgment). The weight of the conflicting values at stake has not been assessed.

13. For the reasons explained above, the applications should have been declared inadmissible as manifestly ill-founded. Moreover, in our view the applicants can no longer claim to have victim status, in that their unions have been finally registered as civil unions under Italian law or can be registered as such if they so request. Furthermore, certain applicants (the authors of applications nos. 3 and 5) do not reside in Italy. In principle, positive obligations on the States do not apply to persons residing abroad. It is not clear how their civil status under Italian law can affect the quality of their life abroad. The question whether these applicants remain within the jurisdiction of Italy within the meaning of Article 1 has not been addressed.

14. To sum up: in our view the majority have departed from the applicable rules of Convention interpretation and have imposed positive obligations which do not stem from this treaty. Such an adaptation of the Convention comes within the exclusive powers of the High Contracting Parties. We can only agree with the principle: "no social transformation without representation".

Corte Europea de Derechos Humanos

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-179547\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

(14 de diciembre de 2017)

[Volver al índice](#)



Facultad de Derecho, oficina 422

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

Teléfonos: (56 2) 2354 2943 - 2354 2943
Código postal: 8331010

derechoyreligion@uc.cl www.derechoyreligion.uc.cl