



Libertades
Públicas

Amicus Curiae ante la Exma. Corte Suprema

Bernardo Busel Niedmann – Manuel González González

** Este informe fue revisado por la abogada asociada Verónica Undurraga Valdés. Sus autores agradecen los comentarios al borrador inicial.*

TABLA DE CONTENIDOS

I. Hechos	3
II. Los derechos afectados	4
a. El derecho la tutela efectiva de los derechos constitucionales: La acción de tutela del artículo 20 de la Constitución Política no puede desestimarse por razones formales.	4
b. El derecho constitucional a la libertad de conciencia, manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos.....	5
c. (1) El deber de servicio emanado de la Ley General de Bancos (Artículos 2 y 12 de la Ley 20.448) y (2) la prohibición de discriminación establecida en la Ley de Culto (Artículos 2 y 6, Ley 19638).	8
d. Derecho Internacional.....	10
i. Tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile.	10
III. Consideraciones de justicia y prudencia relevantes	12

I. Hechos

La señora Fabiola Palominos Flores, RUT 11.629.450-8, chilena, de religión musulmana, acudió a la sucursal Rondizzoni de Banco Estado el día 11 de agosto de 2010, cerca del mediodía, para efectuar el cobro de un cheque extendido a su nombre. En dicha oportunidad fue compelida por un cajero de la sucursal mencionada a retirarse el “hiyab”¹ que cubría el contorno de su rostro, cabello y cuello, pero no su cara, para poder identificarla. Ante lo anterior, la señora Palominos le señaló al cajero que dicha acción importaría una gravísima contravención a su religión y que ello, en todo caso, no era necesario atendiendo que su rostro se encontraba enteramente descubierto. El cajero le señaló que si no se lo sacaba, no podría cobrar el cheque. Esta situación fue corroborada por el Jefe de Atención a Público de la sucursal. Ante la necesidad económica, la señora Palominos no tuvo más opción que retirarse el “hiyab” en contravención al Corán. El día 12 de agosto de 2010, la señora Palominos presentó un Recurso de Protección ante la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago por los hechos anteriormente descritos, acción que fue rechazada con fecha 31 de mayo de 2011 y cuya apelación se encuentra pendiente.

El día 18 de agosto de 2010, la señora Palominos presentó una carta de reclamo ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), que fue contestada por el Director de Asistencia al Cliente Bancario de dicho organismo. En la respuesta, según consta en autos, se señaló que las instituciones financieras son autónomas en lo referente a procedimientos administrativos y que las responsabilidades que emanen de dicha administración recaen sólo en ellas, sin que tenga injerencia dicho organismo.

¹ El “hiyab” es un velo islámico que cubre el contorno del rostro. Véase en detalle:

B.Lewis et al., *The Encyclopaedia of Islam*, Vol. III (Leiden: E.J. Brill, 1986). p. 359 y ss.

II. Los derechos afectados

- a. El derecho la tutela efectiva de los derechos constitucionales: La acción de tutela del artículo 20 de la Constitución Política no puede desestimarse por razones formales.

El artículo 20 de la Constitución Política de la República consagra la tutela de los derechos subjetivos públicos contenidos en la carta fundamental, **cuyos requisitos de procedencia no son otros que la perturbación o amenaza ilegal o arbitraria de dichos derechos. Así también lo ha entendido la gran mayoría de la doctrina especializada; el profesor Gastón Gómez señala que este recurso “Se trata de una acción directa que cualquier individuo puede deducir ante la lesión de sus derechos, presentado por escrito demanda de tutela ante la jurisdicción constitucional instituida por la carta para ello”². Esta postura también es compartida por los profesores Mario Mosquera y Cristián Maturana, quienes señalan que los requisitos para que se acoja el recurso no son otros que la interposición del recurso en el plazo previsto en la ley ante el tribunal competente; la acreditación de una acción u omisión; la constatación de la arbitrariedad o ilegalidad de la acción; la demostración que la acción u omisión importe una amenaza, perturbación o privación del ejercicio de sus derechos; y finalmente, que se verifique que dicha acción u omisión afecte alguno de los derechos o garantías constitucionales que la hacen procedente.**³

El auto acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales de esta Exma. Corte Suprema es enteramente consistente con el

² Gastón Gómez, *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección* (Santiago: Universidad Diego Portales, 2005). pp.19 y ss.

³ Mario Mosquera y Cristián Maturana, *Los Recursos Procesales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010). pp. 424 y 425. Véase también en este sentido, Jose Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno*, Vol. II, II vols. (Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004). p. 642

espíritu de protección de la acción tutelar prevista en la Constitución y es corroborado por la doctrina especializada. El artículo 2° del auto acordado establece que el tribunal deberá examinar *hechos* que puedan constituir violación de garantías constitucionales, sin exigir la subsunción de hechos en normas ni apreciaciones en derecho, cuestión que también es enteramente consistente con el hecho que el recurso no requiera patrocinio de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

- b. El derecho constitucional a la libertad de conciencia, manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos.

La Constitución establece el derecho a la libertad de culto en el Artículo 19 número 6, al señalar: “La Constitución asegura a todas las personas: 6- 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.”

Como se advierte, el precepto constitucional hace innecesario un ejercicio intelectual con el objeto de establecer una relación interna entre la libertad de creencias y su manifestación: el constituyente ha optado por proteger la dimensión expresiva de éstas de forma directa, estableciendo que la libertad de conciencia importa la posibilidad efectiva de manifestarla; aquí lo que la Constitución establece es una manifiesta protección a expresar libremente un credo, tal y como ocurre con una monja que utiliza hábito y toca o un hombre de religión Sikh que utiliza barba y turbante.

La libertad de culto ha sido definida por Nogueira como: “...la dimensión externa de la libertad religiosa, y entre otras cosas implica el derecho a desarrollar y exhibir símbolos religiosos”.⁴ En su dimensión subjetiva, explica, la libertad religiosa “...implica la facultad de desarrollar o no una fe en un ser superior, asumiéndola individual y colectivamente,

⁴Humberto Nogueira, «La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno» *Ius et Praxis* (Universidad de Talca) 12, no. 2 (2006): 13-41. p. 7

practicándola en público o en privado, mediante el culto, las prácticas, las enseñanzas, el cumplimiento de los ritos y ordenando su vida según sus exigencias”.⁵ **Los límites explícitos al ejercicio de este derecho son la moral, las buenas costumbres y el orden público, y de manera implícita, otros derechos fundamentales,** cuando coexistan con el derecho fundamental en cuestión.⁶

José Luis Cea plantea que es evidente la relación entre el derecho de libertad de conciencia y de culto con otros derechos fundamentales, como la integridad psíquica de la persona, su igualdad, y su derecho a la libertad de expresión, entre otros.⁷ En este sentido, la consecuencia mínima de un Estado de Derecho respetuoso de la igualdad de sus ciudadanos, implica que no sólo se reconozca un derecho para profesar una religión libremente, sino que de acuerdo la persona pueda desarrollarse libre y autónomamente, respetando la dimensión expresiva de su credo, permitiéndole cumplir con sus exigencias y costumbres. Tal y como lo plantea Cea, existe **una importante conexión entre el derecho a profesar y expresar la propia religión y otros derechos fundamentales como el derecho a la integridad psíquica y el derecho a la libertad de expresión;** en este caso existe una clara vulneración de los derechos de la señora Palominos.

Esta asociación gremial entiende que el constituyente ha dispuesto que los derechos fundamentales reconocen como límite la moral, las buenas costumbres y el orden público y que dichas limitaciones responden a un criterio razonable de configuración de su ejercicio. No obstante, entendemos que no es posible amparar la flagrante violación de los derechos de la señora Palominos en alguno de estos criterios, especialmente respecto a la moral o las buenas costumbres.

En cuanto a la limitación “orden público” contenida en el inciso primero del artículo 19 n° 6, como lo indica la literatura especializada, **el concepto de orden público al que alude el precepto “no podría constitucionalmente servir de base a limitaciones**

⁵Humberto Nogueira, *supra* n4 p.5

⁶Humberto Nogueira, *supra* n4 p. 11

⁷Jose Luis Cea, *supra* n3 p.200

discrecionales de la administración en el libre ejercicio de la actividad cultural”.⁸ Por lo demás, de los hechos del caso, no se advierten consideraciones o antecedentes que justifiquen la afectación del derecho fundamental de profesar un culto públicamente, mediante el porte de una vestimenta religiosa, que por mandato del Corán, es observado por la recurrente. Más aún, es la propia Constitución Política la que establece cuáles son las condiciones para establecer posibles limitaciones en el artículo 19 n°26. **Las limitaciones no pueden afectar el contenido esencial del derecho a manifestar su creencia religiosa** si no es por las razones establecidas en la Constitución; así el uso del “hiyab” está protegido constitucionalmente de manera amplia. Una manifestación clara de este derecho es que **a la recurrente le fue permitida la toma de fotografía para su cédula de identidad portando el velo islámico**. El Registro Civil, organismo público que por excelencia es llamado a controlar que los antecedentes que constan en los documentos oficiales sean fidedignos, no consideró necesario que la titular expusiera más que su rostro, respetando así la voluntad del constituyente.

Esta asociación gremial entiende y comparte que por razones de orden público, específicamente, por la seguridad en las operaciones financieras, es deber de las instituciones bancarias comprobar la identidad de las personas que se presenten ante ellas para efectuar el cobro de un cheque extendido a su nombre, mediante la exigencia de presentación de la cédula de identidad. Como consta en el n° 10 del Capítulo 2-2 de la Recopilación Actualizada de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Circular N° 3.396 de 3 de julio de 2007, el portador del cheque debe *presentar* su cédula de identidad. La presentación de la cédula de identidad, entonces, es el estándar exigido por la autoridad para satisfacer esa necesidad. El hecho de que la recurrente haya tenido su rostro al descubierto hace injustificada una indagación mayor, como la exigencia del retiro del velo que sólo cubre el contorno de su rostro. A propósito de la exigencia de presentación de la cédula de identidad, la norma citada señala en su inciso segundo que: “Como manera de dejar una comprobación fehaciente de que se ha cumplido con esta obligación, el cajero que efectúa el pago debe anotar al reverso del cheque el número de la cédula de identidad

⁸Jorge Precht, *15 Estudios sobre Libertad Religiosa en Chile* (Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006)., p. 68

del cobrador del documento.”

La norma transcrita no exige la remoción de una vestimenta que cubra la parte posterior de la cabeza y cuello, como tampoco es requisito para el portador de su cédula de identidad conservar el aspecto estético que consta en la fotografía. De todos los modos posibles de control de identidad (Huella digital, ADN, firma, etc.), **el modo institucionalmente previsto para estos efectos**, el contenido en la Circular citada, no fue observado y en consecuencia, constituye una actuación no solo arbitraria, sino que además ilegal.

- c. (1) El deber de servicio emanado de la Ley General de Bancos (Artículos 2 y 12 de la Ley 20.448) y (2) la prohibición de discriminación establecida en la Ley de Culto (Artículos 2 y 6, Ley 19638).

1. En el presente caso existe una infracción al deber de servicio emanado de la Ley General de Bancos y las normas emanadas de la competencia fiscalizadora y supervisora de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF). En efecto, el artículo 2 de la Ley 20.448 señala que es responsabilidad de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras la “(...) **fiscalización, del Banco del Estado, de las empresas bancarias, cualquiera que sea su naturaleza y de las entidades financieras cuyo control no esté encomendado por la ley a otra institución.**” Asimismo, el artículo 12 del mismo cuerpo normativo dispone, específicamente, que “Corresponderá al Superintendente velar porque **las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan y ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones y negocios. La facultad de fiscalizar comprende también las de aplicar o interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas.**”

Cabe señalar, como se mencionó en la narración de los hechos, que la señora

Palominos presentó una carta de reclamo ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) describiendo los hechos de los que fue víctima, y como respuesta, el organismo fiscalizador, la SBIF, señaló que ese organismo **“(...) recibe reclamos de particulares que emanan de las relaciones contractuales que los clientes mantienen con las entidades financieras con el propósito de llegar a un acercamiento entre las partes”**, cuestión que difiere mucho del mandato realizado por el legislador: la superintendencia tiene la labor de velar porque las instituciones cumplan con las leyes, reglamentos y demás normas que les sean aplicables, por lo que el desconocimiento de dicha función es una flagrante violación a la labor que el legislador le ha encomendado.

2. La actuación de Banco Estado fue ilegal y arbitraria también en atención a lo dispuesto en la ley 19.638, también denominada “Ley de Culto”, que en su artículo 2 establece una prohibición general de discriminación y en su artículo 6 b) una prohibición de perturbación en el ejercicio del derecho a manifestar en público la observancia de un culto religioso. Como consta en la historia de la ley, esta disposición era considerada el eje central y formaba parte del espíritu del (entonces) proyecto⁹ de ley. Adicionalmente, el mensaje presidencial ayuda a entender la necesidad de legislar, y así darle efectiva protección al derecho fundamental consagrado en el artículo 19 n° 6 de la Constitución:

“[...] es necesario que el Estado chileno acoja los anhelos expresados por diversas vertientes religiosas en el sentido de promover y buscar fórmulas jurídicas adecuadas que faciliten el ejercicio de este derecho y se aboquen a la implementación de iniciativas que lo perfeccionen legalmente. Al hacerlo, el Estado asume con eficacia su rol de agente en materia de promoción de los derechos garantizados constitucionalmente y avanza hacia una expresión más perfecta del principio de la "igualdad ante la ley".”

⁹ Historia de la ley 19.638. Véanse las intervenciones de los Diputados Gutiérrez (p. 174), Ceroni (p. 113) y Espina (p. 631), y de los Senadores Bitar (p.311), Zaldívar (p.256) y Valdés (p.332).

La ley que en definitiva se dictó es completamente consistente con la reflexión anterior. El legislador, en atención a lo valioso que resulta en una democracia la diversidad cultural y espiritual, concretizó el contenido del derecho a la libertad de culto en la forma de una prohibición de discriminación general, con el objeto de garantizar que todos los ciudadanos puedan observar sus ritos y costumbres religiosas de manera pública, libres de coacciones por parte de particulares o agentes del Estado.

Se hace evidente, entonces, que el agravio sufrido por la recurrente constituye el tipo de situaciones que el legislador quiso condenar: la manifestación y observancia de un credo religioso constitucionalmente protegido (uso del velo islámico en público por mujeres musulmanas) fue afectado por los funcionarios del Banco al exigirle a la Sra. Palominos el retiro de éste.

d. Derecho Internacional

i. Tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile.

La gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia nacional ha entendido que el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política incorpora los tratados internacionales al ordenamiento legal chileno **permitiendo su aplicación directa**.¹⁰ En este sentido, es posible apreciar que la Corte Americana de DD.HH. en el caso *Almonacid* muestra algo así como un deber de los Estados de reconocer como autoejecutables las disposiciones que contenga la Convención en observancia a lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. A pesar de los reparos que nos merece dicha postura¹¹, consideramos que las disposiciones de dichos tratados deben

¹⁰ Por todos, Santiago Benadava, *Derecho Internacional Público* (Santiago: LexisNexis, 2004). p.88

¹¹ Véase en detalle los problemas que se generan a partir de dicha interpretación en Ximena Fuentes, SELA, *Universidad de Yale*, 2007,

considerarse en la **interpretación del contenido de los derechos fundamentales invocables** de acuerdo a las reglas del derecho interno y en ese sentido deben ser observadas por tribunales nacionales. De esa manera puede darse cumplimiento a lo prescrito en el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

1. Convención americana de DD.HH.

El artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene la libertad de conservar su religión o sus creencias, de cambiarlas y de expresarlas individual o colectivamente, en público o en privado. Asimismo, señala que no se podrán imponer medidas restrictivas dicha libertad y que su **manifestación sólo puede limitarse, por ley, con el objeto de proteger la seguridad, el orden, la moralidad públicas o la libertad de los demás.**

2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la **libertad de manifestar su religión** o sus creencias, individual o colectivamente, **tanto en público como en privado**, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. Asimismo, el número 3 de dicho artículo reconoce que la **libertad de manifestar la propia religión** o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

A la luz de lo prescrito por ambos instrumentos, y considerando que **el rostro descubierto no impide el control de identidad** en la forma del procedimiento descrito en la circular de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, no se advierte qué criterio de limitación previsto en ambos cuerpos normativos podría justificar, en este caso, la limitación del derecho a manifestar la propia religión, ni otros valores constitucionales que podrían verse afectados por el uso del “hiyab” para cobrar un cheque en un banco.

III. Consideraciones de justicia y prudencia relevantes

Si la perturbación de los derechos fundamentales sufrida por la recurrente no es enmendada, de manera que la situación que experimentó no vuelva a ocurrir (esto es, que pueda cobrar un cheque extendido a su nombre como cualquier ciudadano, sin que deba suprimir la observación de su culto), no solo estaremos frente a una evidente amenaza de afectaciones futuras de los derechos fundamentales de mujeres musulmanas que porten su “hiyab” en Bancos, sino que se contribuirá progresivamente a la creación o perpetuación de un estereotipo negativo sobre las personas de religión musulmana, como personas poco confiables. Los estereotipos, como lo sugiere la literatura especializada, cuando poseen una carga negativa fomentan la discriminación, al servir de base para la definición de diferencias impuestas en otros.¹² Dichos estereotipos, al construirse sobre la base de una incomprensión (o un error) y al impactar en el plan de vida que las personas eligen en el libre desarrollo de su personalidad, deben condenarse.¹³

Como explica el profesor de la Universidad de Harvard, Thomas Scanlon¹⁴, la estigmatización negativa de cierto grupo (por ejemplo, mediante la imposición de cargas

¹²Rebecca Cusack, Simone Cook, *Estereotipos de Género* (Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2009). p.19

¹³Timothy Macklem, *Beyond Comparison* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003). p. 179

¹⁴ Thomas Scanlon, «The diversity of objections to inequality,» in *The Difficulty of Tolerance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003). pp. 209 y ss.

sociales desiguales) no sólo es atentatorio contra el sentido del *respeto por si mismas* que las personas sienten por ellas, **sino que también afecta la noción más elemental de igualdad de oportunidades**. En consecuencia, condenar las estigmatizaciones por diferencias de status constituye uno de los valores básicos y fundamentales de una sociedad justa.

Es muy importante que la Corte dé un decidido y férreo mensaje en contra de la discriminación en este caso, porque las mujeres musulmanas que usan el “hiyab” son un grupo vulnerable en peligro real de sufrir discriminación; el caso de Estados Unidos es prueba de esto, de acuerdo a un estudio citado por la American Civil Liberties Union (ACLU), en el año 2008, las mujeres que usaban el “hiyab” eran más propensas a sufrir un caso de discriminación. De las personas entrevistadas, el 69% de las mujeres que usaban “hiyab” reportaron al menos una situación discriminatoria, frente a un 29% de las mujeres musulmanas que no lo portaban.¹⁵

¹⁵American Civil Liberties Union (ACLU), 29 de mayo de 2008, <http://www.aclu.org/pdfs/womensrights/discriminationagainstmuslimwomen.pdf>.