



Universidad de

**los Andes**



**FACULTAD  
DE DERECHO**

# REVISTA JURÍDICA DIGITAL UANDES

[rjd.uandes.cl](http://rjd.uandes.cl)

**2017** | Volumen 1  
Núm. 1

Revista Jurídica Digital UANDES es una revista científica editada por la  
Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile.

# Índice

## Artículos

- Naturaleza jurídica del coordinador independiente del sistema eléctrico nacional** 1-28  
Marcelo Mardones Osorio
- La sindicación y la acción sindical en las agencias privadas de empleo: ideas deducidas de la experiencia comparada** 29-42  
Jaime Cabeza Pereiro
- El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica** 43-66  
Hernán Corral Talciani
- Objeción de conciencia de los notarios españoles con motivo de la nueva ley de jurisdicción voluntaria** 67-84  
Rafael Palomino
- La reforma del proceso canónico de nulidad del matrimonio. Algunas claves de lectura desde el magisterio del Papa Francisco** 85-100  
Montserrat Gas
- Sobre dignidad humana y Derecho. La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho** 101-117  
Carlos Ignacio Massini-Correas

## Comentarios de Jurisprudencia

- El carácter vinculante de los actos del Tribunal de la Libre Competencia que fija condiciones para la realización de actos o contratos por los agentes económicos** 118-125  
Alejandro Romero Seguel
- La duplicidad sancionadora y naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica en caso de accidente de trabajo en España** 126-134  
Rosa Rodríguez Martín-Retortillo

## Recensiones

- Moreno Utrilla, David (2015). La sindicación de bloqueo en las sociedades anónimas. Valencia: Tirant Lo Blanch. 559 páginas** 135-137  
Pablo Manterola Domínguez
- Fernández, Gonzalo (2015). El elemento subjetivo de justificación. Buenos Aires: B de F. 213 páginas** 138-140  
Rodrigo Guerra
- Mayordomo Rodrigo, Virginia (2008). El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas. Madrid: Iustel. 286 páginas** 141-144  
Tania Gajardo Orellana

**Marcelo  
Mardones  
Osorio**

**Pontificia  
Universidad  
Católica de Chile**

marcelo.mardones@  
correagubbins.cl  
Recibido: 19.12.16  
Aceptado: 11.01.17

## **Naturaleza jurídica del coordinador independiente del sistema eléctrico nacional**

### **Legal nature of the independent coordinator in Chilean electric system**

**Resumen:** Recientemente ha entrado en vigor la Ley N° 20.936, que efectuó importantes modificaciones a la Ley General de Servicios Eléctricos. Entre ellas se encuentra la creación del nuevo Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional (Coordinador) que reemplaza a los Centros de Despacho Económico de Carga en su rol de coordinadores del mercado y sistema eléctrico. En el presente artículo se analiza la naturaleza jurídica del nuevo ente coordinador, el que ha sido constituido como corporación autónoma de Derecho Público.

**Palabras clave:** Coordinador del sistema eléctrico, coordinador del mercado eléctrico, corporación autónoma de Derecho Público.

**Abstract:** Recently Law N° 20.936 has entered into force, introducing major amendments to the Electrical Services General Law. Among them is the creation of the new Independent Coordinator of the National Power System (Coordinator), which replaces the Centers for Economic Load Dispatch in their role as coordinators of the market and electrical system. This article analyzes the legal nature of the new coordinating body, which has been expressly created as an autonomous corporation of public law.

**Keywords:** Coordinator of the electrical system, coordinator of the electrical market, autonomous corporation of public law.

Con fecha 20 de julio de 2016 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.936, que modificó la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE) estableciendo un nuevo sistema de transmisión eléctrica y creando un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional. Esta ley implicó un importante cambio en la institucionalidad energética nacional, al unificar los Centros de Despacho Económico de Carga (CDEC) en un único organismo encargado de la coordinación de la operación del mercado y del sistema eléctrico nacional, denominado Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional (el Coordinador).

Clarificando las dudas existentes bajo la regulación anterior en cuanto a la naturaleza jurídica de los CDEC,

el nuevo ente coordinador ha sido constituido como una corporación autónoma de Derecho Público sin fines de lucro que no forma parte de la Administración del Estado, al cual no le son aplicables las disposiciones generales o especiales dictadas o que se dicten para el sector público, salvo expresa mención, y cuya organización, composición, funciones y atribuciones se regirán por la ley y su reglamento. La idea de fondo de ello fue asegurar al Coordinador un elevado grado de independencia y flexibilidad, siguiendo en mayor o menor medida las recomendaciones y propuestas efectuadas tanto por la *International Energy Agency* en su documento denominado *Chile Energy Policy Review* (2009, p. 157), como por la Comisión Asesora para el Desarrollo Eléctrico (CADE, 2011, p. 85-86).

El presente trabajo pretende dilucidar si la referida caracterización legal del Coordinador es suficiente para alcanzar dicho objetivo. Para ello, en primer lugar, revisaremos las ideas que fundamentaron tal opción legislativa, para luego abordar la situación de

las corporaciones autónomas de Derecho Público en nuestro ordenamiento jurídico. A partir de dichos análisis expondremos las conclusiones en relación al concepto jurídico de Coordinador.

## 1. Fundamentos de la nueva caracterización jurídica del Coordinador

1.1. La coordinación del sistema y del mercado como operación requerida de independencia

El rol de coordinación que tradicionalmente han ejercido los CDEC (coordinación del sistema) se suele justificar en las características físicas de la electricidad y en la necesidad de calzar oferta y demanda, dada la imposibilidad de almacenar la energía generada (En la doctrina nacional, Sepúlveda, 2010; Ferrada & Tapia 2015. En la doctrina comparada, Pajuelo 2009. Sin embargo, en la actualidad los avances tecnológicos han determinado la existencia de sistemas viables de almacenamiento de energía, los cuales fueron objeto de reconocimiento en la Ley N° 20.936 (artículo 225 letra ad) de la LGSE). Junto a ello, dado que el esquema regulatorio vigente radica en el sector privado la ejecución de todas las actividades vinculadas con la generación, transporte y distribución de energía eléctrica (Ferrada & Tapia, 2015), son variados los partícipes que concurren —ostentando diversas titularidades— respecto de las instalaciones que conforman un sistema eléctrico (*vid.* el artículo 225 a) de la LGSE). Si bien en los sistemas verticalmente integrados también concurre la necesidad de coordinar la operación de las instalaciones interconectadas (Sepúlveda, 2010), dicha exigencia aumenta cuando los titulares de tales instalaciones son distintos, e incluso competidores. De ello se desprende que la coordinación es esencial para el adecuado funcionamiento del sistema<sup>1</sup>. A partir de ello es que tanto en la doctrina comparada como nacional se ha llegado a sostener que los organismos de despacho

de carga cumplen una *función pública*, e incluso que ejercen potestades de igual naturaleza<sup>2</sup>. Por ello es que la LGSE (artículo 72°-1) requiere que la coordinación de la operación deba garantizar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico, la operación más económica de las instalaciones que lo integran y el acceso abierto a los sistemas de transmisión. Desde esta perspectiva se aprecia la importancia de que el ente coordinador del sistema eléctrico sea independiente de los titulares de las instalaciones que lo integran, dado que solo así es dable asegurar a todos la posibilidad de acceder al sistema de manera no discriminatoria y sin mediar conflictos de interés.

Pero junto a ello, la coordinación también posee importantes consecuencias en el ámbito del mercado eléctrico (coordinación del mercado), el que surge como una instancia posterior a la operación del sistema (Sepúlveda, 2010, p. 61). Si bien antes de la Ley N° 20.936, la LGSE ya reconocía que los CDEC cumplían funciones de coordinación del mercado eléctrico, el nuevo artículo 72°-3 de la LGSE vino a destacar expresamente dicho rol del Coordinador. De acuerdo con dicha disposición, a éste le corresponde la coordinación y determinación de las transferencias económicas entre empresas sujetas a su coordinación, para lo que deberá calcular: los costos marginales instantáneos del sistema, las transferencias resultantes de los balances económicos de energía, potencia, servicios complementarios, uso de

<sup>1</sup> También denominada como gestión técnica del sistema eléctrico (Pajuelo, 2009.), dado que permite el acceso y ajuste oportuno y preciso de las posiciones de demanda y oferta eléctrica derivadas de la operación interconectada de instalaciones.

<sup>2</sup> En la doctrina comparada, De la Quadra-Salcedo 2006; Pajuelo 2009; Caballero, 2003. En la doctrina norteamericana se afirma que “The ISO exists to serve the public interest in having available for consumers reasonably priced, reliable electricity” (Tomain & Cudahy, 2011, p. 393. Las cursivas son nuestras). En Perú, el artículo 13° de la Ley N° 28.832, que aprobó la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, que alude a las *funciones de interés público* que cumple el Comité de Operación Económica del Sistema (COES). En la doctrina nacional, Mardones & Carrasco 2014, 168-178.

los sistemas de transmisión, y todos aquellos pagos y demás obligaciones establecidas en la normativa vigente respecto del mercado eléctrico. De la naturaleza de las actividades que comporta la coordinación del mercado eléctrico fluye, asimismo, la necesidad de que ellas sean realizadas por un tercero independiente.

La adecuada independencia del ente coordinador tanto en lo que respecta a la operación del sistema como del mercado eléctrico tiene como consecuencia final garantizar la existencia de una adecuada competencia, elemento el cual, a su vez, juega un rol preponderante en la conformación de un sistema eléctrico *confiable*, *i.e.*, suficiente, seguro y de calidad.

Sin embargo, pese a la relevancia de la función general de coordinación, en nuestro ordenamiento jurídico se apreciaban ciertas falencias institucionales que amenazaban la correcta operación del organismo coordinador. Uno de los problemas que mayores discusiones generó fue el relativo a la existencia de los CDEC como entes dotados de personalidad jurídica y la naturaleza de esta. Para un sector, constituían verdaderos entes de Derecho Privado con personalidad jurídica de igual naturaleza (Lecaros, 2001; Evans, 2002; Leyton, 2011; Ferrada, 2013; Ferrada & Tapia, 2015). Para otro sector, los CDEC tenían la naturaleza de personas jurídicas con personalidad de Derecho Público, si bien sin llegar a integrar la Administración del Estado (Vergara, 2004; Mardones & Carrasco, 2014, *passim*; Rojas, 2014). Para un tercer sector, eran entidades que carecían de personalidad jurídica (Domper, 2002; Serra, 2002; Rudnick *et al* 2005; Rudnick, 2006; Camacho, 2010; Sepúlveda, 2010). Desde la perspectiva de la jurisprudencia judicial, esta se inclinó por negar la personalidad jurídica a los CDEC, basándose principalmente en las normas de responsabilidad que establece la LGSE y su reglamento (Corte Suprema: (i) de 6 de octubre de 1999, Rol N°3433-99; (ii) de 8 de noviembre de 2005, Rol N°4.404-2005; (iii) de 25 de enero de 2010, Rol N° 7130-09; y (iv) de 20 de noviembre de 2013, Rol N°822-2012). En la jurisprudencia

administrativa de la Contraloría General de la República (CGR), esta se pronunció solo tangencialmente al respecto afirmando que el CDEC-SIC tenía personalidad jurídica reconocida por ley, distinta y diferente de la de sus integrantes (Dictamen N°1.771/2005, reiterado en dictámenes N°s 63.697/2011; 8.522/2012 y 40.413/2012.). Por su parte, la Comisión Nacional de Energía (CNE) sostuvo que los CDEC eran un caso típico de ejercicio privado de funciones públicas, sujeto a normas de orden público y carentes de personalidad jurídica (Oficio CNE Of. Ord. N° 189/2013, idea ratificada por medio de su Resolución Exenta N° 608, 2014, a través de la cual informó favorablemente el Reglamento Interno del CDEC-SIC, cuyo Título II, denominado “Naturaleza Jurídica del CDEC-SIC”, señalaba que este era una comunidad que se formaba por el imperativo de la ley), posición también seguida por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) (Resolución Exenta N° 1121, 2005.)

A partir de lo anterior y con el fin de solucionar tal situación, el Mensaje de la ahora Ley N° 20.936 (Historia de la Ley N° 20.936 (versión digital), pp.7-8) declaró la necesidad de crear por ley una institución que acometiera, entre otras muchas, las tareas de coordinación de la operación del sistema y mercado eléctrico, esta vez con mayores grados de independencia. Así, en términos simples, dicha ley tuvo por objeto la creación de una institución coordinadora de carácter independiente. Ahora bien, ¿cuánta independencia y respecto de quién? A ello nos referiremos a continuación.

### 1.2. La independencia del coordinador

#### 1.2.1. Los ISO como modelo normativo

El Mensaje de la Ley N° 20.936 declara que la nueva institucionalidad coordinadora se ha inspirado en los *Independent System Operators* (ISO) (Historia de la Ley N° 20.936 (versión digital), p.8.) creados en los Estados Unidos, pero también reconocidos en Europa<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> En efecto, si bien en Europa se sigue en forma mayoritaria el modelo de *Transport o Transmission System Operator* (TSO), la normativa comunitaria no excluye la aplicación del modelo ISO. Al respecto, *vid.* el artículo 13 de la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, 2009, sobre Normas Comunes para el Mercado Interior de la Electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. Asimismo, Kroes, 2008, *passim*; Jankauskas, 2014, *passim*.) A partir de ello es que la adecuada comprensión del régimen normativo del ente coordinador nacional demanda una revisión, aunque sea somera del modelo norteamericano (Este apartado sigue los desarrollos que hemos efectuado en Aylwin *et al* 2015).

Durante la mayor parte del siglo XX, el sector eléctrico de los Estados Unidos se caracterizó por estructurarse sobre monopolios conformados por empresas verticalmente integradas, de propiedad de inversionistas, municipios o cooperativas (*public utilities*), con cierta intervención federal dispuesta por la *Public Utility Holding Company Act* y la *Federal Power Act*, de 1935. En el año 1992, con la dictación de la *Energy Policy Act*, comenzó un proceso de desregulación del sector eléctrico. Esa ley buscó potenciar la competencia en la industria eléctrica, levantando las barreras legales existentes en los mercados de generación, a fin de permitir el ingreso de nuevas generadoras. Junto a ello, una de las modificaciones más relevantes consistió en facultar a la FERC (*Federal Energy Regulatory Commission*) para, a petición de un generador, instruir a las transmisoras a fin de que estas presten los servicios de transporte (y complementarios) a dicha generadora.

En virtud de dicho mandato legal, en el año 1996 la FERC emitió la Orden N° 888 denominada *Promoting Wholesale Competition Through Open Access Non-discriminatory Transmission Services by Public Utilities; Recovery of Stranded Costs by Public Utilities and Transmitting Utilities.*, cuyo objeto fue eliminar la discriminación en el acceso a las líneas de transmisión monopólicas que controlaban el comercio interestatal de electricidad (FERC, Orden N° 888, 1. Asimismo, Marlette, 1997). Para ello, entre otras materias, requirió a todas las *public utilities* que fueran dueñas, controlaran u operaran instalaciones utilizadas para la transmisión interestatal de electricidad, la presentación de tarifas no discriminatorias relativas al acceso abierto a los servicios de transmisión; el desarrollo y mantención de información en tiempo real que permitiera a los usuarios de los servicios de transmisión el mismo acceso a la información utilizada por las *public utilities*; y la separación de la transmisión de las funciones de generación al por mayor de energía (*functional unbundling*) de acuerdo con los estándares de conducta delineados por la FERC (Orden N° 889, *Open Access Same-Time Information System and Standards of Conduct*.)

En dicho esquema, la Orden fijó criterios para la formación voluntaria de los denominados *Independent System Operators* (ISOs), por considerarse que estos poseían un gran potencial para asistir tanto a la FERC como a la industria en la provisión de eficiencias regionales, en la facilitación de precios eficientes y, en el marco de los *pools* de energía, a la solución de los problemas de discriminación indebida y mitigación de poderes de mercado (FERC, Orden N° 888; Marlette, 1997). La Orden N° 888 estableció una serie de principios que determinan que cierta entidad pueda ser considerada como un ISO, varios de los cuales guardan relación con la independencia de que deben gozar tales entidades, debido a que estas surgieron precisamente con el objeto de eliminar las integraciones verticales existentes y de esta forma asegurar un acceso no discriminatorio a la transmisión de energía. Así, se indica que los ISOs deben ser independientes de cualquier participante del mercado, como por ejemplo dueños de transmisoras o usuarios finales. Asimismo, se señala que su estructura de gobernanza debe incluir representantes de todas las clases de usuarios del sistema, lo que ayudará a asegurar que el ISO formule políticas, opere el sistema y resuelva las disputas de manera equitativa y no discriminatoria. Adicionalmente, se señala que el ISO y sus empleados no deben tener intereses financieros en el desempeño económico de cualquier participante del mercado eléctrico, debiendo adoptarse y aplicarse estrictos estándares de conflictos de interés. Y junto a lo anterior, la Orden indica que para ser realmente independiente, un ISO no puede pertenecer a ningún participante del mercado. Sin embargo, la propia Orden aclara que, atendido que los ISOs son *public utilities* sujetas a la jurisdicción de la FERC, los estándares operacionales y los procedimientos de dichos entes deben ser aprobados por dicha Comisión.

Ahora bien, en los Estados Unidos, la centralización puede darse en un ámbito local -que es el originalmente contemplado para los ISOs-, o puede alcanzar una escala mayor o regional, i.e., abarcar varios Estados, a lo que responden las denominadas *Regional Transmission Organizations* (RTOs), reguladas por medio de la Orden N° 2000, de 1999, de la FERC. De ahí que, en rigor, el sistema eléctrico norteamericano no está exclusivamente

a cargo de los ISOs sino que también de las RTOs<sup>4</sup>, considerándoseles como organismos similares (Warwick, 2002). Ejemplo de ello es que la Orden N° 2000 señala que las funciones de coordinación de las RTOs pueden realizarse por medio de operadores independientes del sistema sin fines de lucro (*non-profit ISOs*) o por medio de compañías independientes de transmisión (*for-profit independent transmission companies* o TRANSCO).

La Orden N° 2000 señala que estas son organizaciones regionales independientes cuyo objetivo esencial es administrar los sistemas de transmisión eléctrica de forma independiente, planificar las expansiones de la transmisión, administrar mercados competitivos para la energía, servicios complementarios y administración de congestión y coordinar con otras entidades regionales la confiabilidad y la provisión de los servicios de transmisión. De acuerdo con la referida Orden, estas entidades poseen ciertas *funciones y características* esenciales (Para un desarrollo detallado de cada uno de dichos atributos, FERC, *Order N° 2000*. Asimismo, Vince *et al* 2006). En el ámbito de las características interesa destacar la independencia requerida del RTO, contemplada en términos similares a los previstos por la Orden N° 888. La Orden N° 2000 exige que el ente operador sea independiente de cualquier participante del mercado, tanto desde el punto de vista de los intereses financieros, como de los procesos decisionales y de la posibilidad de determinar los *fees* a cobrar por los servicios y someterlos a aprobación de la FERC.

La independencia exigida a los ISOs/RTOs se refleja no solo en el ámbito de la gobernanza, sino que asimismo en los fines a los que el organismo coordinador debe apuntar. Si bien en los Estados Unidos no existe una disposición legal o reglamentaria que imponga un “tipo” específico de entidad a fin de asumir el rol de operador, ha sido la aludida exigencia de independencia la que ha llevado a que la mayoría de los entes coordinadores se constituyan de acuerdo con los mecanismos del Derecho Privado como entidades sin fines de lucro (Koch, 2005).

Asimismo, las resoluciones de la FERC tienden a dar por sentado que los organismos sin fines de lucro poseen menos dificultades para cumplir con el estándar de independencia. Al respecto Vince *et al* 2006), motivo por el cual han sido catalogados como “instituciones económicas inusuales” (Greenfield & Kwoka, 2010).

Como se ha podido apreciar, la regulación de los ISOs/RTOs no impone una tipología específica de entidad a fin de llevar a cabo las funciones de coordinación del sistema, sino que, por el contrario, reconoce como opciones válidas tanto las entidades sin fines de lucro como las que sí poseen tal fin. A partir de ello, las Órdenes impartidas por la FERC exigen a estas entidades estructurarse bajo un modelo de gobierno corporativo que permita asegurar la independencia del ente en cuestión. Dicha independencia se relaciona esencialmente con los operadores del mercado y con las posibilidades de existencia de conflictos de interés con aquellos, sin que se aprecien especiales referencias respecto a una independencia en relación al regulador. Es más, como hemos podido ver, existe una alusión expresa a la supeditación del ente al regulador en lo relativo a los estándares operacionales y los procedimientos de dichos entes, los cuales deben ser aprobados por la FERC. Sin embargo, es preciso destacar que la FERC, si bien surgió originalmente como una oficina gubernamental (*Federal Power Commission*), posteriormente fue transformada en una *agencia regulatoria independiente* (*Independent Regulatory Agency*), lo que implica que goza de un importante grado de autonomía en relación con el poder central (Aylwin *et al* 2015), lo que en cierto sentido inmuniza las atribuciones que ella ejerce en relación con los coordinadores (Fisher, 2014; Breger & Edles 2015).

### 1.2.2. Independencia y autonomía

Una revisión de la regulación del coordinador nacional permite constatar que a su respecto se predica no solo su independencia, sino que también su autonomía. Por una parte, la LGSE lo denomina y define como un organismo técnico independiente (artículo 212°-1). Y por la otra,

<sup>4</sup> En la actualidad los ISO y RTO existentes en los Estados Unidos son los siguientes: (i) *ISO New England*; (ii) *New York ISO*; (iii) *PJM Interconnection –RTO-*; (iv) *Midcontinent ISO* (MISO); (v) *Southwest Power Pool -RTO-*; (vi) *California ISO*; y (vii) *ERCOT*, si bien este último, correspondiente al Estado de Texas, opera de forma independiente.

lo conceptualiza como una corporación autónoma de Derecho Público. Si bien en un principio ambos términos parecen sinónimos (Vergara *et al* 2016, 3, 5, 6 y 7, entre otras.), lo cierto es que un estudio más detallado permite discrepar de esa apreciación. Para ello cabe partir del dato esencial de que en nuestro ordenamiento jurídico la autonomía se consagra a nivel constitucional como un atributo predicable de ciertas entidades respecto de la máxima autoridad administrativa del Estado, lo que no sucede con la independencia, la cual no cuenta con tal reconocimiento y la que, de preverse, queda sujeta a la modulación que realice el legislador. El propio Mensaje de la Ley N° 20.936 aclara que independencia no significa autonomía, toda vez que el coordinador debe sujetarse al mandato legal y del regulador, debiendo, además, velar por el interés colectivo y, en general, cumplir los mandatos de política pública contenidos en la ley (Historia de la Ley N°20.936 (versión digital), p.8.). A partir de tales consideraciones y atendida la nueva institucionalidad eléctrica se aprecia que entre ambos conceptos, más que una sinonimia, existe una suerte de complementariedad, según explicamos seguidamente.

Como hemos visto, en el modelo norteamericano la independencia es un atributo que se predica respecto del ente coordinador en relación con los partícipes del sistema y mercado eléctricos. Esta idea se replica en nuestro ordenamiento y se aprecia no solo en las declaraciones que efectúa la LGSE, sino que en la propia configuración del nuevo ente coordinador. En efecto, el Coordinador goza ya en forma expresa de personalidad jurídica y patrimonio propios y en virtud de ello puede ejecutar directamente todos los actos y contratos que estime adecuados para el cumplimiento de sus funciones, sin necesidad de contar con el apoyo de entidades externas (como fueron los casos de las sociedades CDEC-SING Ltda. y CDEC-SIC Ltda.). Adicionalmente, los consejeros del Coordinador ya no son representantes de los coordinados, como ocurría bajo la vigencia del D.S. N° 291/2007 (Decreto Supremo N° 291, 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Reglamento que Establece la estructura, funcionamiento y financiamiento de los Centros de Despacho Económico de Carga, publicado el 4 de agosto de 2008), sino que son designados por una instancia especial a partir de procesos públicos y abiertos. Asimismo, el financiamiento del coordinador ya no está radicado en las empresas que integran el ente, como ocurría anteriormente (artículo 53

del D.S. N° 291, 2007), sino que pasa a ser asumido por los usuarios finales por medio del denominado *cargo por servicio público*. Y junto a lo anterior, la nueva regulación intensificó el régimen de incompatibilidades contemplado en el D.S. N° 291/2007, permitiendo solo la ejecución de funciones no remuneradas en entidades públicas o privadas sin fines de lucro.

En relación a la autonomía, es necesario efectuar algunas precisiones sobre su significado en el ámbito del Derecho Público. Si bien en este carece de un concepto unívoco (Núñez, 2007; Cordero, 2012, quien alude a la existencia de imprecisión al respecto), en general se ha afirmado que ella posee una doble vertiente: una relativa a la distribución territorial del poder y otra vinculada con la distribución funcional del mismo (Zúñiga, 2007). En esta, la autonomía se define como la potestad de que gozan ciertas entidades para regir sus propios intereses y reglar su estructura interna, en la forma más conveniente para el cumplimiento de sus finalidades (Fernandez, 1981). A partir de ello es que la doctrina suele hacer una diferenciación entre autonomía y *autarquía* —si bien este término no ha sido incorporado en nuestro derecho positivo—. Ambas cualidades son sustancialmente similares, pero se distinguen en que mientras la autonomía implica tanto independencia de gobierno como potestad nomogenética (atribución autonormativa o de darse reglas por sí misma), la autarquía implica un gobierno independiente (autogobierno) pero a partir de normas otorgadas por poderes superiores (Daniel, 1985; Silva, 1995; Cordero, 2012; Reyes 2013). Sin embargo, bajo nuestro régimen constitucional no existe un real régimen de autonomías, dado que siempre los órganos del Estado están sometidos a la Constitución Política (CPR) (Decreto N° 100, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República, 2005) y a las leyes (*cf.* el artículo 6 inc.1° de la CPR), limitando la potestad autonormativa que pueda conferirse a un ente, de forma que los conceptos autonomía y autarquía aparecen bastante próximos (Daniel 1985, 91)

En dicho contexto nuestro ordenamiento jurídico distingue entre autonomías constitucionales y legales. Como ha destacado la doctrina (Pantoja, 1998; García & Contreras, 2014; Cordero, 2015), aquella implica un régimen acentralizado, caracterizado por la inexistencia de relaciones jerárquicas o de supervigilancia o tutela



con el Presidente de la República, y, por ende, de una extraordinaria independencia jurídica, siendo la autodeterminación su principal efecto, materializada por medio de la total independencia en sus funciones y organización. Por su parte, el TC (STC Rol N° 1.669-2010-INA, c.18. Asimismo, la STC Rol N° 1.051-08-CPR, c.44.) ha señalado que dichos entes se distinguen porque son creados y configurados, en sus elementos esenciales (organización, funciones, potestades) directamente por la CPR, complementada por leyes orgánicas constitucionales, pudiendo el legislador precisar cuánta autonomía le corresponda, sin establecer interferencias externas incompatibles con dicha autonomía. Añade que son órganos cuyas funciones y atribuciones se ubican en un escalón superior de autonomía respecto del poder central, ya que no están sometidos a su poder jerárquico ni al control indirecto o de tutela propio de los organismos descentralizados. Sin embargo, la autonomía constitucional no es sinónimo de independencia total y absoluta, tal y como también lo ha destacado el TC, dependiendo del legislador constitucional la determinación de los ámbitos en los cuales la autonomía es más o menos intensa (Rol N° 995-2007, c.10), existiendo así una suerte de garantía institucional, en tanto que es la CPR la que asegura una independencia organizativa, institucional y normativa, de forma que el legislador debe asegurar que se mantenga tal configuración esencial (Núñez, 2007; García & Contreras, 2014).

Junto a las aludidas autonomías constitucionales, el propio texto constitucional reconoce la existencia de otras autonomías (legales). El artículo 65 inc.4°, N° 2° de la CPR ha entregado al Presidente de la República la iniciativa y al poder legislativo la decisión de crear entes

autónomos, determinando sus concretas atribuciones o funciones, pudiendo incluso alcanzarse grados de autonomía similares a los propios de las autonomías constitucionales, si bien careciendo de la garantía institucional que estas conllevan. Las autonomías legales fueron profusamente creadas a mediados del siglo pasado bajo la idea de sustraerse de las regulaciones generales previstas para los órganos de la Administración del Estado, aduciéndose recurrentemente la existencia de particularidades que justificaban tal separación (Pantoja, 1998; Cordero, 2015). Así surgieron las denominadas *instituciones semifiscales* y las *corporaciones autónomas*, estas últimas como una categoría diversa de aquellas, dotadas de un mayor grado de autonomía (Reyes & Soto, 1980).

Del desarrollo precedente se desprende que en el ámbito de nuestra regulación administrativa los conceptos independencia y autonomía no son en rigor equiparables. Ello se aprecia en el sector eléctrico, en el cual mientras la independencia implica un atributo del ente coordinador relacionado con los coordinados —*i.e.*, con quienes operan en el sistema y mercado eléctricos—, la autonomía constituye un atributo predicable respecto del regulador. En efecto, en la LGSE la independencia y autonomía se aseguran de manera diversa: la primera por medio de ciertos mecanismos específicos (personalidad jurídica expresa, designación de consejeros por una instancia especial y mediando concurso público, financiamiento de cargo de terceros, otorgamiento interno de los estatutos, etc.), y la segunda a través de la calificación del ente como corporación autónoma de Derecho Público que no integra la Administración del Estado. A continuación, analizaremos las consecuencias jurídicas de tal declaración.

## 2. Las corporaciones autónomas de derecho público en el Derecho chileno

### 2.1. Caracterización de la categoría

La distinción entre personas jurídicas públicas y privadas posee un origen reciente, dada la inexistencia del concepto técnico de persona jurídica en Roma. De hecho, desde sus orígenes en el medioevo, la institución de la personalidad jurídica tenía más bien un contenido

público, verificándose con el transcurso de los siglos un trasvase de dicha institución a la esfera del Derecho Privado. Sabido es que en sus inicios el otorgamiento de personalidad jurídica constituía una concesión graciosa reservada para instituciones de relevancia social o económica, requerida por ello de un acto de

la máxima autoridad (*octroi*), comprensión la cual fue objeto de una paulatina relajación hasta nuestros días. En Roma el Estado constituía una suprainstitución que, en virtud de sus atributos soberanos, se situaba sobre cualquier entidad y por ende, no le era extensible la idea de personalidad jurídica como actualmente se concibe. Solo tras una larga evolución a partir del feudalismo se asentó la idea de que el Estado también podía actuar personificadamente, directamente o a través de personas jurídicas especialmente constituidas a tal efecto, las cuales, atendido el fin público al que su creación respondía, eran dotadas de potestades (Ferrara, 2006). En el contexto descrito es que la evolución de la teoría de la personalidad jurídica se efectuó a partir del concepto de *corporación*, esto es, de entidades basadas en una colectividad de personas que las integran como miembros (*universitas personarum*), en su propio interés, efectuándose solo tardíamente la incorporación doctrinal de las fundaciones —también denominadas instituciones— (*universitas rerum*) como otra categoría de persona jurídica, ya de base material, en las que lo característico es la determinación por una persona —fundador— del fin del ente, a cuya prosecución se afecta un patrimonio y al cual se encauza todo su actuar, sin que en rigor existan miembros que la conformen (Ferrara, 2006; García & Fernández, 2008)<sup>5</sup>.

La referencia anterior es relevante por cuanto permite comprender por qué el artículo 547 inc.2º del Código Civil (CC) calificaba de manera general —y aún lo hace— como corporaciones o fundaciones —según el *substratum* personal o patrimonial— a la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario, con el fin de excluirlos de la regulación civil de las personas jurídicas. En dicho esquema, todos los entes con personalidad jurídica de Derecho Público eran considerables como una corporación o una fundación, caracterizándose aquellas por la existencia de un sustrato asociativo, es decir, una agrupación de sujetos como elemento esencial o característico del ente (como sería el caso de la nación, el fisco y las municipalidades, integrados los nacionales y los vecinos respectivamente), y estas, como una masa patrimonial

adscrita al cumplimiento de un fin público específico (como sería el caso de los establecimientos que se costean con fondos del erario).

Sin embargo, en la actualidad, bajo una organización administrativa muy distinta a la originalmente plasmada en el Código Civil y en los textos constitucionales de la época, con una tipología de entidades diversa reconocida a nivel constitucional y con un importante desarrollo legal, igualmente persisten entes expresamente calificados como corporaciones de Derecho Público, sin que exista a su respecto un régimen normativo particular que permita en principio homologar los elementos tipificantes de tales entes. Dicha falencia, desde luego, acarrea no menores dificultades a la hora de tratar de delimitar sus aspectos característicos, así como las normas por las cuales se rigen.

Pese a ello, creemos que los elementos esenciales tipificantes de las corporaciones de Derecho Público son los siguientes, algunos de los cuales podrán concurrir en mayor o menor grado, de acuerdo con la intensidad de autonomía que se desee otorgar al ente: (i) son creadas por la ley; (ii) son creadas para el cumplimiento de fines de interés general, los que pueden o no calificar como funciones administrativas; (iii) dependiendo de lo anterior, integran o no los cuadros orgánicos de la Administración del Estado y estarán sujetos a lo sumo a la supervigilancia o tutela del Presidente de la República; (iv) el *substratum* del ente es una agrupación de personas encauzadas de manera común al cumplimiento del fin; (v) la corporación se dota de sus propios estatutos, en los cuales se regulan los aspectos internos esenciales del ente, pudiendo encontrarse supeditados a su aprobación por una autoridad administrativa; (vi) su administración suele estar radicada en un órgano colegiado en el que puede haber o no participación de representantes del Estado; y (vii) su financiamiento puede ser totalmente de cargo del Estado o pueden preverse mecanismos de autofinanciamiento.

Ahora bien, el Coordinador integra la particular categoría de las corporaciones *autónomas* de derecho público (Letelier 2011), esto es, una especie de

<sup>5</sup> En este sentido es que, en nuestra doctrina, Claro, 1927, destaca -siguiendo a Savigny- que la expresión *corporación* ha sido tomada de la lengua latina, comprendiendo en general toda clase de asociaciones de individuos, abarcando así a las sociedades industriales, las comunidades y otras colectividades que no persiguen fines interesados.

corporaciones de Derecho Público expresamente declaradas como autónomas. De estas existen variados ejemplos en nuestro ordenamiento, si bien con diversas configuraciones. Quizás las corporaciones autónomas de Derecho Público más conocidas son las municipalidades, cuyo reconocimiento y autonomía se sitúan en el más alto nivel (artículo 118 de la CPR). Sin embargo, a nivel legal podemos encontrar numerosos ejemplos de estas entidades, a saber: (i) el *Consejo para la Transparencia* (CT), creado por el artículo 31 de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, 2008; (ii) el *Instituto Nacional de Derechos Humanos* (INDH), creado por Ley N° 20.405 del Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2009; (iii) la *Junta Nacional de Jardines Infantiles* (JUNJI), creada por Ley N° 17.301 crea Corporación denominada Junta Nacional de Jardines Infantiles, 1970; (iv) la *Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas* (JUNAEB), creada por Ley N° 15.720 crea una Corporación Autónoma con Personalidad Jurídica y Derecho Público y Domicilio en Santiago, denominada Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, 1964; (v) el *Instituto Nacional de Hidráulica* (INH), creado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 930, de 1967, del Ministerio de Obras Públicas, crea el Instituto Nacional de Hidráulica, 1968, en virtud de la Ley N° 15.840 aprueba Organización y Funciones del Ministerio de Obras Públicas, 1964; y (vi) la *Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica* (CONICYT), creada por el artículo 6° de la Ley N° 16.746 Crea Premio Nacional de Ciencia, 1968.

De una revisión de las citadas entidades, solo las municipalidades se configuran en rigor como una verdadera corporación, dado que su elemento fundamental es la agrupación de vecinos. Junto a ello, se aprecian algunas corporaciones que no poseen estatutos. Así, varias de las corporaciones citadas parecen responder más bien a la idea de fundación — institución —. Ello demuestra que, en general, el legislador no pone especial preocupación en que la institución creada cumpla con las exigencias tipológicas respectivas, quedando así al descubierto el verdadero trasfondo de estas entidades: dotarlas de un grado mayor de autonomía al que normalmente podría lograrse a través de otras formas de organización administrativa.

Ahora bien, aunque originalmente existía una mayor libertad para ello, dada la ausencia de un especial marco constitucional y legal de ordenación de la institucionalidad

pública que ejerciera cierta *vis attractiva*, en la actualidad la posibilidad de crear este tipo de entidades sí está sometida a tales restricciones (Parejo, 2008). En efecto, la exigencia del artículo 38 de la CPR en orden a que sea una Ley Orgánica Constitucional la que determine la organización básica de la Administración Pública, unido a la existencia de la LBGAE (D.F.L. N° 1/19.653 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2001 (LBGAE)), como norma que materializa dicho imperativo constitucional, buscan asegurar una ordenación común básica de la Administración del Estado (tal y como se ha destacado por STC Rol N° 2.367-12-CPT, c.16 y 17. En este sentido, Daniel, 1986; Aylwin, 1989; Cordero, 2015), sin perjuicio de las especialidades que cada órgano pueda poseer y de la mayor o menor descentralización que pudiera reconocerse. A partir de dichas normas se pretendió ordenar bajo un esquema fundamental común la variedad de entidades surgidas bajo el régimen constitucional anterior, así como las nuevas autonomías constitucionales y legales que surgieran. Precisamente por ello es que el TC ha señalado que en principio el legislador es libre de crear los órganos que estime necesarios para el cumplimiento de la CPR mientras estos no modifiquen el diseño que ella contiene (STC Roles Nos 1.732-10-INA y 1.800-10-INA (acumulados)). A la luz de dichas premisas cabe preguntarse si, en el afán de alcanzar la mayor autonomía posible, es ajustado a Derecho declarar a una determinada corporación pública como excluida de la Administración del Estado.

### 2.2. Las corporaciones de derecho público y su inclusión en la Administración del Estado

#### 2.2.1. Criterios determinantes de la inclusión

Como ha destacado la doctrina comparada (García & Fernández, 2008), este asunto no es meramente teórico, sino que trae importantes consecuencias prácticas, ya que implica nada menos que determinar el régimen jurídico al cual un ente debe someterse.

El artículo 1° inc. 2° de la LBGAE define la Administración del Estado desde una perspectiva amplia que abarca tanto las entidades centralizadas como los diversos tipos de entidades descentralizadas (servicios públicos, autonomías constitucionales y empresas del Estado),

remitiendo a las leyes reguladoras especiales cuando ello corresponda (artículo 21). De lo expuesto se desprende que la concepción de Administración del Estado contenida en la LBGAE, si bien se estructura fuertemente en la idea de función administrativa, no se basa solo en ella, al incluir entes que aunque satisfacen necesidades públicas, no cumplen funciones administrativas *stricto sensu*<sup>6</sup>. Por ende, al tenor de las normas indicadas y salvo los entes autónomos, la determinación de si una entidad forma o no parte de la Administración depende de si es incluíble en el citado artículo 1º, sea porque este la mencione expresamente, o porque se le pueda considerar como un *órgano o servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa*. Lo indicado permite desde ya aclarar que la mera atribución de personalidad jurídica de Derecho Público a un ente no es antecedente suficiente para considerarlo como integrante de la Administración del Estado. Así puede apreciarse por ejemplo en el caso de los partidos políticos, los cuales constituyen asociaciones dotadas de tal personalidad, pero que no integran los cuadros orgánicos de la Administración del Estado.

La identificación de un *servicio público* resulta simple dado que la propia LBGAE los define desde un punto de vista orgánico (artículo 28): son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua, sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar.

Mayores dificultades ofrece el concepto *órgano*. Es sabido que en el ámbito de la LBGAE el mismo no es utilizado de manera unívoca (Pantoja, 1998; Valdivia, 2006; Cordero, 2015), equiparándosele en algunas ocasiones al ente que cumple una función administrativa y en otras a la persona investida de la respectiva autoridad. A la luz de la LBGAE, el concepto *órgano* constituye un *tertium genus* aplicable a todas las reparticiones que integran la Administración del Estado, abarcando por ende los Ministerios (artículo 22), los servicios públicos (artículo 28), las autonomías constitucionales y las empresas públicas (artículo 21). Ello se confirma por la propia LBGAE en su artículo 6º, que alude a las *entidades* (y no a los órganos)

que no forman parte de su Administración. Más allá de la tipología de órganos a que alude la LBGAE, su artículo 1º inc.2º reconoce que pueden existir otros órganos, tipológicamente diversos a los señalados, que por haber sido creados para el cumplimiento de la función administrativa, integran la Administración del Estado. De ahí que sea necesario definir qué se entiende por *órgano*. A este respecto, el TC ha señalado que *órgano* es una unidad estructural y abstracta, creada y regulada por normas jurídicas, que agrega un conjunto de medios o elementos personales o materiales así como un haz de funciones o competencias y cuya actuación produce efectos jurídicos (STC Rol N° 2.367-12-CPT, c.10). A partir de ello cabe sostener que para la LBGAE *órgano* es “cualquier fenómeno organizacional” (Pantoja, 1998).

Ahora bien, desde una perspectiva funcional, tanto órganos como servicios públicos han de responder a una finalidad específica: el *cumplimiento de la función administrativa*. A partir de la conjunción de ambos elementos (orgánico y funcional) la LBGAE determina la inclusión de un ente en los cuadros de la Administración. La función administrativa es una especie encuadrable en el género función pública, integrada por todos los cometidos inherentes y comunes a todo Estado y realizados por órganos públicos, abarcando así la función legislativa, jurisdiccional, ejecutiva y gubernativa (STC Rol N° 1.295-2008-INA). En relación a qué ha de entenderse por función administrativa, consta en la historia de la LBGAE que se trata de un término amplio y no sólo acotado a una mera función de administración, equiparándose al rol de administración encargado al Presidente de la República por la CPR (Historia de la Ley N° 18.575 (versión digital)). Así, dicha función consiste en la ejecución de las políticas, la aplicación de las normas e instrucciones y la prestación de servicios a la comunidad (Conara, 1981. En sentido similar, Bermúdez, 2014, siguiendo a Oelckers, 1996), ideas las cuales pueden desprenderse del artículo 3º de la LBGAE. A partir de esta disposición resulta claro que un ente cumple funciones administrativas cuando promueve el bien común por medio de la satisfacción de necesidades públicas de forma continua y permanente, fomentando el desarrollo nacional por medio del ejercicio de sus atribuciones y de la aprobación, ejecución y control

<sup>6</sup> Dado que, como veremos, las funciones administrativas se encuentran en una relación de instrumentalidad con las funciones de gobierno, radicadas también en el Presidente de la República, lo que implica una sumisión de aquéllas a éstas.

de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal (En sentido similar la STC Rol N° 1.153-2008, c.73.). Ello pone de manifiesto la existencia de una relación de instrumentalidad entre la referida función administrativa y la función de gobierno también encargada al Presidente de la República (Aylwin, 1989; Oelckers, 1996; Ferrada, 2001), de manera que aquella sirve al cumplimiento de las directrices derivadas de esta última en el marco establecido por la CPR y las leyes, excepción hecha de los entes constitucionalmente autónomos, los cuales al ser entidades acentralizadas, escapan de tal instrumentalidad, sin perjuicio de los deberes de coordinación y colaboración que a su respecto existen.

### 2.2.2. Las corporaciones de Derecho Público como entes que forman parte de la Administración del Estado

A partir de dichas ideas cabe determinar si una corporación de Derecho Público es un órgano o servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa, y, en tanto tal, integra la Administración del Estado. Tal determinación debe considerar la particular configuración normativa del ente en cuestión, tal y como ha ocurrido por ejemplo con las universidades estatales<sup>7</sup>, la Defensa Civil<sup>8</sup>, o las Corporaciones de Asistencia Judicial<sup>9</sup>. A contrario sensu, existen corporaciones públicas que, a partir de su configuración normativa, no integran la Administración del Estado, como son las entidades religiosas o la Editorial Jurídica de Chile<sup>10</sup>. Por ende, la inclusión de una corporación de Derecho Público en la Administración no es una cuestión tipológica ni el

resultado del otorgamiento de personalidad jurídica de Derecho Público, sino que una consecuencia del régimen jurídico particular de la corporación.

Tales conclusiones no se ven alteradas aún si las respectivas normas reguladoras del ente lo califican como una corporación *autónoma* de Derecho Público, como ocurre con las municipalidades, por mención expresa del artículo 1° inc. 2° de la LBGAE; en el caso del CT, ex artículo 21 inc.2° de la misma LBGAE, que incluye al citado Consejo como uno de los entes excluidos solo del Título II de dicha ley, y por ende, sujeto a los demás títulos de esta ley<sup>11</sup>; tratándose del INDH, al no haberse realizado tal exclusión en su ley, por lo que la CGR ha determinado que forma parte de la Administración del Estado<sup>12</sup>; en el caso de la JUNJI, dado que su propia ley la identifica como una entidad funcionalmente descentralizada, a partir de lo cual la CGR la ha considerado como integrante de la Administración del Estado<sup>13</sup>; respecto de la JUNAEB, la CGR ha resuelto que constituye un servicio público y como tal, forma parte de la Administración del Estado<sup>14</sup>; en relación al INH, la CGR ha señalado que ésta es una entidad que reúne todas las características de servicio público descentralizado<sup>15</sup>; y por último, en relación con CONICYT, la CGR lo ha calificado como un servicio descentralizado<sup>16</sup>.

Así, en rigor, la consideración de un ente como corporación *autónoma* apunta solo a dotarlo de una mayor independencia en relación con el Presidente de la República<sup>17</sup>, pero no implica *per se* su separación

<sup>7</sup> Vid. los dictámenes N°s 8.576/1989; 679/1992; 47.500/2004 y 12.266/2011, todos ellos de la CGR.

<sup>8</sup> Vid. los dictámenes N°s 1.418/1977; 9.283/1992; 4.727/2012 y 57.877/2015, todos ellos de la CGR.

<sup>9</sup> Vid. el dictamen N° 29.461/1985 de la CGR.

<sup>10</sup> Vid. los dictámenes N°s 18.128/1978 y 36.339/1988.

<sup>11</sup> Vid. los dictámenes N°s 70.891/2009 y 94.499/2014, ambos de la CGR.

<sup>12</sup> Vid. el dictamen N° 51.013/2012 de la CGR (reiterado por dictamen N° 37.866/2014). Ello, pese a que en la Historia de la Ley N° 20.405 consta en relación a la naturaleza jurídica del INDH: "... se trataría de una institución con personalidad jurídica y patrimonio propio pero sin ser un servicio público, sino que un organismo que se incorpora al área que ha sido llamada de la neutralidad jurídica, así como se ha hecho con el Banco Central y el Tribunal Constitucional, la única diferencia es que algunos han sido creados sólo por la ley y otros han sido creados por la Constitución. Así, estaríamos frente a un órgano del Estado, pero no a un órgano de la Administración del Estado, escapando, por esto, al control de la Contraloría General de la República y al control financiero del Ministerio de Hacienda; sin tener relación de dependencia o supervigilancia con el Presidente de la República y con capacidad para vincularse directamente con Organismos Internacionales como la ONU y la OEA". [las cursivas son nuestras]. Historia de la Ley N° 20.405 (versión digital) p.369.

<sup>13</sup> Vid. el dictamen N° 36.328/1981.

<sup>14</sup> Vid. los dictámenes N°s 56.062/1966 y 16.837/1982.

<sup>15</sup> Vid. los dictámenes N°s 29.205/2009 y 1.387/1994.

<sup>16</sup> Vid. el dictamen N°54.080/1978 y los dictámenes N°s 3.063/1970, 35.831/1980 y 13.317/1987, relativos al Servicio de Bienestar del Magisterio (SERBIMA).

<sup>17</sup> La CGR, siguiendo las STC Roles N°s 78 y 216, ha indicado que "... cabe desestimar la aseveración en orden a que el vínculo de dependencia o supervigilancia respecto del Jefe del Estado, constituye un ligamen cuya existencia es esencial para que un ente integre los cuadros de la administración estatal." (dictámenes N°s 27.951/1993 y 28.091/1992).

de la Administración del Estado<sup>18</sup>. Por ello es que en determinados casos el legislador ha realizado esa exclusión mediante una declaración expresa en tal sentido.

### 2.2.3. La declaración expresa de exclusión como técnica de separación de un ente de la Administración del Estado

No existe duda en que existen órganos u organismos que pese a desarrollar una función pública, no forman parte de la Administración del Estado, tal y como se desprende del artículo 6º de la LBGAE, esencialmente por la propia relación o desvinculación del ente con el Presidente de la República (Pantoja, 1998).

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico han existido algunos ejemplos de leyes que, de manera expresa, han excluido a ciertas entidades de la Administración del Estado. Así, por ejemplo, el artículo 14º del D.L. Nº 1.078/1975<sup>19</sup>, disponía que, no obstante su carácter de institución de derecho público, el Banco Central de Chile no se consideraría como integrante de la Administración del Estado ni le serían aplicables las normas generales o especiales, dictadas o que se dicten para el sector público y, en consecuencia, tanto el Banco como su personal se regirían por las normas del sector privado<sup>20</sup>. A su vez, el artículo 1º del D.L. Nº 1.097/1975, que creó la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF)<sup>21</sup>, consagró una fórmula idéntica en relación a dicha superintendencia. Si bien en la actualidad ambas leyes se encuentran derogadas, la exclusión contenida en este último D.L. respecto a la SBIF se mantuvo en los mismos términos en el artículo 1º inc. 2º la Ley General de Bancos<sup>22</sup>.

Dicha técnica legislativa ha sido criticada por un sector de nuestra doctrina (Daniel, 1985; Camacho, 2010) y rechazada por la CGR. Para esta no es posible realizar tal exclusión, dada la concepción constitucional unitaria

del Estado y el mandato supremo de que la organización básica del Estado sea establecida por medio de una ley orgánica constitucional<sup>23</sup>. Esta posición puede apreciarse, por ejemplo, en los dictámenes N°s 74.853/2011, 38.427/2013, 82.320/2014 y 31.941/2015 de la CGR, en los que ha sostenido que, pese al tenor literal de su normativa orgánica, la SBIF es un servicio público funcionalmente descentralizado creado para el cumplimiento de una función administrativa y que, en tanto tal, forma parte de la Administración del Estado, debiendo entenderse que en este punto dicha norma orgánica se encuentra derogada tras la entrada en vigor de la LBGAE.

Junto a ello, existe un sector minoritario que fundamenta la posibilidad de realizar tal exclusión por medio de ley simple, en el entendido que a partir de los artículos 3, 5, 6 y 7 de la CPR es posible distinguir entre órganos que integran la Administración del Estado y órganos que habiendo nacido por iniciativa del Estado con arreglo a su competencia constitucional, no forman parte de su Administración (Silva 2007, *passim*, postura rechazada por la CGR al declarar al INDH como un ente que integra la Administración del Estado).

Sin embargo, frente a estas posturas existe una diversa, mayoritariamente aceptada, que considera que es posible realizar tal exclusión mediante su aprobación con el quórum correspondiente a una ley orgánica constitucional, al ser tal separación una excepción a lo dispuesto en el artículo 38 de la CPR (Camacho, 2010, 155; Cordero, 2015, 186, 190. Asimismo, *vid.* las STC Roles Nos 115; 144; 154; 185; 320; 400; 403; 425; 1.024; 1.595; 2.788, entre muchos otros). Siendo ello así, las disposiciones normativas que aprueben la exclusión de un determinado ente de la Administración del Estado requieren haber sido aprobadas con rango de ley orgánica constitucional (artículo 66 inc. 2º de la CPR).

<sup>18</sup> *Vid.* los dictámenes N°s 28.091/1992, 27.951/1993 y 31.941/2015.

<sup>19</sup> D.L. Nº 1.078, que Fijó Normas sobre Autoridad Monetaria, publicado el 28 de junio de 1975.

<sup>20</sup> Dicha regulación fue reemplazada por la Ley Orgánica del Banco Central, que carece de una declaración similar.

<sup>21</sup> D.L. Nº 1.097, que Crea la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, publicado el 25 de julio de 1975.

<sup>22</sup> D.F.L. Nº 3, de 1997, fija Texto Refundido, Sistematizado y Concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican, del Ministerio de Hacienda, publicado el 19 de diciembre de 1997.

<sup>23</sup> *Vid.* el Mensaje con que se acompañó la LBGAE, en el que se señala que el artículo 38 de la CPR se inspira "... en el propósito del Constituyente en orden a [...] regular de un modo uniforme los aspectos esenciales de la organización de los servicios públicos que integran la Administración".

### 3. El Coordinador como corporación autónoma de Derecho público

#### 3.1. Aspectos generales

Como hemos visto, a fin de clarificar las falencias de la regulación anterior relacionadas con la naturaleza de los CDEC, el nuevo ente coordinador fue constituido como una *corporación autónoma de derecho público*, sin fines de lucro, que no forma parte de la Administración del Estado, no siéndole aplicable las disposiciones generales o especiales dictadas o que se dicten para el sector público, salvo expresa mención.

Consta en la historia de la Ley N° 20.936 que el modelo organizacional seguido fue el del INDH (Historia de la Ley N° 20.936 (versión digital) p.539), el cual pretendía ser un organismo excluido de la Administración del Estado, si bien la ley que lo creó no efectuó una declaración expresa en tal sentido. Quizás precisamente por tal falencia la CGR dictaminó que el instituto integra la Administración del Estado (Dictámenes N°s 51.013/2012 y 37.866/2014).

#### 3.2. Funciones del Coordinador. Su exclusión de la Administración del Estado

##### 3.2.1. El Coordinador como titular de potestades públicas

De diversas disposiciones de la LGSE —post Ley N° 20.936— se desprende que el Coordinador ostenta una serie de funciones y atribuciones, lo que se condice con su conceptualización como entidad de Derecho Público<sup>24</sup>. Tal precisión normativa es relevante ya que sustenta el principio de que el Coordinador carece de un “objeto” como persona jurídica, sino que más bien está llamado a cumplir una serie de funciones, motivo por el cual no está en posición de decidir libremente si cumplir o no sus fines —elemento característico de los entes privados—, sino que se encuentra sujeto a un deber legal de consecución. Este aspecto se basa en que los fines para los que el Coordinador fue creado no redundan en su exclusivo interés, sino que tienen como destinatarios

—o, mejor dicho, beneficiarios— la totalidad de usuarios finales de la energía eléctrica. Precisamente por ello su financiamiento ha sido radicado en dichos usuarios por medio del “Cargo por Servicio Público”, *nomen* el cual ilustra sobre la naturaleza de las actividades realizadas por el Coordinador. Y por ello todo aquel que opera interconectadamente en el sistema eléctrico nacional se encuentra sujeto a sus instrucciones, so pena de sanción por la SEC.

Una revisión de la Ley N° 20.936 permite clasificar las funciones que se le otorgan al ente en las siguientes categorías: (i) *de coordinación u operativas*, las que se materializan esencialmente por medio de instrucciones y programaciones relativas a la coordinación de la operación del sistema eléctrico, del mercado eléctrico, de los servicios complementarios, de los sistemas de almacenamiento de energía y de los intercambios internacionales de energía, así como con la realización y coordinación de investigaciones, desarrollo e innovación en materia energética, y demás relativas a la transmisión; (ii) *normativas*, consistentes esencialmente en la definición de los procedimientos internos y en la adopción de sus estatutos; (iii) *de control*, vinculadas con el acceso abierto, la seguridad del sistema eléctrico, las condiciones de competencia en el mercado, la continuidad en la cadena de pagos y la verificación de las infracciones a la normativa eléctrica; y (iv) *de información*, relacionadas con la información que debe poner a disposición del público sobre las características técnicas y económicas de las instalaciones sujetas a coordinación. Dada la relevancia de tales funciones, la ley ha declarado que los bienes del Coordinador destinados a su cumplimiento son inembargables (artículo 212-12 de la LGSE), atributo normalmente dispuesto respecto de entidades que cumplen funciones públicas o de interés público, como puede verse en el artículo 445 N° 17 del CPC<sup>25</sup>, en el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional de

<sup>24</sup> Cfr. el artículo 65 inc. 4° N° 2, *in fine*, de la CPR.

<sup>25</sup> Ley N° 1.552, Código de Procedimiento Civil, publicada el 30 de agosto de 1902.

Municipalidades<sup>26</sup> o en el artículo 9 de la Ley N° 20.564<sup>27</sup>. Por tanto, por definición legal, el Coordinador —al igual que los CDEC— (al respecto Mardones & Carrasco 2014, *passim*) ostenta una serie de potestades públicas para el adecuado cumplimiento de sus funciones.

Ahora bien, atendida la autonomía con que el ente ha de cumplir tales funciones, la ley ha dispuesto en forma expresa excluirla de la Administración del Estado, en el entendido que las normas que regulan el sector público limitan dicha cualidad requerida. Sin embargo, como vimos, la expuesta es una técnica legislativa que no ha estado exenta de críticas y cuya viabilidad no ha sido aceptada en forma indiscutida. A la luz de los desarrollos efectuados analizaremos la corrección jurídica de tal opción.

### 3.2.2. El Coordinador como ente que ejerce potestades sin formar parte de la Administración del Estado

Ya durante la tramitación legislativa de la Ley N° 20.936 tal opción legislativa fue cuestionada por la Corte Suprema<sup>28</sup>, la que, a la luz de la amplitud y naturaleza de las funciones del Coordinador, se cuestionó su exclusión de la Administración y por ende, la no aplicación de la Ley N° 19.880<sup>29</sup> y el Estatuto Administrativo<sup>30</sup>.

Según expusimos, la LBGAE define la Administración del Estado con una cláusula de cierre, según la cual integran dicha Administración todos los *órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*. De la descripción del ente y de sus funciones parece innegable su calidad de órgano del Estado. Sin embargo, no es posible afirmar que el Coordinador cumpla funciones administrativas, no por razón de la materia —la cual innegablemente se encausa a la satisfacción de necesidades públicas representadas

por la *confiabilidad* del sistema eléctrico nacional<sup>31</sup>—, sino que con ocasión de sus vínculos orgánicos. Como vimos, las funciones administrativas se caracterizan por encontrarse en una relación de instrumentalidad con las funciones de gobierno del Presidente de la República, de forma que aquéllas tienden a la ejecución o desarrollo de éstas. De la regulación del Coordinador se desprende que éste no se encuentra sujeto a la supervigilancia o tutela del Presidente de la República, ya que no existe relación alguna del ente con la autoridad central —el Coordinador no se vincula con el Presidente de la República a través del Ministerio de Energía—, sin perjuicio de las atribuciones que a su respecto poseen otros organismos descentralizados, como son la CNE y la SEC. Así es que su rol no es el de colaborar con el Presidente de la República en su tarea de gobierno y administración, desde su ámbito específico<sup>32</sup>.

Sin embargo, pese a que el Coordinador no integra la Administración del Estado, se encuentra dotado de potestades públicas, lo que parece contravenir el inc.2° del artículo 6° de la LBGAE, que prohíbe el ejercicio de potestades públicas por entidades que no formen parte de la Administración del Estado. Siendo ello así, llama la atención que durante la tramitación parlamentaria del proyecto no se haya indicado la necesidad de un cuórum especial de aprobación del artículo que establecía dicha exclusión, si bien aquel fue aprobado con el cuórum correspondiente a una ley orgánica constitucional. Pese a ello, la Ley N° 20.936 adolece de un vicio de inconstitucionalidad formal, por contener normas que modifican la LBGAE sin haber sido sometidas al control preventivo de constitucionalidad dispuesto por el artículo 93.1° de la CPR (Zapata, 2008, 317–319; Verdugo, 2010, *passim*; Correa, 2011, 85-86.)<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> D.F.L. N° 1, de 2006, del Ministerio del Interior, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, publicado el 26 de julio de 2006.

<sup>27</sup> Ley N° 20.564, que Establece Ley Marco de los Bomberos de Chile, publicada el 03 de febrero de 2012.

<sup>28</sup> Vid. el Oficio N° 40-2013, de 5 de abril de 2016.

<sup>29</sup> Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, publicada el 29 de mayo de 2003.

<sup>30</sup> D.F.L. N° 29, de 2004, de Hacienda, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, publicado el 16 de marzo de 2005.

<sup>31</sup> Vid. el artículo 225, letras r) y siguientes de la LGSE.

<sup>32</sup> Vid. la STC Rol N° 1.295-2008-INA, c.51.

<sup>33</sup> Recientemente, vid. la STC Rol N° 2.981-16-CPR, c.135.



### 3.2.3. Consecuencias de que el Coordinador no forme parte de la Administración del Estado

Obviando la inconstitucionalidad formal indicada, la exclusión orgánica del Coordinador trae las siguientes consecuencias jurídicas:

(i) No está sometido a la supervigilancia o tutela del Presidente de la República, si bien se encuentra al menos indirectamente vinculado con él a través de la CNE, que conserva a su respecto la atribución de fijar las normas técnicas para efectuar la coordinación, definir los servicios complementarios, aprobar el presupuesto del ente y velar por el uso eficiente de los recursos consignados en dicho presupuesto, y fijar el cargo por servicio público; y de la SEC, en cuanto ésta puede solicitar la remoción de los miembros del Consejo Directivo y sancionar a los consejeros.

(ii) Se encuentra totalmente excluido de la fiscalización de la CGR.

(iii) Sus trabajadores no están sometidos al Estatuto Administrativo, aunque se consideran como empleados públicos para los efectos del artículo 260 del Código Penal.

(iv) Sus actuaciones no están sometidas a las normas generales de Derecho Público que tengan por destinatarios los órganos de la Administración del Estado, salvo –parcialmente– las normas sobre transparencia, por lo que no le resultan de aplicación la Ley N° 19.880, la Ley N° 19.886, ni los principios ni demás reglas de la LBGAE.

(v) Su financiamiento no está a cargo de la Administración, si bien su presupuesto anual debe ser aprobado por la CNE, la cual debe velar por el uso eficiente de los recursos consignados en dicho presupuesto.

En todo caso, la exclusión orgánica del Coordinador no lo libera de la aplicación del principio de juridicidad, dado que este se encuentra dispuesto en términos amplios por la CPR respecto de todos los *órganos del Estado*, naturaleza de la que participan, con carácter general, las corporaciones de Derecho Público<sup>34</sup>.

### 3.3. Grado de autonomía del Coordinador

En el ámbito *institucional*, el Coordinador se configura como una corporación pública que no integra la

Administración del Estado. Si bien en principio dicha corporación no aparece sometida a una relación jerárquica ni de supervigilancia o tutela con el Presidente de la República, existen ciertos aspectos de su regulación que cuando menos alteran tal conclusión inicial:

- En relación a los consejeros, son elegidos por un Comité Especial de Nominaciones a partir de una propuesta de candidatos realizada por una empresa especializada en reclutamiento y selección de personal. Aun cuando dicho Comité está integrado por miembros cuyos cargos no son de exclusiva confianza del Presidente de la República (artículo 212°-7 de la LGSE), tratándose del Secretario Ejecutivo de la CNE es innegable su vinculación con el primer mandatario, en tanto que jefe de un servicio público que, por definición, está llamado a ejecutar las políticas fijadas por aquel y sus colaboradores sectoriales directos (ministros). Sin embargo, el grado de injerencia que dicha autoridad puede tener en las decisiones es mínimo, por cuanto el cuórum de adopción de acuerdos es de al menos tres de los cuatro miembros.

- En cuanto al ejercicio de sus funciones, la Ley N° 20.936 no ha innovado, sometiendo las relativas a la coordinación del sistema a las normas técnicas dictadas por la CNE y los reglamentos respectivos.

- Junto a lo anterior, el citado Comité Especial —con el mismo cuórum fijado para su elección —puede remover de su cargo a los consejeros por alguno de los siguientes motivos: (i) abandono de funciones; (ii) negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones; o (iii) falta de idoneidad por haber sido condenado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva o a la pena de inhabilidad perpetua para desempeñar cargos u oficios públicos. Lo llamativo es que, si bien la remoción ha de ser resuelta por el Comité Especial, ello debe efectuarse a solicitud de la SEC, por causa justificada, lo cual podría afectar a la estabilidad —y por ende, la autonomía— del Coordinador, al quedar sujeto a las peticiones que en la materia pueda efectuar esta entidad de control. En todo caso, la norma en comento dispone que el reglamento establezca, entre otros aspectos, las definiciones y condiciones para el ejercicio de esta atribución, por lo que a través de la regulación reglamentaria puede limitarse su ejercicio abusivo —lo que, al menos en la propuesta de

<sup>34</sup> STC Rol N° 1.295-2008-INA, c.55.

Reglamento del Coordinador actualmente en consulta, no se ha hecho—.

- En materia de financiamiento, la sumisión del presupuesto a la aprobación de la CNE puede afectar su autonomía, dado que la LGSE (artículo 212º-11) permite que la CNE pueda, justificadamente, observar y solicitar modificaciones al presupuesto, las que necesariamente deben ser incorporadas por el Coordinador. Una interpretación sistemática y finalista permite acotar esta facultad, de forma que la justificación requerida no implique una simple fundamentación de las observaciones o de la solicitud de modificación, sino que, además, conlleve una adecuación a los fines del Coordinador. Lo anterior, dado que “El presupuesto deberá permitir cumplir con los objetivos y funciones establecidas para el Coordinador”, de manera que una observación que impida o restrinja el cumplimiento de tales fines no deba ser incorporada por el Coordinador.

En el ámbito *organizativo*, el artículo 212º-1 *in fine* de la LGSE dispone que la organización del Coordinador se regirá por dicha ley y su reglamento. Al respecto, los artículos 212º-3 y siguientes de la LGSE consagran las instancias básicas de administración y dirección del coordinador (Consejo Directivo y Director Ejecutivo) así como sus funciones, encargando al Consejo la elaboración de los *estatutos* del ente, los que deberán regular su organización interna y contener las normas que aseguren su adecuado funcionamiento. De ello se desprende que el Coordinador goza de autonomía

organizativa, por cuanto su ordenación básica viene determinada por la ley, mientras que su organización interna queda entregada al ámbito decisorio del Consejo, sin injerencia alguna de otros órganos estatales.

Finalmente, en cuanto a la *autonomía normativa*, el Coordinador cuenta con esta desde la perspectiva de sus estatutos, dado que estos han de contener normas que aseguren el adecuado funcionamiento del órgano, sin que se aprecien injerencias de la autoridad administrativa. Asimismo, cuenta con tal atribución para la fijación de procedimientos internos, si bien solo para determinar: (i) las normas internas que rijan su actuar; (ii) las comunicaciones con las autoridades competentes, los coordinados y el público en general; y (iii) las metodologías de trabajo y requerimientos de detalle que sean necesarios para el adecuado cumplimiento y ejecución de sus funciones y obligaciones (artículo 72º-4 de la LGSE). Ahora bien, los referidos procedimientos internos deben ajustarse a las disposiciones de la ley, el reglamento, normas técnicas que dicte la CNE y demás normativa vigente.

Tras los desarrollos efectuados no podemos sino sostener que si bien el Coordinador no es un organismo totalmente autónomo, sí cuenta con un elevado grado de autonomía tanto respecto del Presidente de la República como de las autoridades administrativas del sector eléctrico, que lo posiciona en una excepcional situación de separación del poder de la autoridad central.

## 4. El Coordinador como agencia independiente

A partir de las conclusiones precedentes, un análisis del régimen normativo del Coordinador permite cuando menos cuestionarse su consideración como corporación, ya que no se aprecia el factor personal inherente a ellas (*universitas personarum*) (Ariño, 1973, p. 38); en efecto: (i) carece de miembros sino que sólo posee un Consejo Directivo de naturaleza administrativa; (ii) sus administradores no son elegidos por sus miembros, sino que por terceros; (iii) sus funciones vienen impuestas por la ley y la autoridad ejecutiva por la vía reglamentaria; y (iv) su financiamiento no corresponde a sus miembros, sino que a terceros. Desde esta perspectiva, en rigor, los CDEC se asemejaban más a una corporación de

Derecho Público que el Coordinador.

Tales aspectos acercan al Coordinador a la categoría de fundación —institución— de Derecho Público, en la que no existen miembros, sino que la creación del ente por parte de una autoridad superior, que establece los fines a los cuales aquél habrá de estar avocado, sin que existan miembros que integren el referido ente. Sin embargo, una revisión de las características del coordinador también permite verificar la concurrencia de algunos elementos que, al menos dogmáticamente, son ajenos a la configuración tradicional de las fundaciones —instituciones— de Derecho Público: (i) el ente está

llamado a darse sus propios estatutos, en condiciones que en las fundaciones los mismos vienen asignados por el fundador; (ii) su administración está radicada en un Consejo Directivo cuyos miembros no son designados por la autoridad creadora del organismo, sino que surgen en virtud de procesos públicos y abiertos; y (iii) el creador del Coordinador no es quien lo financia, sino que son terceros ajenos a él.

Como se puede apreciar, existe una mezcla de características que hace que el coordinador no pueda ser considerado *stricto sensu* ni como corporación ni fundación —institución— de Derecho Público. Lo anterior, por cuanto las exigencias de independencia y autonomía requeridas para el adecuado cumplimiento de sus funciones han motivado la desviación respecto de los elementos típicos de las corporaciones, adoptándose, en aquello que resulta útil, ciertos elementos típicos de las fundaciones. Quizás hubo cierta inercia por parte del legislador al seguir las experiencias comparadas, en donde la organización del coordinador eléctrico como corporaciones de Derecho Privado sin fines de lucro suele ser bastante recurrente (al respecto, Aylwin *et al* 2015, 77, 132, 144, 151, 159, 167 y 176). En todo caso, el trasvase de elementos típicos entre corporaciones y fundaciones es de común ocurrencia (García & Fernández, 2008, p. 395), dada la necesidad de adecuar

las estructuras organizativas básicas existentes a las particulares circunstancias que detonan la decisión de creación del ente, por lo que tal mixtura no parece en principio ajena a la realidad organizativa administrativa.

Así, cabe plantearse si el Coordinador puede encuadrarse de mejor forma en la categoría doctrinal de las *agencias independientes*. Estas se han definido (Cordero 2015, p. 214-215. En relación a estas es posible consultar en la doctrina comparada, Pomed 1993, pp. 139-141; Magide 2000, pp. 33-136; Fernández 2003, *passim*. Y en nuestra doctrina, *vid.* García & Verdugo 2010, *passim*; Cordero & García 2012, *passim*) como organismos públicos que desarrollan funciones propias de la Administración activa y que cuentan con una considerable autonomía frente al Gobierno y el resto de la Administración, los que carecen a su respecto de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la Administración institucional instrumental, dado que actúan en ámbitos de trascendencia económica, política o social, en donde resulta indispensable que exista desvinculación del centro administrativo de decisión.

Si bien estas no existen en nuestro ordenamiento con un tipo específico de organismo administrativo, el particularísimo régimen normativo con que se ha dotado al Coordinador permite considerarlo como integrante de dicha categoría doctrinal.

## 5. Conclusiones

La creación del Coordinador como corporación autónoma de Derecho Público solucionó varios de los problemas existentes bajo la legislación anterior a la Ley N° 20.936, acentuando —según nuestra comprensión— la independencia del ente respecto de los partícipes del sistema y mercado eléctrico y asegurando su autonomía organizativa, institucional y normativa en relación al poder público, si bien con ciertos matices que, en todo caso, no permiten afirmar, al menos en este momento, un menoscabo relevante a este atributo.

Desde dicha perspectiva y atendida la ausencia de un sustrato personal que justifique su consideración como corporación, así como la concurrencia de elementos

típicos de las fundaciones —instituciones— públicas, el Coordinador parece más bien encuadrable en la categoría dogmática de las agencias independientes. Ello, dada la especificidad técnica de las funciones de la institución y la ausencia de vínculos de dependencia y supervigilancia o tutela por parte del Presidente de la República derivada de su exclusión expresa de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado. Sin embargo, dado que indudablemente la institución ejerce potestades públicas, su exclusión parece afecta a un vicio de inconstitucionalidad formal, debido a la omisión del trámite de control preventivo de constitucionalidad necesario por haberse modificado en estos puntos la LBGAE.

## Referencias

- Ariño, G. (1973). Corporaciones profesionales y Administración pública. *Revista de Administración Pública*, 72, 27-72.
- Aylwin, A. (1989). Principios de la Ley Orgánica de la Administración del Estado y pautas para el análisis de su Título I. *Revista Chilena de Derecho*, 16 (2); 395-422.
- Aylwin, A., Mardones, M., Cannoni, N., & Mendoza, D. (2015). *Personificación jurídica del Centro de Despacho Económico de Carga del Sistema Interconectado del Norte Grande (CDEC-SING)*. Recuperado de <[http://cdec2.cdec-sing.cl/pls/portal/cdec.pck\\_web\\_cdec\\_sing.sp\\_pagina?p\\_id=5062](http://cdec2.cdec-sing.cl/pls/portal/cdec.pck_web_cdec_sing.sp_pagina?p_id=5062)>
- Breger, M. & Edles, G. (2015). *Independent Agencies in the United States: Law, Structure, and Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Caballero, R. (2003). *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Camacho, Gladys (2010): *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad sustancial de la Administración del Estado*, Tomo IV (Abeledo Perrot, Legal Publishing, Chile).
- Claro, Luis (1927). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Personas, Tomo Quinto*. Santiago: Imprenta Cervantes.
- Comisión Asesora para el Desarrollo Eléctrico (2011). *Informe Final del Comité Asesor para el Desarrollo Eléctrico (CADE)*.
- Comisión Nacional de la Reforma Administrativa (CONARA) (1981). *Políticas de la Comisión Nacional de la Reforma Administrativa*.
- Cordero, E. (2012). La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía. AA.VV., *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012)* (pp.15-33). Santiago: Contraloría General de la República de Chile.
- Cordero, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- Cordero, L. & García García, J. (2012). Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las Superintendencias. *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales, Vol.2*, 415-435.
- Correa, J. (2011). *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing.
- Daniel, M. (1985). *La organización administrativa en Chile. Bases fundamentales*, 2ª ed. Actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Daniel, M. (1986). Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica Constitucional de la Administración del Estado. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 10; 435-454.
- De la Quadra-Salcedo, T. (2006). Diez años de legislación energética en España. En: J. L. García Delgado & J. C. Jiménez, (Eds.), *Energía: del monopolio al mercado. CNE, diez años en perspectiva* (pp.307-352). Madrid: Thomson Civitas.
- Dillon, T. (1979). Title I of PURPA: The Effect of Federal Intrusion Into Regulation of Public Utilities. *William and Mary Law Review*, Vol.21, 491-519.
- Domper, M. L. (2002). Comentarios al proyecto de ley corta en materia de servicios eléctricos. En *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 2, 385-394.
- Evans, E. (2002). Los Centros de Despacho Económico de Carga – CDEC – y la solución de divergencias en el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N°2, 403-407.
- Fernández, J. (1981). *Régimen jurídico de la administración municipal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Fernández, G. (2003). La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América. *Vniversitas*, 106, diciembre, 177-205.
- Ferrada, J. C. (2001). La Administración Pública en la estructura de poder del Estado: algunas reflexiones iniciales. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco*, N° II, diciembre, 7-23.
- Ferrada, J. C. (2013). *Informe en Derecho. Acerca de las facultades de los órganos públicos y entes privados para disponer procedimientos y normas técnicas para imponer medidas coercitivas en contra de empresas generadoras de energía eléctrica, en caso de incumplimiento del balance de transferencia económicas de energía de otra empresa generadora*.
- Ferrada, J. C. y Tapia, J. (2015). Potestades públicas y ámbito privado en el sector eléctrico chileno: el caso de los CDEC como organismos autorreguladores. *Revista Chilena de Derecho*, Vol.42, N°1, 123-151.
- Ferrara, F. (2006). *Teoría de las personas jurídicas*. Traducida de la segunda edición revisada italiana por E. Ovejero y Maury. Granada: Comares.
- Fisher, L. (2014). *The Law of the Executive Branch: Presidential Power*. Oxford: Oxford University Press.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14ª ed. Madrid: Thomson Civitas.
- García, J. & Verdugo, S. (2010). De las Superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio. *Revista Actualidad Jurídica*, N°22, julio, 263-305.
- García, G. & Contreras, P. (2014). *Diccionario Constitucional Chileno*. Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°55, Chile.

- Greenfield, D. & Kwoka, J. (2010). The Cost Structure of Regional Transmission Organizations, *Northeastern University*. Recuperado de: <[http://warrington.ufl.edu/centers/purc/purcdocs/PAPERS/TRAINING/events/PPRC/0310\\_PPRC/The\\_Cost\\_Structure.pdf](http://warrington.ufl.edu/centers/purc/purcdocs/PAPERS/TRAINING/events/PPRC/0310_PPRC/The_Cost_Structure.pdf)>
- International Energy Agency (2009). *Chile Energy Policy Review 2009* (OECD/IEA, France).
- Jankauskas, V. (2014). Implementation of different unbundling options in electricity and gas sectors of the CEE EU member states. *Energetika*, V.60, N°1, 44-53.
- Koch, C. (2005). Collaborative Governance in the Restructured Electricity Industry. *Wake Forest Law Review*, Vol. 40, 589-615.
- Kroes, N. (2008). Improving competition in European energy markets through effective unbundling. *Fordham International Law Journal*, Vol.31, 1388-1441.
- Lecaros, R. (2001). Resolución de controversias en un CDEC. *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*, N°3,783-786.
- Letelier, R. (2011). El Instituto Nacional de Derechos Humanos y la gestión de su auctoritas. *Anuario de Derecho Público*, N° 1, 151-166.
- Leyton, S. (2014). Licitaciones ERNC bajo la Ley N°20.698. Lecciones del *Renewable Auction Mechanism* de California. *Actas de Derecho de Energía, ADEner*, N° 4, 21-38.
- Magide, M. (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Mardones, M. y Carrasco, J. (2014). Los Centros de Despacho Económico de Carga como entidades que ejercen potestades públicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 18 [enero-junio], 153-182.
- Marlette, C. (1997). FERC Open Access Transmission Rule and Utility Bypass Cases. *Natural Resources Journal*, Vol.37, 125-139.
- Núñez, M. (2007). Las universidades estatales y la construcción unitaria del principio de autonomía universitaria: Ensayo de una crítica a la jurisprudencia constitucional chilena. *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 2, 223-249.
- Oelckers, O. (1996). Los necesarios avances en el proceso de regionalización a través de los principios jurídicos que la sustentan. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII, 339-356.
- Pajuelo, B. (2009). La gestión técnica del sistema. El operador del sistema. Los procedimientos de operación. En: S. Muñoz Machado *et al* [dir.], *Derecho de la Regulación Económica, III, Sector Energético, Tomo I* (pp.445-492). Madrid: Iustel.
- Pantoja, R. (1998). *La organización administrativa del Estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Parejo, L. (2008). *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª ed. (Tirant Lo Blanch, España).

- Pomed, Luis (1993). Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes. *Revista de Administración Pública*, N°132, 117-169.
- Reyes, J. (2013). *Introducción al Derecho Administrativo General*. Santiago: Legal Publishing- Thomson Reuters.
- Reyes, G., y Soto, E. (1980). *Régimen Jurídico de la Administración del Estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Rojas, C. (2014). *Las potestades administrativas en el Derecho Chileno. Un estudio dogmático-jurídico en torno a su configuración, estructura y efectos*. Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- Rudnick, H. (2006). Un nuevo operador independiente de los mercados eléctricos chilenos. *Revista de Estudios Públicos*, N° 101, 1-26.
- Rudnick, H.; Mocárquer, S. & Cerda, S. (2005). Propuestas sobre sanciones y multas en el mercado eléctrico chileno. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 14, 31-51.
- Sepúlveda, E. (2010). *Sistemas y mercado eléctricos*. Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing.
- Serra, P. (2002). Regulación del sector eléctrico chileno. *Revista Perspectivas*, 6 (1), 11-43.
- Silva, E. (1995). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Tomain, J. & Cudahy, R. (2011). *Energy Law in a Nutshell*, 2nd ed. St Paul, MN: West Nutshell Series.
- Valdivia, J. M. (2006). Teoría del órgano y responsabilidad pública en la ley de bases de la Administración del Estado. *Revista de Derecho*, XIX (2), diciembre, 133-159.
- Verdugo, S. (2010). Inaplicabilidad y vicios de forma. ¿un problema resuelto? *Revista de Derecho*, XXIII (2), 83-112.
- Vergara, A. (2004). *Derecho Eléctrico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Vergara, A., Sanz de Undurraga, G. & Cañas, E. (2016). ¿Hacia un despotismo administrativo en el sector energía? Comentarios al proyecto de ley que establece nuevos sistemas de transmisión de energía y crea organismo coordinador independiente. *Mirada Jurídica N°1*, Mayo, 1-18.
- Vince, C. et al (2006). What is happening and where in the world of RTOS and ISOS. *Energy Law Journal*, Vol.27, 65-145.
- Warwick, W.M. (2002). *A Primer on Electric Utilities, Deregulation, and Restructuring of U.S. Electricity Markets*. Washington, D.C: U.S. Department of Energy.
- Zapata, P. (2008). *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Zúñiga, F. (2007) Autonomías constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la «democracia constitucional»). *Ius et Praxis*, 13 (2), pp.223-244.

## Normativa citada

### Chile

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, del Ministerio del Interior, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, Diario Oficial, 26 de julio de 2006.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, 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, Diario Oficial, 17 de noviembre de 2001 (LBGAE).

Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, fija Texto Refundido, Sistematizado y Concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican, Diario Oficial, 19 de diciembre de 1997.

Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20.018, del Ministerio de Minería, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos en materia de Energía Eléctrica, Diario Oficial, 05 de febrero de 2007 (LGSE).

Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2004, de Hacienda, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo, Diario Oficial, 16 de marzo de 2005.

Decreto Ley N° 1.078, Fija Normas sobre Autoridad Monetaria, Diario Oficial, 28 de junio de 1975.

Decreto Ley N° 1.097, Crea la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Diario Oficial, 25 de julio de 1975.

Decreto N° 100, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República, Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.

Ley N° 15.840, que Aprueba Organización y Funciones del Ministerio de Obras Públicas, Diario Oficial, 09 de noviembre de 1964.

Ley N° 1.552, Código de Procedimiento Civil, Diario Oficial, 30 de agosto de 1902.

Ley N° 15.720, Crea una Corporación Autónoma con Personalidad Jurídica y Derecho Público y Domicilio en Santiago, denominada Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, Diario Oficial, 01 de octubre de 1964.

Ley N° 16.746, Crea Premio Nacional de Ciencia, Diario Oficial, 14 de febrero de 1968.

Ley N° 17.301, crea corporación denominada Junta Nacional de Jardines Infantiles, Diario Oficial, 22 de abril de 1970.

Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.

Ley N° 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, Diario Oficial, 30 de julio de 2003.



Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, Diario Oficial, 20 de agosto de 2008.

Ley N° 20.405, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, Diario Oficial, 10 de diciembre de 2009.

Ley N° 20.564, que Establece Ley Marco de los Bomberos de Chile, Diario Oficial, 03 de febrero de 2012.

Ley N° 20.936, que modificó la Ley General de Servicios Eléctricos estableciendo un nuevo sistema de transmisión eléctrica y creando un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional, Diario Oficial, 20 de julio de 2016.

D.S. N° 291, de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Reglamento que Establece la Estructura, Funcionamiento y Financiamiento de los Centros de Despacho Económico de Carga, Diario Oficial, 04 de agosto de 2008.

D.S. N° 930, de 1967, del Ministerio de Obras Públicas, crea el Instituto Nacional de Hidráulica, Diario Oficial, 04 de enero de 1968.

### Estados Unidos

*Federal Power Act of 1935*

*Public Utility Holding Company Act of 1935*

*National Energy Act of 1978*

*Public Utilities Regulatory Policies Act of 1978*

*Energy Policy Act of 1992*

*FERC Order N° 888, Promoting Wholesale Competition Through Open Access Non-discriminatory Transmission Services by Public Utilities; Recovery of Stranded Costs by Public Utilities and Transmitting Utilities.*

*FERC Order N° 889, Open Access Same-Time Information System and Standards of Conduct.*

*FERC Order N° 2000, Regional Transmission Organizations.*

Perú

Ley N° 28.832, que aprobó la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

### Unión Europea

Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre Normas Comunes para el Mercado Interior de la Electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

### Jurisprudencia citada

Compañía Eléctrica Tarapacá S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (1999): Corte Suprema, 6 de octubre de 1999 (Rol N°3433-99).

Arauco Generación S.A., AGSA con Superintendencia de Electricidad y Combustible (2005): Corte Suprema, 8 de noviembre de 2005 (Rol N°4.404-2005).

HQI Transelec Chile S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustible (2010): Corte Suprema, 25 de enero de 2010 (Rol N° 7130-09).

Enap Refinerías S.A. y otros con Superintendencia de Electricidad y Combustible (2012): Corte Suprema, 20 de noviembre de 2013 (Rol N°822-2012).

Sentencia TC Rol N° 78 (1989): Tribunal Constitucional, 20 de septiembre 1989.

Sentencia TC Rol N° 115 (1990): Tribunal Constitucional, 03 de diciembre 1990.

Sentencia TC Rol N° 144 (1992): Tribunal Constitucional, 24 de marzo 1992.

Sentencia TC Rol N° 154 (1992): Tribunal Constitucional, 15 de septiembre 1992.

Sentencia TC Rol N° 185 (1994): Tribunal Constitucional, 28 de febrero 1994.

Sentencia TC Rol N° 216 (1995): Tribunal Constitucional, 17 de julio 1995.

Sentencia TC Rol N° 320 (2001): Tribunal Constitucional, 16 de febrero 2001.

Sentencia TC Rol N° 400 (2003): Tribunal Constitucional, 18 de diciembre 2003.

Sentencia TC Rol N° 403 (2004): Tribunal Constitucional, 10 de marzo 2004.

Sentencia TC Rol N° 425 (2004): Tribunal Constitucional, 20 de octubre 2004.

Sentencia TC Rol N° 995 (2007): Tribunal Constitucional, 18 de diciembre 2007.

Sentencia TC Rol N° 1.024 (2008): Tribunal Constitucional, 01 de julio 2008.

Sentencia TC Rol N° 1.051 (2008): Tribunal Constitucional, 10 de julio 2008.

Sentencia TC Rol N° 1.153 (2008): Tribunal Constitucional, 30 de septiembre 2008.

Sentencia TC Rol N° 1.295 (2008): Tribunal Constitucional, 06 de octubre 2008.

Sentencia TC Rol N° 1.595 (2010): Tribunal Constitucional, 28 de enero 2010.

Sentencia TC Rol N° 1.669 (2010): Tribunal Constitucional, 15 de marzo 2010.

Sentencia TC Roles Nos 1.732 (2010) y 1.800 (2010) (acumulados): Tribunal Constitucional, 21 de junio 2010.

Sentencia TC Rol N° 2.367 (2012): Tribunal Constitucional, 16 de enero 2012.

Sentencia TC Rol N° 2.788 (2015): Tribunal Constitucional, 05 de marzo 2015.

Sentencia TC Rol N° 2.981 (2016): Tribunal Constitucional, 31 de marzo 2016.

Dictamen N° 56.062 (1966): Contraloría General de la República, 26 de julio 1966.

Dictamen N° 3.063 (1970): Contraloría General de la República, 14 de enero 1970.

Dictamen N° 1.418 (1977): Contraloría General de la República, 10 de enero 1977.

Dictamen N° 18.128 (1978): Contraloría General de la República, 04 de abril 1978.

Dictamen N° 54.080 (1978): Contraloría General de la República, 28 de septiembre 1978.

Dictamen N° 35.831 (1980): Contraloría General de la República, 23 de septiembre 1980.

Dictamen N° 36.328 (1981): Contraloría General de la República, 04 de noviembre 1981.

Dictamen N° 16.837 (1982): Contraloría General de la República, 31 de mayo 1982.

Dictamen N° 29.461 (1985): Contraloría General de la República, 20 de diciembre 1985.

Dictamen N° 13.317 (1987): Contraloría General de la República, 08 de mayo 1987.

Dictamen N° 36.339 (1988): Contraloría General de la República, 07 de octubre 1988.

Dictamen N° 8.576 (1989): Contraloría General de la República, 03 de abril 1989.

Dictamen N° 679 (1992): Contraloría General de la República, 13 de enero 1992.

Dictamen N° 9.283 (1992): Contraloría General de la República, 16 de abril 1992.

Dictamen N° 28.091 (1992): Contraloría General de la República, 13 de noviembre 1992.

Dictamen N° 27.951 (1993): Contraloría General de la República, 19 de octubre 1993.

Dictamen N° 1.387 (1994): Contraloría General de la República, 13 de enero 1994.

Dictamen N° 47.500 (2004): Contraloría General de la República, 21 de septiembre 2004.

Dictamen N° 1.771 (2005): Contraloría General de la República, 13 de enero 2005.

Dictamen N° 29.205 (2009): Contraloría General de la República, 04 de junio 2009.

Dictamen N° 70.891 (2009): Contraloría General de la República, 22 de diciembre 2009.

Dictamen N° 12.266 (2011): Contraloría General de la República, 25 de febrero 2011.

Dictamen N° 63.697 (2011): Contraloría General de la República, 07 de octubre 2011.

Dictamen N° 74.853 (2011): Contraloría General de la República, 29 de noviembre 2011.

Dictamen N° 4.727 (2012): Contraloría General de la República, 25 de enero 2012.

Dictamen N° 8.522 (2012): Contraloría General de la República, 13 de febrero 2012.

Dictamen N° 40.413 (2012): Contraloría General de la República, 09 de julio 2012.

Dictamen N° 51.013 (2012): Contraloría General de la República, 21 de agosto 2012.

Dictamen N° 38.427 (2013): Contraloría General de la República, 18 de junio 2013.

Dictamen N° 37.866 (2014): Contraloría General de la República, 29 de mayo 2014.

Dictamen N° 82.320 (2014): Contraloría General de la República, 24 de octubre 2014.

Dictamen N° 94.499 (2014): Contraloría General de la República, 04 de diciembre 2014.

Dictamen N° 31.941 (2015): Contraloría General de la República, 23 de abril 2015.

Dictamen N° 57.877 (2015): Contraloría General de la República, 21 de julio 2015.

**Jaime  
Cabeza  
Pereiro**

**Universidad de  
Vigo, España<sup>1</sup>**

jcabeza@uvigo.es

Recibido: 3.10.16

Aceptado: 1.12.16

## **La sindicación y la acción sindical en las agencias privadas de empleo: ideas deducidas de la experiencia comparada<sup>2</sup>**

### **Syndication and trade union action in private employment agencies: ideas deduced from comparative experience**

**Resumen:** La conexión entre las agencias privadas de empleo y los sindicatos pone de manifiesto en términos muy expresivos los efectos que el crecimiento de estas entidades ha producido en los mercados de trabajo. Aunque puntualmente pueden encontrar puntos de interés comunes, la relación entre unas y otros va ser casi siempre de conflicto. Los sindicatos, en su acción de representación y defensa de los trabajadores, deben procurar la equiparación de condiciones entre los trabajadores de la agencia privada de empleo y los de la empresa cliente. O incluso desarrollar ellos mismos la actividad de intermediación laboral. En todo caso, las tendencias normativas ponen de manifiesto que el amplio reconocimiento que de ellas hizo el Convenio 181 OIT pone en peligro algunos de los paradigmas sobre el trabajo decente que esta organización preconiza.

**Palabras clave:** Sindicatos, agencias privadas de empleo, representación de los trabajadores, colocación de trabajadores.

**Abstract:** The connection between private employment agencies and trade unions shows in very expressive terms the effects that the growth of these entities has caused on labor markets. Although occasionally it is possible to find some points of common interest, the relationship between them will be usually conflictive. Trade unions in its activity of representation and support of workers, must seek the equalization of working conditions between the workers of the private employment agency and the employees of the customer company. Even to develop the intermediation activity themselves. Anyway, the regulatory trends highlight that the broad recognition that ILO Convention 181 granted to these entities endangers some of the paradigms about decent work that this organization advocates.

**Keywords:** Trade unions, private employment agencies, workers' representation, placement of workers.

<sup>1</sup> Quiero mostrar mi gran alegría y agradecimiento por poder sumarme a este proyecto de revista que ahora nace. Bien consciente soy de que está destinada a ser un referente en el Derecho chileno y latinoamericano. Hago votos para que así sea, pues percibo un entusiasmo colectivo del que, desde luego, soy partícipe.

<sup>2</sup> Este estudio se integra en el desarrollo del Proyecto de Investigación del MINECO "Retos de la gestión del cambio en la empresa desde la perspectiva laboral y social", Subproyecto "Los instrumentos de protección social privada en la gestión del cambio laboral" (Referencia DER2014-52549-C4-2-R).

## 1. Ideas preliminares

Se van a tratar en este estudio las complejas y difíciles relaciones entre las organizaciones sindicales —o, más en extenso, el hecho sindical— y las agencias privadas de empleo. El lugar que estas ocupan en el mercado de trabajo y las motivaciones de las empresas clientes o de las propias agencias han propiciado un terreno adecuado hacia la desconfianza, alimentada además por el carácter atípico que siempre ostenta el trabajo intermediado. Con todo, las estrategias de una y otra parte a veces producen intereses que se cruzan: de un lado, el de las agencias, de legitimar socialmente su actividad y, del otro, el de los sindicatos, de defender los derechos de los trabajadores cedidos y, también, los de los trabajadores de las empresas usuarias.

Asimismo, será objeto de análisis el problema de la representación de los trabajadores que se ponen a disposición, desde el punto de vista del carácter bifronte de una acción representativa que debe desarrollarse ante la empresa cedente y la empresa cesionaria. A tal efecto, el análisis de los modelos comparados pondrá de manifiesto las fortalezas y debilidades de unas y otras soluciones legales. Desde otra perspectiva, se describirá la hipótesis de intermediación en el empleo por parte de las organizaciones sindicales, como réplica a la actividad de las agencias de empleo. A tal efecto, la descripción del modelo de USA pondrá de relieve algunas de las contradicciones más evidentes.

Finalmente, la explícita actividad de las agencias de empleo como sustitutorias de trabajadores que ejercen el derecho de huelga servirá de ejemplo que explicita cómo el crecimiento de estas entidades cambia la correlación de fuerzas en los modelos de relaciones laborales y, en consecuencia, precipita cambios legales cuando dicha correlación ha sido fuertemente alterada.

La relación de las agencias privadas de empleo con la afiliación y la acción sindical es controvertida y difícil. Se ha puesto de relieve, desde la perspectiva de diversos sistemas de relaciones laborales, que las empresas recurren a estas entidades, entre otros motivos, con el objetivo de evitar la sindicalización o una mayor penetración de las organizaciones sindicales (Mittlacher, 2014). Sin duda alguna, dichas empresas usuarias utilizan muchas veces a las empresas de intermediación con el fin explícito de atacar a los sindicatos (Smith & Neuwirth, 2008), como agresiva táctica antisindical. Es más, la realidad tiende a demostrar que allá donde existe un grado de sindicalización más o menos elevado resulta más problemática la implantación y desarrollo de estas entidades intermediarias (Mittlacher, 2014) y se desarrollan estrategias de limitación al recurso al empleo a través de ellas (Holst, Nachtwey & Dörre, 2010). En efecto, en no pocas ocasiones se hace necesario recurrir a medidas de conflicto para disuadir a la empresa cliente de entablar relaciones —o para renunciar a las ya establecidas— con las mismas (Gonos & Martino, 2011).

Porque la densidad en la afiliación sindical de sus trabajadores es muy baja en todos los países (Håkansson et al 2012-13). En este sentido, se ha apreciado en no pocas realidades geográficas un retroceso de la acción sindical que coincide con un repunte del recurso al empleo intermediado (Böheim & Zweimüller, 2013), coincidencia sobre la que se ha propuesto una relación causa-efecto (Hatton, 2014). Como es previsible, un descenso global a nivel internacional de la afiliación sindical<sup>3</sup> trae consigo un retroceso aún mayor en los sectores más refractarios a ella, entre los cuales, el del trabajo externalizado a través de relaciones triangulares es uno de los más claros exponentes.

<sup>3</sup> Datos al respecto en cuanto a USA, en Befort, S.F. Revisiting the black hole of workplace regulation: A historical and comparative perspective of contingent work. *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 24, no 1, 2003, p. 169.

Más allá de las circunstancias y en el estricto plano de las intenciones, se ha descrito que los empresarios han recurrido a las agencias privadas de empleo cuando una organización sindical ha pretendido implantarse en la empresa, con el fin de reducirla o desmantelarla<sup>4</sup>. O también, para presionar a la baja en la negociación colectiva u obligar a los representantes de los trabajadores a hacer concesiones en la mesa, o reemplazar a huelguistas, en los sistemas en que ello es posible, o para intimidar a los trabajadores, en particular durante el desarrollo de una huelga. O incluso, para que los propios trabajadores cedidos desempeñen un trabajo sucio contrario a los intereses de los sindicatos. Es decir, hay una interesante interacción entre el recurso al empleo intermediado y la comisión de prácticas antisindicales<sup>5</sup>.

Para la agencia privada de empleo, resulta una tarea sencilla “verificar” las convicciones sindicales de los trabajadores que pueden ser cedidos a empresas clientes y penalizarlos con el expediente de no cederlos o hacerlo en unas condiciones desfavorables para ellos. Se ha expresado con frecuencia que los trabajadores de estas entidades de intermediación son imposibles de organizar sindicalmente. Porque su salario depende en última instancia de la aprobación continuada de las dos entidades que controlan la prestación de sus servicios. Por lo que respecta a las empresas de trabajo temporal, con frecuencia se verán en la tesitura de tener que estar a los requisitos que les impongan las empresas clientes, no siempre ajustados a la legalidad (Hatton, 2014).

Aunque también se ha apuntado que, en ocasiones, las organizaciones sindicales admiten de muy buen

grado la presencia de trabajadores cedidos cuando los permanentes de la empresa usuaria por ellas representados tienen garantizadas unas condiciones sustancialmente mejores. En tales situaciones, aquellos son percibidos, en la práctica, como una barrera o salvaguarda ante eventualidades de excedentes de mano de obra o despidos colectivos, pues serán sin duda los primeros afectados (Böheim & Zweimüller, 2013).

Todo ello es así porque, evidentemente, es mucho más difícil que los trabajadores de estas entidades se afilien y se involucren en la acción sindical a causa de su más precaria situación (Böheim & Zweimüller, 2013)<sup>6</sup>. La penetración sindical en las agencias intermediarias de empleo constituye una tarea muy difícil y problemática en todos los sistemas de relaciones laborales<sup>7</sup> y la intermediación laboral complica considerablemente la acción sindical (Bartkiw, 2012). Los breves períodos a lo largo de los cuales los trabajadores son puestos a disposición constituyen, desde luego, una dificultad no menor. Por otra parte, sus particulares condiciones los disuaden de participar en la acción sindical, sobre todo en la más conflictiva y en la convocatoria y adhesión a huelgas (Ferreira, 2016). Pues experimentan un mayor miedo derivado de una percibida mayor exposición a las represalias por parte de ambas empresas si ejercen sus derechos colectivos (Håkansson et al 2012-13). Por ejemplo, la hipótesis de que no les ofrezcan nuevas colocaciones constituye una amenaza implícita bastante plausible. Como se ha expresado, la naturaleza esporádica y breve duración de sus puestas a disposición configura la antítesis más clara del principio de sindicación, la auténtica negación de este principio (Sukert, 1996).

---

<sup>4</sup> En cuanto a USA, y con un espectro más general, se ha afirmado que, en el contexto del centro de trabajo, un ejemplo de la importancia primaria del control y del poder es la larga y recurrente historia de vehemente ideología anti-sindical entre los empresarios. Al margen de los beneficios económicos del negocio, los empresarios norteamericanos se implican en activas campañas contra los sindicatos para mantener el control unilateral sobre el centro de trabajo, incluyendo las materias de salarios, condiciones de trabajo y decisiones estratégicas.

Véanse estas afirmaciones en Lieberwitz, R.L. (2005) *Contingent Labor: Ideology in practice*, en M.A Fineman & T. Dougherty (Eds.). *Feminism confronts homo economicus*. Ithaca: Cornell University Press, p. 325. Sobre el propósito de evitar la sindicación insito en el recurso a agencias privadas de empleo, Gonos & Martino (2011), p. 506.

<sup>5</sup> Hatton (2014), pp. 87 ss. Expresa este autor que los ataques de los empresarios a los sindicatos han sido muy amplios a partir de los años setenta. La misma idea en Sukert (2000), p. 440.

<sup>6</sup> También, Berger (1997), p. 16. En el mismo sentido, Freeman & Gonos (2005), p. 305.

<sup>7</sup> Enfatizando los problemas en USA, Bronfenbrenner (1988), p. 3.

En la práctica, las circunstancias que los rodean determinan que les sea negada una representación efectiva en el centro de trabajo (Theodore & Peck, 2014). Además, se produce un doble vacío de presencia sindical en ambos espacios en los que el trabajador cedido está implicado: en la empresa usuaria y en la propia agencia privada (Håkansson et al 2012-13).

La decisión de la empresa de recurrir a agencias es a veces reactiva de unas relaciones laborales conflictivas o, simplemente, de una situación de poder de la organización sindical que se percibe como excesivo (Böheim & Zweimüller, 2013).

Un elemento complementario consiste, desde luego, en la baja cobertura que, en general, la negociación colectiva

presta a estos trabajadores. Algunas excepciones son fáciles de explicar. Por ejemplo, en el caso de Alemania, la alta tasa de aplicación de convenios a los trabajadores cedidos se explica en la excepción al principio de igualdad de trato abierta por el art. 5.3 de la Directiva 2008/104/CE<sup>8</sup> en observancia del modelo alemán. Es decir, como los convenios colectivos pueden excepcionar y no aplicar íntegramente el principio de igualdad de trato, existe un fuerte incentivo para que las empresas negocien sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores de las agencias privadas de empleo (Ferreira, 2016). Y, para eso, en alguna ocasión las agencias privadas han negociado convenios con una organización sindical especialmente “amigable”. Lo cual, de paso, ha obligado a la firma posterior de otros acuerdos asimismo a la baja (Holst, Nachtwey & Dörre, 2010).

## 2. Postura de las organizaciones sindicales

Las organizaciones sindicales, con razón, han contemplado tradicionalmente el crecimiento de todas las formas de externalización como una amenaza de erosión de su posición en las relaciones laborales (Cotton, 2015). Se ha dicho gráficamente, en cuanto al marco de relaciones laborales de USA y a la emergencia de las agencias privadas de empleo, que la sindicalización ha sido el chivo expiatorio de la obsesión americana por la competitividad (Smith & Neuwirth, 2008). Debe reconocerse que la afiliación de los trabajadores cedidos no ha sido, y no sigue siendo en la mayoría de los marcos de relaciones laborales, una de las prioridades de las organizaciones sindicales (Håkansson et al 2012-13). Aunque también es verdad que algunas de ellas resultan, por razón de su ámbito funcional, especialmente propicias para incluir a trabajadores de agencias privadas de empleo, como es el caso de los sindicatos de comunicaciones<sup>9</sup>.

Pero, en términos generales, un paradigma actual de las relaciones laborales produce que las organizaciones sindicales se vuelquen más en los trabajadores de las agencias privadas de empleo<sup>10</sup>. Por ejemplo, los sindicatos alemanes se han concentrado en la negociación de convenios colectivos adecuados que no se aparten —o lo hagan del menor modo posible— del principio general de igualdad de trato e iguales condiciones de trabajo predicado por la Directiva 2008/104/CE, en la disminución de la utilización del trabajo intermediado y en campañas de afiliación de trabajadores de agencias privadas de empleo (Ferreira, 2016). Es, en la práctica, una estrategia dual, basada en una oposición a la presencia de estas entidades, pero matizada por el intento de afiliar a sus trabajadores. Igualmente, los sindicatos suecos han pugnado, para evitar la devaluación salarial, por introducir en los convenios cláusulas que equiparan el salario de los trabajadores cedidos con el promedio del que disfrutaban

<sup>8</sup> Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 noviembre 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Dispone dicho precepto que “los Estados miembros, tras consultar a los interlocutores sociales, podrán ofrecerles, al nivel apropiado y observando las condiciones establecidas por los Estados miembros, la posibilidad de mantener o celebrar convenios colectivos que, siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, contemplen acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, que puedan ser diferentes de los contemplados en el apartado 1”. Esto es, se trata de exceptuar la aplicación del principio de igualdad de trato a través de los convenios colectivos.

<sup>9</sup> Así lo destacan en relación con el Reino Unido Håkansson, Isidorsson, Pond, Sol, E.; Teissier, Unterschütz, Warneck (2009), p. 74.

<sup>10</sup> Así ha sucedido en Alemania a partir de 2007, como expresa Ferreira (2016), p. 125.

los trabajadores de la empresa usuaria que desarrollan una tarea similar (Håkansson & Isidorsson, 2014). Por su parte, en el Reino Unido el *Trade Union Congress* (TUC) ha recomendado a sus entidades e individuos asociados que no firmaran convenios colectivos con las agencias, pero más tarde ha matizado esta postura ante el fuerte desarrollo que han experimentado (Böheim & Zweimüller, 2013)<sup>11</sup>.

La evolución de la postura de los sindicatos denota una progresiva percepción de que las agencias de empleo no son elementos coyunturales, sino estructurales del mercado de trabajo a lo largo y ancho de la economía globalizada. El objetivo estratégico consiste, pues, en combatir la explotación o las malas condiciones de trabajo y defender, con ello, la postura de todos los trabajadores afiliados, ya los contratados directamente por la empresa usuaria, ya los cedidos a través de puestas a disposición. Se ha dicho, en este sentido, que priorizar la organización y la afiliación de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal constituye una cuestión de supervivencia y futuro para las organizaciones sindicales (Cotton, 2015). Pero, con esta postura, en el fondo se ha producido una aceptación de los sindicatos hacia este tipo de entidades (Håkansson et al 2012-13)<sup>12</sup>. Incluso en algunos escenarios se ha admitido que son necesarias para abrir espacios de flexibilidad en el medio y largo plazo (Håkansson et al 2012-13).

La doctrina ha puesto de manifiesto, en este sentido, que los sindicatos, al menos en el espacio europeo y sin perjuicio de las distintas culturas de relaciones laborales de cada marco interno, se muestran como

entidades inclusivas, que pretenden atraer también a los trabajadores precarios y vulnerables. Cuestión distinta es que cuenten con la fuerza negociadora suficiente como para representar eficazmente a los trabajadores de las agencias privadas de empleo (Benassi, Ch. y Vlandas, 2016). Con todo, no cabe duda de que las mismas condiciones conseguidas para los *insiders* deben servir de guía y referencia para negociar las de los trabajadores puestos a disposición.

Ahora bien, la penetración sindical en este sector tan particular no hace aventurar una fluida relación con las partes patronales. La postura de los sindicatos solo puede ser preludio de una limitada acción común. Así, se ha expresado que la relación entre ambos interlocutores no puede ser más que un matrimonio de conveniencia (Cotton, 2015). Bien es cierto que, en el ámbito europeo, todas las transacciones previas a la aprobación de la Directiva 2008/104/CE podrían hacer pensar lo contrario. Y en diversos sistemas se han desarrollado unas prácticas negociadoras bastante considerables entre los sindicatos y las agencias privadas de empleo<sup>13</sup>.

Por lo que respecta a la parte empresarial, su situación es diversa atendiendo a las distintas realidades. Hay modelos en los que no se involucra de forma apreciable en las negociaciones colectivas, sino que más bien funciona como grupo de presión ante las instituciones públicas y privadas, como es el caso del Reino Unido (Håkansson et al 2012-13). Pero, en términos generales, puede apreciarse una campaña hacia la mejora de su consideración social frente a empresas y trabajadores (Smith & Neuwirth, 2008).

---

<sup>11</sup> La actuación del TUC puede calificarse como realista: de ignorar a estas entidades, ha pasado a postular que se cumplan en ella los estándares laborales y a promover una cierta labor de vigilancia por parte de todos los actores sociales. Consecuentemente, las organizaciones sindicales han suscrito acuerdos con las agencias privadas más importantes, como han sido los casos de los firmados con Manpower y con Addeco, por los cuales ambas entidades reconocen al sindicato Unite. Aunque también hay que apreciar un claro interés de aquéllas hacia el reforzamiento de su responsabilidad social corporativa. Claramente, todos estos acuerdos pueden calificarse, en todo caso, de parciales e insuficientes.

Véase, en tal sentido, Arbitration Conciliation and Advisory Service (2011) p. 8.

<sup>12</sup> Ponen de manifiesto que en Holanda, vg., los sindicatos dejaron de hacer campaña contra las agencias privadas de empleo a partir de los años ochenta del siglo pasado.

<sup>13</sup> Describiendo la experiencia canadiense, Bartkiw (2012), p. 471.



### 3. Modelos de representación de los trabajadores de agencias privadas de empleo

Los trabajadores de las agencias privadas de empleo se encuentran en una posición bifronte también a efectos representativos. Aparentemente, sus condiciones de trabajo deberían de estar más ligadas a las que corresponden en la empresa usuaria, de acuerdo con un elemental principio de equidad. De tal modo que sería necesaria la proximidad representativa, en el centro de trabajo en el que prestan servicios. Sin embargo, algunos aspectos deberían de negociarse con la agencia privada de empleo (Håkansson et al 2012- 13).

Los modelos se basan en todo caso en las particularidades de cada sistema de relaciones laborales. En el modelo de Suecia, por ejemplo, los sindicatos se organizan con base en los sectores productivos. De tal modo que todos los trabajadores del centro de trabajo están afiliados a la misma organización, aunque hay una diferencia muy arraigada entre empleados de mano de obra directa por un lado y empleados cualificados y de oficina por el otro. Pero, en el caso de los trabajadores cedidos, como prestan servicios en diversos centros de trabajo y actividades productivas, no es sencillo precisar las reglas sobre qué sindicato debe afiliarlos. En la especialidad que envuelve su realidad laboral, tampoco es claro que puedan ser representados por el sindicato que corresponde en la empresa usuaria. En consecuencia, las organizaciones sindicales se ven en la tesitura de explorar nuevos caminos para representar a dichos trabajadores (Håkansson & Isidorsson, 2014). Es, pues, la organización sindical característica del sistema sueco la que dificulta la acción representativa en las empresas de trabajo temporal (Håkansson & Isidorsson, 2014). La cual, unida a la poco consolidada vocación del sindicato de desplegar su actividad en estos ámbitos, explica la baja sindicación en los mismos. Se hace difícil organizar reuniones y actividades para los trabajadores de agencias privadas. Además, en una misma agencia es posible que confluyan afiliados a diversos sindicatos. Y, por lo general, los sindicatos de la empresa usuaria no están en condiciones de representar a los trabajadores cedidos (Håkansson et al 2012-13).

Por lo que respecta a Francia, los trabajadores cedidos computan en la empresa cliente a los efectos de la elección de los órganos de representación de los trabajadores. Además, votan en las elecciones de la agencia de empleo siempre que puedan acreditar un período mínimo de tres meses de antigüedad en los últimos doce anteriores a la confección de las listas electorales. Y para poder presentar su candidatura se requieren seis meses de prestación de servicios. Por lo demás, la negociación colectiva aborda temas como la utilización del crédito de horas o el período máximo entre cesiones que no extingue el mandato representativo de los trabajadores de estas agencias. Incluso se observa la posibilidad de que se utilicen horas de representación durante los periodos entre puestas a disposición. Adicionalmente, se contempla en algún caso una presunción de extinción de mandato cuando no haya habido cesiones durante un período de tres meses. Y, de nuevo en cuanto a la normativa legal, se les aplican las reglas sobre protección en caso de despido establecidas para los representantes en las empresas ordinarias (Håkansson et al 2012-13).

En el sistema holandés, las partes sociales se han organizado en las agencias privadas de empleo como un sector diferenciado más, y han llegado a un acuerdo de eficacia estrictamente obligacional de no competir con bajos salarios y *dumping social*. Ahora bien, no hay sindicatos específicos para las empresas cedentes, aunque sí una organización empresarial que defiende sus intereses específicos. Existe un convenio colectivo de sector que cubre a la inmensa mayoría de los trabajadores, que concurre con otro de más limitada aplicación. En cuanto a la representación a través de los comités de empresa, han de existir en las empresas de cincuenta o más trabajadores. En la empresa usuaria, los trabajadores cedidos ostentan los derechos de participación, información y consulta siempre que alcancen veinticuatro meses de prestación de servicios en ella. De tal modo que deben distinguirse los derechos de representación en la empresa cedente y en la cesionaria. En aquélla, existen comités que representan tanto a los trabajadores

de oficina como a los que son puestos a disposición de las entidades usuarias, aunque separados para ambos colectivos. Y votan quienes tengan una antigüedad de seis meses (Håkansson et al 2012-13). En esta, además de los 24 meses antes referidos, se requieren tres años de servicios para ser elegible y 30 meses para votar. Pero computan a los efectos de la constitución de un comité de empresa una vez cumplidos dichos 24 meses<sup>14</sup>.

En cuanto al modelo de USA, ha habido una polémica muy fuerte en torno a la conformación de unidades de negociación que reunieran a los trabajadores de la agencia privada de empleo y a los de la empresa cliente. En principio, debería reconocerse que una unidad conformada solo por los trabajadores de la agencia privada sería poco realista, pues todos ellos ostentan diversas condiciones de trabajo en función de las empresas clientes para las que prestan servicios (Van Jaarsveld, 2005-6). Hay que partir de la hipótesis de que, desde la perspectiva del modelo norteamericano, los trabajadores de la agencia privada de empleo pueden ser también trabajadores de dicha cliente<sup>15</sup>. No obstante, se ha planteado el arduo debate acerca de si una unidad que cubriera simultáneamente a los trabajadores directamente contratados y a los destacados por la agencia merecía o no el calificativo de unidad multiempresarial. Lo cual tiene una gran importancia, pues, si así fuera, y no una unidad de empresa, la negociación conjunta para ambos colectivos requeriría de la voluntad de las empresas implicadas y no podría ser decidida unilateralmente por el sindicato.

La respuesta ofrecida al respecto por el *National Labor Relations Board* (NLRB) ha sido bastante cambiante. Sin retrotraerse a antecedentes más remotos (Vaccaro, 2002), hay que hacer referencia al asunto *Sturgis (M.B. Sturgis Inc.* 331 NLRB nº 173/2000), en el que se declaró que no era necesario el consentimiento empresarial para reunir en una unidad de negociación a trabajadores empleados tan solo por el empresario y a trabajadores

empleados por el mismo y por una agencia de suministro de mano de obra. Pues todos desarrollan servicios para la misma entidad y están empleados por ella, en la que desempeñan tareas parejas y observan las mismas reglas organizativas y de seguridad y salud. En definitiva, donde estriban las diferencias es en materia salarial, contratación y promoción profesional<sup>16</sup>. Sin embargo, ese criterio fue revocado cuatro años más tarde en el asunto *Oakwood (Oakwood Care Centre 343, NLRB, nº 659/2004)*, en el que se optó por la solución contraria: la unidad que combina a ambos tipos de trabajadores constituye una unidad multi-empresa, que solo es apropiada si media el consentimiento de las entidades empleadoras<sup>17</sup>. No obstante, recientemente el NLRB ha vuelto al criterio de *Sturgis*, en el reciente asunto *Miller & Anderson (Miller & Anderson, caso 05-RC-079249, de 11 julio 2016)*. Como explica en su fundamentación jurídica, este punto de vista permite que los trabajadores temporales de la agencia se organicen conjuntamente con sus compañeros de la entidad cliente si reúnen intereses comunes, o que lo hagan por separado en caso contrario. Pone de manifiesto que, de conformidad con el anterior criterio, se limita potencialmente la capacidad de negociación de los trabajadores cedidos. Porque recuerda que muchas agencias privadas tienen diversas empresas clientes, de tal modo que los trabajadores de aquellas están divididos en varias localizaciones y sectores. Y, sobre todo, limita sus derechos de sindicación y negociación colectiva al imposibilitarles asociarse con los trabajadores de la empresa cesionaria, por más que puedan constituir —y casi siempre constituyen— una fuerte comunidad de intereses con ellos.

Por lo demás, algún órgano judicial inferior, en seguimiento de la doctrina del asunto *Sturgis* declaró que una empresa cliente estaba obligada a incluir en la unidad de negociación a los trabajadores de la agencia privada de empleo y a negociar sobre ellos con el sindicato elegido en ésta sobre sus condiciones de trabajo (Freeman & Gonos, 2005).

<sup>14</sup> Hay otros modelos que no contemplan la posibilidad de que los trabajadores cedidos computen para los órganos representativos en la empresa usuaria y que prevén que la organización sindical representativa debe constituirse en la empresa de trabajo temporal, como es el caso polaco (Håkansson, et al, 2012-13., p. 58). Aunque apuntan la posibilidad de configurar representaciones multi-establecimiento, que se constituyan al margen de las empresas. Pero en tal caso carecerían de cualquier tipo de prerrogativas y, además, irían contra-corriente de un modelo basado en la negociación colectiva de empresa (Håkansson, et al, 2012-13, p. 59).

<sup>15</sup> A partir del muy importante asunto *Vizcaino v. Microsoft*, 97 F.3d 1187 (9th Cir. 1996). Sobre él, Freeman & Gonos (2009), pp. 339 ss.

<sup>16</sup> Destacando la importancia de este pronunciamiento, Vaccaro (2002), pp. 489 ss.

<sup>17</sup> Un comentario muy crítico con esta sentencia en Recht (2005), pp. 565 ss.

## 4. Los pactos de *hiring hall* y su relación con las agencias privadas de empleo

Se ha expresado, como máxima de evidencia, que las agencias privadas de empleo progresivamente monopolizan los accesos, los “puertos de entrada” a muchas ocupaciones (Theodore & Peck). Pero también podrían hacer este papel cierto tipo de acuerdos que, en la práctica, tienen una funcionalidad similar. Se trata de los pactos de *hiring hall*, de gran tradición en el sistema de relaciones laborales de EEUU. De hecho, el declive de las agencias privadas de empleo coincidente con la 2ª Guerra Mundial tiene bastante que ver con el desarrollo y auge de este tipo de pactos entre la organización sindical y la empresa. Pactos que sí establecían sistemas transparentes de colocación y sistemas de formación y promoción profesionales. En ese sentido, se ha dicho que constituyen la antítesis y la némesis de las agencias privadas de empleo (Freeman & Gonos, 2009). Han constituido la respuesta sindical a los abusos cometidos por ellas (Freeman & Gonos, 2005).

Se han desarrollado sobre todo en dos ámbitos tan característicos como la construcción y los trabajos portuarios<sup>18</sup>. En aquella, la intermitencia del trabajo, ligada frecuentemente a la finalización de la obra, provoca, como en cualquier otra parte del mundo, que los contratos de trabajo permanentes sean la excepción y no la regla. Más en general, allá donde los trabajos son casuales, de corta duración o irregulares, esta institución ha tenido una apreciable incidencia, y ha actuado en beneficio de ambas partes del contrato, y también del sindicato pactante (Fick, 1987). La intermediación laboral tiene en estos escenarios una importancia muy evidente, sobre todo si se tiene en cuenta la distinta localización geográfica de unas y otras actividades (Bailey, 1977). A los empresarios les garantiza la mano de obra necesaria, y a los trabajadores, les facilita el tránsito de un contrato de trabajo a otro. A causa de estas funcionalidades, y a

la vista de las precarias condiciones de empleo que se producen en las agencias privadas de empleo, algunos autores han propuesto la creación de acuerdos de *hiring hall* como alternativa al recurso a aquellas<sup>19</sup>.

En este contexto, a través de convenios colectivos de duración variable, las organizaciones sindicales pueden obtener de la empresa la exclusividad o la prioridad para proveerla de los trabajadores necesarios. Y la parte empleadora dispondrá en todo caso de un colectivo de trabajadores cualificados a los que recurrir en caso necesario. Debe precisarse que no siempre se pacta por convenio, e incluso puede producirse un *hiring hall* tácitamente acordado, y puede incorporar o no un pacto de exclusividad (Fick, 1987). En todo caso, el sindicato asume con él el doble papel de representante de los trabajadores y empresario, obligado a gestionar adecuadamente la colocación en la empresa (Freeman & Gonos, 2005).

Ahora bien, la legislación y el Tribunal Supremo Federal han puesto varias cortapisas a este tipo de acuerdos, con el fin de no menoscabar en exceso la libertad de los trabajadores a la hora de seleccionar su agencia de contratación y de establecer criterios objetivos que no impliquen discriminaciones indebidas para los trabajadores. En efecto, se habían detectado no pocos abusos y prácticas discriminatorias (Freeman & Gonos, 2009) de las que quiso salir al paso la Ley Taft-Hartley (*Labor Management Relations Act*) de 1947, diseñada, entre otros objetivos, para limitar el “excesivo poder” de las organizaciones sindicales. La ley afectó de forma considerable los pactos de *hiring hall*, al exigir claridad y transparencia y poner en cuestión muchos de los acuerdos alcanzados que pretendían favorecer la afiliación sindical. Además, como quiera que se prohibió

<sup>18</sup> Sobre cómo surge y se desarrolla en el trabajo portuario, Freeman & Gonos (2009), pp. 319 ss. Y, en la construcción, pp. 324 ss.

<sup>19</sup> Así lo proponen Gonos & Martino (2011), p. 500.

el pacto de *closed-shop* del que en muchas ocasiones era instrumental, también por esta vía se debilitó, pues, salvo en el sector de la construcción, los acuerdos que exigían al empresario contratar a través de este sistema se consideraron ilegales. Por otra parte, creó nuevos ilícitos (*unfair labor practices*) de favorecimiento o disuasión para la pertenencia a un sindicato, de tal modo que el *hiring hall* ya no podría utilizarse con esta finalidad.

Por su parte, la Ley Landrum-Griffin (*Labor-Management Reporting and Disclosure Act*) de 1959 introdujo exigencias informativas y de transparencia que implicaron mayores exigencias para este tipo de pactos. De tal modo que las organizaciones sindicales están más sometidas a escrutinio y expuestas a sanciones —además, reguladas por legislación federal— de lo que lo están las agencias privadas de empleo (Freeman & Gonos, 2009). Puede decirse que hay un progresivo proceso de control y limitación de los pactos de *hiring hall* que, a modo de vasos comunicantes, va liberando de regulación las agencias privadas de empleo. Las cuales, en realidad, llegan a pactos con las empresas muy próximos a un auténtico *closed-shop* (Gonos & Martino, 2011). O, más claramente, hay una fuerte y coercible legislación que controla los pactos sindicales a nivel federal y una legislación débil y a menudo ignorada sobre las agencias privadas de empleo, diseñada a nivel estatal (Freeman & Gonos, 2009).

En concreto, en el asunto *Local 357, International Brotherhood of Teamsters v. NLRB* (365 US 667, 1961), el Tribunal Supremo declaró que no había ninguna prohibición legal hacia los *hiring hall*, siempre que no se discrimine por la pertenencia o no a un sindicato o se condicione con ellos la afiliación o el mantenimiento de la misma. Además, sobre la base de la sección 8(f)(4) de la *National Labor Relations Act* de 1935, se han considerado admisibles las preferencias que un sindicato otorga con base en la experiencia o en los años de servicio, o en

la formación acreditada, o en sistemas rotatorios. Se trata de que la prioridad en la puesta a disposición de trabajadores se base en criterios objetivos.

Aunque sirven a finalidades similares, agencias privadas y pactos de *hiring hall* guardan fuertes diferencias y contradicciones. Con estos no se trata de promover los beneficios empresariales, sino el interés común y perseguir la mejora de las condiciones de los trabajadores en empleos eventuales u ocasionales (Gonos & Martino, 2011). Los trabajadores regulados por un *hiring hall* difícilmente podrán ser considerados como vulnerables, al menos al mismo nivel que los cedidos por agencias privadas de empleo, pues tienen un mayor nivel de estabilidad laboral e ingresos que estos, salvo algunos profesionales que en las empresas intermediarias puedan disfrutar de condiciones especialmente privilegiadas. Añadiéndose además que gozar de la protección de uno de estos acuerdos entre la empresa y el sindicato y tener la cobertura de un convenio colectivo normalmente van de la mano. En este sentido, tiene cierto grado de hipocresía por parte de los empresarios el argumento de rechazar el *hiring hall* porque impide la relación directa con los trabajadores (Freeman & Gonos, 2009), a la vez que se abrazan con entusiasmo los contratos con las agencias privadas de empleo.

A partir de los años setenta del siglo pasado, la importancia del *hiring hall* se fue difuminando, totalmente superada por el rápido crecimiento de las agencias privadas de empleo. Quizá uno de los “pecados” que haya que atribuirles a las organizaciones sindicales haya sido el de no expandir estos acuerdos en el ámbito del trabajo no cualificado, en el que dichas agencias siempre encontraron el camino expedito (Gonos & Martino, 2011). Aun así, persisten no pocos acuerdos de este tipo, aunque fundamentalmente concentrados en ciertas actividades, como construcción, tráfico portuario e industria del entretenimiento (Freeman & Gonos, 2005).

## 5. La cuestión de la sustitución de los huelguistas

Aunque el Convenio 181 OIT, de 1997, sobre las agencias de empleo privadas, guarda silencio al respecto, la Recomendación homónima 188, también de 1997, expresa en su párrafo 6 que “*las agencias de empleo privadas no deberían poner trabajadores a disposición de una empresa usuaria con el fin de reemplazar a sus trabajadores en huelga*”.

Por supuesto, la mayoría de los sistemas de relaciones laborales se mantienen en el principio de prohibir la sustitución de huelguistas con trabajadores de agencias privadas de empleo<sup>20</sup>, incluso algunos de marcado corte liberal. Donde ello no es así, las prácticas han variado a lo largo del tiempo, aunque existen también prohibiciones establecidas por convenio colectivo (Spattini, 2012). Un ejemplo característico de sistema no prohibitivo es el de USA. En él, la postura tradicional de la organización empresarial de agencias de empleo consistió en prohibir formalmente que las empresas asociadas a ella cedieran a trabajadores para sustituir a huelguistas, con el evidente propósito de ganar legitimidad social y evitar el rechazo sindical. Pero a partir de mediados de los años ochenta, con el cambio en la correlación de fuerzas, dicha organización optó por una postura mucho más permisiva, que desde luego atizó el conflicto con los sindicatos (Hatton, 2014). E incluso se produce la sustitución a través de agencias en casos de cierre patronal (Hatton, 2014). Es más, algunas agencias suministradoras de mano de obra se han especializado en sustituir a trabajadores en caso de conflicto, en particular en sectores en los que la huelga crea importantes problemas organizativos. A modo de ejemplo, así ha sucedido en el ámbito sanitario, en relación con el personal de enfermería o de vigilancia de seguridad (Hatton, 2014)<sup>21</sup>.

En realidad, el Tribunal Supremo Federal ya había expresado desde 1938, el derecho de las empresas de sustituir permanentemente a los huelguistas, hasta el

punto de que esa sustitución exceptuaba la obligación de reintegrarlos a sus puestos de trabajo, salvo que dicha práctica se dirigiera específicamente a contravenir la ley (*NLRB v. MacKay Radio & Telegraph Co.*, 304 U.S.333, 345–346, 1938) En particular, sería ilegal cuando persiguiera un ánimo discriminatorio o favorecer o disuadir de la afiliación a un sindicato. En este sentido, de acuerdo con la reciente doctrina del NLRB, el ánimo de la empresa de penalizar a los huelguistas o de evitar futuras huelgas, conduce a la ilegalidad de la conducta sustitutoria (*American Baptist Homes of the West*, caso 32–CA–025247 y otros, 2016) Con una y otra intención, se represalia a los actuales huelguistas y se interfiere con la organización de un derecho protegido legalmente. Es decir, la empresa solo puede justificar el reemplazo en la necesidad de continuar normalmente con su actividad empresarial.

Lo cual tiene una importancia esencial en la sustitución a través de agencias privadas de empleo, en realidad la más amenazadora cuando se trata de sustituir a un amplio número de trabajadores. Con todo, resulta claro que con la sustitución, en particular cuando es permanente, se produce un fuerte efecto intimidatorio hacia los trabajadores huelguistas y un importante bloqueo en la organización de actividades sindicales (Hatton, 2014). Desde el punto de vista de la empresa, el recurso de agencias privadas de empleo constituye una técnica bastante más factible que la contratación directa en un momento tan concreto como es el de la convocatoria de una huelga. De modo tal que la admisión del esquirolaje a través de empresas de trabajo temporal tiene un efecto más perturbador del ejercicio del derecho de huelga (Hatton, 2014). Porque con esta técnica pueden abordarse sustituciones a gran escala. E incluso es posible bloquear a través de trabajadores de las agencias privadas la búsqueda de empleo de los huelguistas reemplazados.

<sup>20</sup> Así es, vg., en Holanda, como ponen de manifiesto Håkansson, et al (2012-2013), p. 37. O en Alemania, como destacan Antoni & Jahn (2009), p. 229.

<sup>21</sup> Un testimonio al respecto en Fidan (2010), p. 121.

Por lo demás, debe puntualizarse que determinadas legislaciones estatales de USA incluyen alguna garantía adicional. Por ejemplo, en algún caso prohíben la publicidad engañosa de las agencias de empleo e imponen que se les informe a los trabajadores la existencia de un conflicto, para que puedan evitar sustituir a huelguistas de las empresas clientes (Freeman & Gonos, 2005).

En cuanto al Reino Unido, con ocasión de la última reforma de la legislación sindical se planteó la posibilidad de remover la prohibición de sustituir a huelguistas a través de agencias privadas de empleo

y así se incluyó en el proyecto del Gobierno<sup>22</sup>, después de una consulta pública al respecto (Department for Business, Innovation & Skills, *Recruitment sector. Hiring agency staff during strike action: reforming regulation*, 15 julio 2015). Sin embargo, la fuerte oposición a esta propuesta, en particular por parte del *Trade Union Congress*, produjo que la versión final de la *Trade Union Act* de 1916 (*An Act to make provision about industrial action, trade unions, employers' associations and the functions of the Certification Officer*", 2016) no eliminara dicha prohibición, aunque este silencio no suponga que el Gobierno conservador haya abandonado su objetivo (Bogg, 2016).

## 6. Someras ideas de conclusión

La clásica relación de negociación y conflicto que es propia del ejercicio del derecho de sindicación se reproduce cuando la contraparte es una agencia de empleo. No obstante, los perfiles propios de esta actividad, que en esencia consiste en la propia prestación de servicios de los trabajadores, amplía los elementos de contradicción y reduce los de consenso. Por más que las organizaciones sindicales se vean en la necesidad de defender los derechos de los trabajadores sometidos a intermediación laboral, es razonable pensar que, en la balanza propia de la acción que desarrollan, el consenso cederá las más de las veces el paso a la acción colectiva de confrontación.

En sus aspectos más estratégicos, la representación de los trabajadores debería aunar, unitariamente, a los trabajadores de la empresa cliente y los de la agencia de empleo. Por supuesto, los de ésta oponen frente a ella intereses específicos, pero el objetivo de equiparación entre las condiciones de ambos colectivos, los cedidos y los empleados directamente por la usuaria, exige de una actividad representativa conjunta. De modo tal que los modelos legales deberían orientarse en esta dirección.

Sin duda, la intermediación laboral y la puesta a disposición no debieran ser un terreno monopolizado por determinadas entidades. En este territorio impreciso convergen agencias con ánimo de lucro y organizaciones del tercer sector. Los sindicatos, ya sea ellos mismos o de forma paritaria con las organizaciones de empleadores, deberían tener cierto papel. No obstante, el ejemplo comparado de USA enseña que los grupos de presión tienden a arrinconarlos a un protagonismo prácticamente testimonial.

Finalmente, y no menos importante, una corriente normativa que va haciéndose paso en algunos sistemas de relaciones laborales especialmente liberales tiende a cuestionar la prohibición de sustituir a los huelguistas mediante el recurso a las agencias privadas de empleo. Constituye una tendencia muy elocuente de que el Convenio 181 de OIT, a pesar de las admoniciones de su Recomendación homónima, apostó demasiado fuerte cuando dio luz verde a una expansión definitiva de estas entidades. Las cuales, contextualizadas en los sistemas de relaciones laborales, llevan en su código genético el aumento de la precariedad y de las situaciones de abuso a menos que las legislaciones internas, regionales e internacionales las sometan a un férreo control y supervisión de su actividad.

<sup>22</sup> Un comentario muy crítico a este proyecto, en Ford & Novit (2015), pp. 522 ss. Por lo que interesa a este tema, pp. 538 ss.

## Referencias

- Antoni, M. & Jahn, E.J. (2009). Do changes in regulation affect employment duration in temporary help agencies? *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 62, nº 2, 226-251.
- Arbitration Conciliation and Advisory Service (2011). *What role for trade unions in future workplace relations?* London.
- Bailey, L.W. (1977). Construction union hiring halls: Service under a collective bargaining agreement as a prerequisite to high priority referral. *William & Mary Law Review*, vol. 19, nº 2, 203-216.
- Bartkiw, T. (2012). Unions and temporary help agency employment. *Relations Industrielles*, vol. 67(3), 453-476.
- Befort, S.F. (2003). Revisiting the black hole of workplace regulation: A historical and comparative perspective of contingent work. *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 24, nº 1, 153-178.
- Benassi, C. & Vlandas, T. (2016). Union inclusiveness and temporary agency workers: The role of power resources and union ideology. *European Journal of Industrial Relations*, vol. 22 (I), 5-22.
- Berger, M., (1997). Unjust dismissal and the contingent worker: restructuring doctrine for the restructured employee. *Yale Law & Policy Review*, vol. 16. nº 1, 1-57.
- Bogg, A. (2016). Beyond neo-liberalism: The Trade Union Act 2016 and the Authoritarian State. *Industrial Law Journal*, vol. 45, Nº 3, 299-336.
- Böheim & Zweimüller, M. (2013). The employment of temporary agency workers in the UK: For or against the trade unions? *Economica*, vol. 80, 65-95.
- Bronfenbrenner, K. (1988). Unions and the contingent work force. *Interface*, vol. 17, nº 4, 1-3.
- Cotton, E. (2015). Transnational regulation of temporary agency work compromised partnership between Private Employment Agencies and Global Union Federations, *Work, Employment and Society*, vol. 29 (I), 137-153.
- Ferreira, J. (2016). The German temporary staffing industry: growth, development and resistance. *Industrial Relations Journal*, vol. 47, nº 2, 117-143.
- Fidan, E. (2010). Producing precarity: The temporary staffing agency in the labor market. *Qualitative Sociology*, vol. 33, 117-136.
- Fick, B.J. (1987). Political abuse of hiring halls: Comparative treatment under the NLRA and the LMRDA. *Industrial Relations Law Journal*, vol. 9, nº 3, 339-409.
- Fineman, M.A. & Dougherty, T. (Eds.). (2005). *Feminism confronts homo economicus*. Ithaca: Cornell University Press
- Ford, M. & Novitz, T. (2015). An absence of fairness...restrictions on Industrial Action And Protest in the Trade Union Bill 2015. *Industrial Law Journal*, vol. 44, nº 4, 522-550.

- Freeman, H. & Gonos, G. (2005). Regulating the employment sharks: Reconceptualizing the legal status of the commercial temp agency. *Working USA: The journal of labor and society*, vol. 8, 293-314.
- Freeman, H. & Gonos, G. (2009). Taming the employment sharks: The case for regulating profit-driven labor market intermediaries in high mobility labor markets. *Employment rights and employment policy journal*, vol. 13, 285-361.
- Fudge, J. & Strauss, K. (Eds.). (2014). *Temporary work, agencies and unfree labour. Insecurity in the New World of work*. New York: Routledge.
- Gonos, G. & Martino C. (2011). Temp agency workers in New Jersey's logistic hub: The case for a union hiring hall. *Working USA: The Journal of Labor and Society*, vol. 14, 499-525.
- Håkansson, K. & Isidorsson, T. (2014). The trade union response to agency labour in Sweden. *Industrial Relations Journal*, vol. 45, nº 1, 22-38.
- Håkansson, K.; Isidorsson, T; Pond, R.; Sol, E.; Teissier, C., Unterschütz, J; Warneck, F. (2009). Representation of agency workers. The representation of agency workers in Europe at national and local level in France, Netherlands, Sweden, Poland and the UK, final report, Department for Work Science. Gothenburg: University of Gothenburg.
- Hatton, E. (2014). Temporary weapons: Employers' use of temps against organized labor. *Industrial Labor Relations Review*, vol. 67 (1), 86-110.
- Holst, H., Nachtwey, O & Dörre, K. (2010). The strategic use of temporary agency work-Functional change of a non-standard form of employment. *International Journal of Action Research*, vol. 6, nº 1, 108-138.
- Mitlacher, L.W. (2007). The role of temporary agency work in different industrial relations systems –a comparison between Germany and the USA. *British Journal of Industrial Relations*, vol. 45, nº 3, 581-606.
- Recht, D. A. (2005-2006). Neither mutual aid nor protection: How current National Labor Relations Board practice denies to temporary workers their right to organize. *Connecticut Law Review*, vol. 38, Nº 3, 565 ss.
- Smith, V. & Neuwirth, E.B. (2008). *The good temp*, Ithaca: Cornell University Press.
- Spattini, S. (2012). Agency work: A comparative analysis. *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, vol. 1, nº 3-4, 169-210.
- Sukert, A. B. (2000). Marionettes of globalization: A comparative analysis of legal protections for contingent workers in the International community. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 27 (2), 431 ss.
- Sukert, A. B. (1996) Temporary employment and the imbalance of power, Developments in the Law-Employment Discrimination. *Harvard Law Review*, vol. 109, nº 7, 1568-1692.
- Vaccaro, J. (2002). Temporary workers allowed to join the unions: A critical analysis of the impact of M.B. Sturgis Decision. *St John's Journal of Legal Commentary*, vol. 16, 489-528.



Van Jaarsveld, D.D. (2005-06). Overcoming obstacles to worker representation: Insights from the temporary agency workforce. *New York Law School Law Review*, vol. 50, 355-384.

Waas, B. (2012-13). A quid pro quo in temporary agency work: Abolishing restrictions and establishing equal treatment: Lessons to be learned from European and German Labor Law. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 34, 47-62.

**Hernán  
Corral  
Talciani**

Universidad de  
los Andes, Chile

hcorral@uandes.cl

Recibido: 24.10.16

Aceptado: 1.12.16

## **El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica**

### **The right to oblivion in Internet: background and bases for its legal configuration**

**Resumen:** En el último tiempo ha ido ganando terreno el llamado “derecho al olvido” (o el derecho a ser olvidado) por el cual una persona exige eliminar de internet alguna noticia, dato o imagen que, por el transcurso del tiempo, ha perdido actualidad y, sin embargo, sigue siendo fácilmente accesible para cualquiera que consulte por el nombre de la persona aludida. Con una aceptación creciente en el ámbito eurocomunitario, despierta resistencias en los medios anglosajones por el mayor peso que estos suelen conceder a la libertad de expresión. En este trabajo se describe lo que parece ser una evolución de esta figura en tres etapas hasta llegar al actual derecho al olvido en internet o digital, con comentarios a la primera sentencia de la Corte Suprema chilena que afirma la existencia de este derecho como emanación del derecho al respeto de la vida privada y la honra de la persona. Se postula que estamos ante un derecho en fase de formación, pero que no puede ser absoluto, sino que debe compatibilizarse con otros derechos y valores fundamentales para una sociedad democrática. El principio de proporcionalidad (mínima intervención) puede ayudar a determinar las modalidades de aplicación de este derecho para atender a los intereses de quienes quieren “ser olvidados” pero sin perjudicar desproporcionadamente la libertad de expresión y el acceso a la información.

**Palabras clave:** derecho al olvido, internet, intimidad.

**Abstract:** In recent times it has been gaining ground the so-called “right to oblivion” (or the right to be forgotten) by which a person requires to remove from Internet some news, data or image which, over time, has lost topicality without but which continues being easily accessible to anyone who asks for the name of the person referred to. With a growing acceptance at the European Community level, such right provokes resistance in the Anglo-Saxon media by the greater weight the latter often grants to freedom of expression. This paper describes what appears to be an evolution of this figure in three stages up to the current right to oblivion on the Internet or digital, with comments on the first sentence of the Chilean Supreme Court affirming the existence of this right as an emanation of the right to respect a person’s private life and honor. It is argued that this right is being formed though it can not be absolute but must be reconciled with other rights and fundamental values of a democratic society. The proportionality principle (minimal intervention) can help determine the ways of implementing this right in order to serve the interests of those who want “to be forgotten” without disproportionately harming freedom of expression and access to information.

**Keywords:** the right to oblivion, Internet, privacy.

## 1. Planteamiento

La construcción de un “derecho al olvido” ha estado muy presente en los últimos años debido a una multiplicidad de reclamos de personas que pretenden que ciertas alusiones a sus actuaciones en el pasado sean eliminadas de esta especie de biblioteca universal borgiana en que se ha convertido la red de redes: internet.

Un gran impacto provocó el año 2014 la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, contra todo lo previsto, estableció que el buscador digital más importante, Google, tenía la calidad de banco de datos y, por ello, estaba sujeto a la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, sobre tratamiento de datos personales, y debía acceder a la petición de un particular de dejar de arrojar como resultados de una búsqueda asociada a su nombre una noticia antigua que le perjudicaba<sup>1</sup>.

Frente a las críticas que hicieron ver que una aplicación indiscriminada de este derecho al olvido, vendría a controlar la libertad de expresión y el derecho a la información en internet y consagrar una especie de “censura retrospectiva”, otros pronunciamientos han matizado el ejercicio de esta facultad. El debate se ha reencendido con la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que contiene una regulación expresa del “derecho al olvido” (art. 17) y que, a diferencia de la Directiva 95/46/CE, es de aplicación directa en el derecho interno de los Estados de la Unión Europea, si bien sólo entrará en vigencia en 2018.

El problema llegó ya a los estrados judiciales chilenos y fue motivo de la sentencia de la Corte Suprema de 21 de enero de 2016 (Corte Suprema, 21 de enero de 2016, rol N° 22.243-2015). Los hechos de este caso pueden ayudar a entender el conflicto jurídico que se produce entre dos derechos fundamentales: el derecho al respeto de la vida privada, por un lado, y la libertad de emitir opinión e informar, por el otro.

El 14 de agosto de 2004 el diario El Mercurio publicó la siguiente noticia: “el Ministro en visita Sergio Muñoz, sometió a proceso al Mayor (I) de Carabineros A.G.<sup>2</sup>, como presunto autor del delito de abusos sexuales contra menores [...] A.G. se desempeñó como Jefe de Contabilidad del Hospital de Carabineros hasta el año 1999 y en la 34a. Comisaría de Menores”. Los hechos se asociaban al entonces famoso “caso Spiniak”<sup>3</sup>. El 8 de septiembre de 2015, A.G. solicita por escrito al representante legal de El Mercurio, Agustín Edwards Eastman, que disponga la eliminación de dicha noticia de los motores de búsqueda del portal de internet Emol-El Mercurio *on line*, dependiente del diario. La empresa le contesta pidiendo que presente documentos válidos que constaten que ha sido sobreseído o absuelto y que firme una renuncia al ejercicio de acciones judiciales en contra del diario. No conformándose con esta respuesta, el afectado recurre de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por vulneración del derecho a la integridad psíquica (art. 19 N° 1 Const.) y del derecho a la honra y la vida privada, suya y de su familia (art. 19 N° 4 Const.). Expone que la mantención en internet de esa

<sup>1</sup> TJUE, sentencia de 13 de mayo de 2014, Google *Spain* S.L. y Google *Inc.* contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González, C131/12, disponible en /document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES (consulta 20 de octubre de 2016).

<sup>2</sup> No incluimos el nombre del recurrente para evitar contribuir al llamado “efecto Streisand”, según el cual los que recurren a la justicia buscando protección a la intimidad pueden obtenerla, pero a costa de ver incrementados los niveles de difusión y publicidad de su caso. El título proviene de una demanda de la actriz y cantante Barbra Streisand pidiendo que se retirara de internet una fotografía de su casa en Malibú que hasta entonces había tenido muy pocas visitas o descargas, y que después de la publicidad que se dio al juicio llegó a tener más de 400.000 visitas al mes: cfr. Anguita (2016), 209-210.

<sup>3</sup> Se trató de un juicio por delitos de estupro, prostitución infantil y producción de material pornográfico cuyo principal inculpado era un empresario, al que se le atribuían redes de abuso de menores en las que aparecían implicados políticos de renombre, lo que más tarde se reveló falso. El inicio del caso data del año 2003. A.G. fue condenado con 541 días de pena remitida como autor del delito de abuso sexual por sentencia del 31 de diciembre de 2010 del 34° Juzgado del Crimen de Santiago en causa rol N° 214.724- 2004, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago por sentencia de 9 de mayo de 2011, rol N° 616-2011.

noticia no le permite su reinsertión en la vida social en paz, al resultar estigmatizado con la información, afectando con ello no sólo a su persona, sino que también a toda su familia.

El diario recurrido informa que no es posible acceder a la petición de A.G. ya que de hacerlo se estaría vulnerando la libertad de información, base del ejercicio del periodismo. Por el contrario, la publicación en internet estaría amparada por el art. 19 N° 12 de la Constitución, que consagra la libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa.

Dejamos en suspenso la forma en la que las Cortes resolvieron el tema, para analizar brevemente cómo se ha ido construyendo esta figura denominada derecho al olvido (II) y cuáles han sido las sentencias más relevantes que han dado forma a su versión en internet (III). Con

esos antecedentes, volveremos a la sentencia de la Corte Suprema chilena (IV), para luego abocarnos a un intento de configuración del derecho al olvido en general (V) y del derecho al olvido en particular (VI). Finalmente, haremos unas breves reflexiones sobre las perspectivas de futuro en la aplicación digital de este nuevo derecho (VII).

Nos proponemos mostrar cómo el derecho al olvido ha ido evolucionando desde los primeros años del siglo XX y cómo con la expansión de internet ha ido cristalizando en un nuevo derecho subjetivo, derivado del derecho a la vida privada, y cuyo ejercicio debe admitirse sólo en la medida que menos lesión produzca a las libertades de expresión y de empresa. En todo caso, no pretendemos sino ofrecer una mirada panorámica del tema y aportar algunas reflexiones, todavía muy aproximadas, sobre lo que nos parece debiera ser la configuración jurídica de este novedoso derecho.

## 2. Derecho al olvido: un concepto desarrollado en tres etapas

### 2.1. El derecho al olvido en los medios

Los orígenes del derecho al olvido pueden remontarse a las primeras décadas del siglo XX, cuando la prensa y otros medios de comunicación adquieren el impacto masivo que los ha caracterizado y, en cierta manera, va de la mano de la configuración progresiva del “*right to privacy*” que emerge en el sistema jurídico estadounidense pero que se expande rápidamente a otros ordenamientos, tanto americanos como europeos (De Terwangne, 2012)<sup>4</sup>.

De esta manera, cuando en 1960 William Prosser sistematiza los casos de *torts* por violación de la *privacy* que había producido el clásico artículo de 1890 publicado por Warren y Brandeis en *Harvard Law Review* (Warren & Brandeis, 1890), identificará cuatro categorías: la intrusión en el ámbito privado de la víctima, la difusión de hechos de su vida privada, la publicación

que la coloca en una falsa luz a los ojos del público y la apropiación de las ventajas que provienen del uso de su nombre o apariencia (Prosser, 1960). Casi al final del artículo, Prosser trata del problema de volver a traer a la publicidad hechos del pasado dentro del marco de las limitaciones al privilegio de la prensa de informar sobre hechos privados de figuras públicas. Se plantea entonces lo que llama una “*troublesome question*” —pregunta complicada— todavía no completamente resuelta y que consiste en los efectos del paso del tiempo cuando quien fuera una figura pública ha retornado al anonimato. En principio, Prosser piensa que debe prevalecer el derecho de la prensa a informar y que de las decisiones judiciales puede desprenderse que “una vez que un hombre se ha vuelto figura pública o noticioso, permanece como material de legítimo recuerdo para la mente del público hasta el final de sus días” (Prosser, 1960, p. 418).

<sup>4</sup> De Terwangne (2012), p. 55, caracteriza esta primera etapa del derecho al olvido como “el derecho al olvido del historial judicial”. Nos parece que la denominación es poco apropiada porque los casos en los que se plantea no siempre son de noticias penales o judiciales y, además, porque lo relevante es cómo se actualiza el pasado que se quiere olvidar, y en estos casos es a través de una nueva publicación en los medios de comunicación no digitales.

Sin embargo, Prosser destaca algunos casos en los que los tribunales estadounidenses han considerado que la fama o lo noticioso de alguien no legitima volver a traer a la palestra hechos del pasado. El más importante de estos casos es, sin duda, *Melvin v. Reid*, juicio por el cual una mujer que en el pasado había ejercido la prostitución y había sido acusada de homicidio, pero que luego de ser perdonada llevó por años una vida tranquila y anónima en otro lugar, reclamó contra el productor de la película *The Red Kimono* (1925) que revelaba su historia. La Corte dio la razón a la demandante, diciendo que toda persona que lleva una vida recta debe verse libre de ataques innecesarios a su reputación (*Melvin v. Reid* 112 Cal. App. 285, 297 Pac. 91, 1931).

Sobre la base de este caso, y otros similares, se hablará de un *right to be forgotten*, expresión que parece haberse tomado del francés: *droit à l'oubli* (Rossen, 2012) pero con muchas más aprehensiones que en el ámbito europeo. De hecho, después de *Melvin v. Reid*, se suele citar un caso en el que se falló a favor de la libertad de expresión: *Sidis v. FR Publishing Corp* (1940). En el caso una persona que en su niñez había ganado fama como “superdotada” pero que de adulto hacía una vida tranquila y alejada de los medios, demandó al *The New Yorker* por publicar un reportaje sobre su historia. La Corte, en este caso, sostuvo que el derecho a controlar la propia vida puede ser limitado por el valor social de que los hechos sean públicos (*Sidis v. F-R Publishing Corporation* 311 U.S. 711 61, 1940 U.S.).

En Europa se mencionan como antecedentes del derecho al olvido la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Sena (4 de octubre de 1965) que resolvió la demanda de una de las amantes del famoso asesino en serie Henri Landru, por haber sido representada en una película después de muchos años de su relación con el homicida (T.G.I. Seine, 1965)<sup>5</sup>. En Alemania se suele considerar como antecedente la decisión del Tribunal Constitucional que estimó que no debía exhibirse un

reportaje televisivo que mencionaba a un convicto de robo y homicidio, que estaba por cumplir la pena de seis años de presidio que se le había impuesto<sup>6</sup>.

Nótese que en estos casos lo que sucede es que una nueva publicación saca a relucir hechos del pasado de la persona que habían sido difundidos en los medios. Esto, por cierto, puede seguir sucediendo, pero el derecho al olvido adopta una nueva faceta con la aparición de los bancos o servicios de tratamiento de datos personales. Ahora, ya no se trata de una nueva noticia que se refiere al pasado, sino de la mantención de informaciones que fueron incorporadas legalmente hace muchos años pero que, gracias a este tipo de bases, permanecen siendo accesibles con relativa facilidad por los usuarios de dichos bancos de datos. El problema se intensifica cuando estas bases de datos utilizan las tecnologías de la informática, y aparecen los sistemas de procesamiento o tratamiento de datos personales<sup>7</sup>.

## 2.2. El derecho al olvido en los sistemas de procesamientos de datos

Contrariamente a lo que pudiera parecer, la preocupación por la permanencia de información recogida en registros que podría ser perjudicial para las personas después de transcurrido un tiempo, es antigua, incluso anterior a la aparición de las modernas bases de datos informáticas. Dos son las áreas en las que se manifiesta la idea de que puedan eliminarse informaciones para evitar perjuicios que se consideran indeseables socialmente: la primera, es el área penal y la segunda, es el área comercial.

La preocupación por la reinserción de personas que han sido condenadas y la eliminación de antecedentes penales data de principios del siglo XX. En Chile, en plena República socialista, se dictó el D.L. 409, de 12 de agosto de 1932, por el cual se permitió que toda persona que haya sido condenada penalmente, después de cumplir la pena y siempre que haya transcurrido un plazo mínimo

<sup>5</sup> La sentencia habla de “prescripción del silencio” y en definitiva rechaza en este aspecto la demanda ya que la actora había publicitado su relación con Landru. En el comentario de Lyon-Caen se habla por primera vez del “*droit a l'oublie*” como posible fundamento de la demanda.

<sup>6</sup> Sentencia de 5 de junio de 1973, BVerfGE 35, 202, traducción al inglés disponible en <http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/v730605.htm> (consulta 19 de octubre de 2016).

<sup>7</sup> Cfr. Uicich (1999), pp. 39-58; Novoa (1989), pp. 106-109.

de dos o cinco años, pida que, por decreto supremo, se la considere “como si nunca hubiera delinquido para todos los efectos legales y administrativos” (art. 1º).

En el ámbito de la información comercial, económica o financiera debemos remontarnos al año 1928 cuando se dicta el Decreto Supremo N° 950, Ministerio de Hacienda, de 28 de marzo de dicho año, por el cual se encarga a la Cámara de Comercio de Chile (hoy Cámara de Comercio de Santiago A.G.), la elaboración de un boletín semanal con la sistematización de las informaciones que se ordena a diversas instituciones (tribunales de justicia, notarías, conservadores, bancos y sociedades financieras) enviar regularmente a ese organismo. Aparece así el Boletín Comercial que se mantiene hasta nuestros días. En su texto original, el Decreto N° 950 contemplaba lo que hoy llamaríamos derecho al olvido, ya que sin perjuicio de las “aclaraciones” que pudieran hacer los afectados, se disponía que las publicaciones aparecidas en el Boletín Comercial dejarán de tener vigencia transcurridos más de cinco años desde que fueron publicadas (art. 10, D. Sup. N° 950, de 1928)<sup>8</sup>.

Una vez que la tecnología informática permite el almacenamiento y el manejo de millones de datos personales, entran en escena los bancos de datos computacionales, tanto públicos como privados. En la década de los noventa del siglo pasado comienza a manifestarse la preocupación por regular esta nueva actividad y tratar así de impedir o sancionar los abusos contra los derechos de las personas en que estos bancos de datos pueden incurrir, sobre todo en Europa. Es así como el Parlamento Europeo y el Consejo aprueban la Directiva 95/46/EC relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos<sup>9</sup>. Estas legislaciones conceden una serie de derechos a las personas que son titulares de los datos, y cuya reclamación judicial se ha solido denominar

“*habeas data*” (como parangón al recurso de amparo o *habeas corpus*). Entre ellos está el derecho de pedir la cancelación o bloqueo de los datos, facultad que, con adecuaciones interpretativas, puede servir para satisfacer las necesidades planteadas por el derecho al olvido. Debe considerarse que, en cambio, en Estados Unidos se ha optado por regulaciones sectoriales según la naturaleza y fuente de los datos, sin que exista una legislación omnicompreensiva<sup>10</sup>.

En Chile, la N° 19.628, de 1999, aunque lleva por título “Sobre protección de la vida privada”, en realidad sólo se dedica a regular el procesamiento de datos. En esta ley se contienen varios derechos de las personas que son reclamables ante los tribunales respecto de los responsables de bancos de datos, entre ellos el de pedir la eliminación o cancelación de un dato personal. El art. 12 inc. 3º dispone que “Sin perjuicio de las excepciones legales, podrá, además, exigir que se eliminen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos”.

Esta ley reguló también las anotaciones por obligaciones comerciales incumplidas realizadas en el Boletín Comercial, ahora recopiladas y tratadas computacionalmente por empresas privadas como DICOM S.A. Una reforma del año 2002, llevada a cabo por la ley N° 19.812, estableció un plazo para la vigencia de esos datos: “En ningún caso pueden comunicarse los datos a que se refiere el artículo anterior, que se relacionen con una persona identificada o identificable, luego de transcurridos cinco años desde que la respectiva obligación se hizo exigible.– Tampoco se podrá continuar comunicando los datos relativos a dicha obligación después de haber sido pagada o haberse extinguido por otro modo legal” (art. 18).

Sin embargo, la regulación tiene limitaciones para que pueda ser eficazmente utilizada en protección al derecho

<sup>8</sup> Sobre esta regulación y su desarrollo posterior, puede verse a Anguita (2007), 375-396.

<sup>9</sup> Debe dejarse constancia que ya en la década de los setenta se habían dictado cuerpos legales en ese sentido: en 1973, ley sueca y en 1977, ley alemana. Además, en 1981 se había aprobado, como fruto del trabajo del Comité de Ministros del Consejo de Europa, el Convenio N° 108 para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Cfr. Anguita (2007), 62-63.

<sup>10</sup> Sobre las diferencias entre el sistema europeo de regulación de datos y el régimen estadounidense, puede verse a Schwartz (2013), 1974 y ss.

al olvido. Estas han sido puestas de relieve por Anguita: la exclusión del ámbito de su aplicabilidad de los medios de comunicación social (art. 1º inc. 1º ley Nº 19.628, de 1999) y la ausencia de una autoridad administrativa ante quien los afectados puedan reclamar. A pesar de que la ley permite a las personas afectadas demandar ante un juez de letras en lo civil la eliminación, modificación o bloqueo de los datos, con indemnización de los perjuicios (art. 23 ley Nº 19.628), los litigantes han preferido utilizar la vía de la acción constitucional de protección por vulneración del art. 19 Nº 4 de la Constitución (Anguita, 2016).

Pareciera, sin embargo, que la notoriedad que ha alcanzado el derecho al olvido podría producir que las nuevas leyes, o las modificaciones de las leyes vigentes, contemplen expresamente este derecho y otorguen herramientas judiciales eficaces para su protección.

En este sentido, cabe destacar que la Directiva Europea será derogada y sustituida por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Este Reglamento contiene un art. 17 que se titula “derecho de supresión”, con el añadido entre paréntesis de la expresión: “derecho al olvido”. En dicho precepto se establece que el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento de datos la supresión de un dato en varios casos, entre los cuales se encuentra el que “los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo” (art. 17.1, a). Pero debe aclararse que el Reglamento, que tiene efecto directo en los países de la Unión Europea y no necesita de trasposición como las directivas, entrará en vigor sólo el 28 de mayo de 2018, según lo prescribe su art. 94.1.

### 2.3. El derecho al olvido en internet

Con la aparición en escena de internet, el derecho al olvido ha conocido una nueva forma de aplicación. Son múltiples los medios (plataformas de videos, como

YouTube, redes sociales como Facebook, Twitter, Instagram, páginas web, blogs, hemerotecas digitales) en los que cuales puede mantenerse indefinidamente una información, imagen, video u otro registro relativos al pasado de una persona, incluso porque ella misma voluntariamente los ha “subido” a la red, pero que más tarde quisiera que se eliminaran de esta exposición *online* porque los considera lesivos o perturbadores para el estilo de vida que ahora desarrollan.

Esta accesibilidad se ha potenciado más aún con la aparición de los llamados motores de búsqueda (*web search engines*) que enlazan los sitios web que se refieren a un determinado hecho o individuo para luego sugerirlos en un listado en orden de relevancia para que el usuario pueda ubicarlos fácilmente. El más famoso de estos motores de búsqueda es Google, tanto que se habla ya de “googlear” a una persona para conocer las informaciones que se encuentran en internet respecto de ella<sup>11</sup>. Pero no es el único buscador: también puede mencionarse a Yahoo, Bing y Baidu, aunque actualmente estos no alcanzan al 30% del mercado, mientras el gigante Google tiene el 70%<sup>12</sup>.

No parece extraño, en consecuencia, que el derecho al olvido haya adquirido una nueva modalidad de aplicación: permite exigir que las diversas plataformas de la web eliminen información del pasado de alguna persona que, aunque siendo veraz y legítimamente obtenida, se considera que, tras el transcurso de un tiempo, ha devenido en inútil para el público y perjudicial para el interesado. Pero la cuestión se vuelve especialmente compleja cuando la noticia, imagen o video está siendo reproducida a la vez por múltiples fuentes de la web, de modo que eliminarla de alguna de ellas no implica su desaparición en la red, sobre todo que, con la asistencia de los motores de búsqueda como Google, se podrá seguir accediendo a los otros sitios web o plataformas en línea donde la información lesiva se mantiene. Por ello, se presenta el problema de si la persona afectada puede ejercer el derecho al olvido no sólo de la fuente directa en la que aparece la noticia en internet, sino de

<sup>11</sup> Sobre Google y su enorme expansión, puede verse a Anguita (2016), 23-27.

<sup>12</sup> La información a septiembre de 2016 está disponible en <https://www.netmarketshare.com/search-engine-market-share.aspx?qprid=4&qpcustomd=0&qpsp=2016&qpnp=1&qptimeframe=Y> (consulta 11 de octubre de 2016).

los resultados que se obtengan de las búsquedas de los motores que enlazan dichas fuentes al nombre de una persona.

Ha sido este el problema más complejo que, de alguna manera, ha lanzado a la fama en todo el mundo, y con mucha polémica, el derecho al olvido, ya que respecto de las fuentes directas podía aplicarse, convenientemente adaptada, la regulación del derecho a la cancelación de datos personales. Pero, ¿pueden considerarse los motores de búsqueda en internet como responsables

de tratamientos de datos personales si ellos no proveen de la información, sino que dirigen a la persona a las direcciones web que son las que contienen directamente los datos?

Este fue el problema que dio lugar a la sentencia más famosa y controvertida sobre la actual versión del derecho al olvido, y que pasamos a examinar en el siguiente apartado referido a los hitos jurisprudenciales que se producen a partir de ella.

### 3. Hitos jurisprudenciales

El juicio que ha devenido en un punto de inflexión en la materia se ventiló en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se trata del llamado “caso Costeja”, cuyos hechos principales pasamos a reseñar.

Un español, Mario Costeja González<sup>13</sup>, presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos, un requerimiento en contra del diario La Vanguardia de Cataluña y Google (tanto Google *Spain* como Google *Inc.*<sup>14</sup>) a fin de que eliminaran anuncios relativos a una subasta de sus bienes por deudas previsionales que se habían publicado en 1998. La Agencia rechazó el reclamo contra el diario La Vanguardia, pero acogió el referido a Google.

Las dos empresas Google recurrieron contra esta resolución para ante la Audiencia Nacional, la que suspendió el procedimiento y procedió a consultar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si el buscador podía considerarse como responsable de tratamiento de datos personales en los términos de la directiva europea y si, siendo así, estaba obligado a eliminar los enlaces a la noticia sobre la que el demandante pedía ejercer los derechos de cancelación o bloqueo de datos contemplados en dicha normativa.

El informe del Abogado General, el finlandés Niilo Jääskinen, fue del parecer que Google no debía considerarse controlador responsable de un banco de datos bajo la directiva europea y que no cabía un “derecho al olvido” dentro de los derechos protegidos por dicha directiva (Jääskinen, 2013 *passim*).

Sin embargo, el Tribunal, por sentencia de 13 de mayo de 2014 (C-131/12<sup>15</sup>), determinó que la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, cuando esa información contiene datos personales, es una actividad de tratamiento de datos y el gestor de búsqueda es un “responsable” de ese tratamiento, que se regulan bajo la directiva europea.

En aplicación de la directiva sostiene, además, que un gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el

<sup>13</sup> No ocultamos su nombre porque ha devenido en una celebridad en España y en el mundo.

<sup>14</sup> Hay que señalar que, como toda trasnacional, Google tiene una sociedad matriz: Google Inc., con sede en Mountain View, California (EE.UU.), y oficinas locales que pueden tener personalidad jurídica como agencias o sociedades conforme al derecho interno del país donde operan. En Chile, el 2015 comenzó a operar el primer centro de datos de Google para Latinoamérica. Hay que tener en cuenta que Google Inc. forma parte de la macro-organización de servicios de internet, denominada Alphabet Inc, de reciente creación (2015).

<sup>15</sup> Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES> (consulta 15 de octubre de 2016).



supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.

Finalmente, resuelve que existe un derecho de la persona, no sujeto a la prueba de un perjuicio, a solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en una lista de resultados, y que este derecho prevalece, en principio, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información.

Afirmado el derecho, establece también la excepción: “Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate” (nº 99).

No se limitó el Tribunal a establecer estos criterios generales, sino que se pronunció sobre el litigio que motivó la sentencia, y consideró que “teniendo en cuenta el carácter sensible de la información contenida en dichos anuncios [los de subasta de bienes por deudas de seguridad social] para la vida privada de esta persona y de que su publicación inicial se remonta a 16 años atrás, el interesado justifica que tiene derecho a que esta información ya no se vincule a su nombre mediante esa lista...”, de modo que en la medida en que en el caso de autos no parecen existir razones concretas que justifiquen un interés preponderante del público en tener acceso a esta información en el marco de tal búsqueda, lo que no obstante incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente [la Audiencia Nacional de Madrid], el interesado puede, en virtud de los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46, exigir que se eliminen estos vínculos de la lista de resultados” (nº 98).

La conmoción que causó la sentencia fue mayúscula, porque no se esperaba un pronunciamiento tan favorable

al derecho al olvido, aplicado no ya a las fuentes de origen, sino a los motores de búsqueda de información en internet. Google se quejó amargamente, pero finalmente, el 29 de mayo de 2014, se avino a cumplir la sentencia incorporando en la sección políticas de privacidad de su página web, una respuesta a una “pregunta frecuente”, por la que señala que en aras de dar cumplimiento a dicha sentencia pide a los solicitantes que llenen un formulario para que pueda ser evaluado por la empresa, la que eliminará la referencia si “los resultados mostrados deben considerarse inadecuados, irrelevantes o ya no relevantes, o excesivos”<sup>16</sup>. Son miles las solicitudes que se han recibido. Después de más de dos años de la sentencia el mismo Google reporta que en toda Europa se han eliminado enlaces a 566.444 URLs de un total de 1.720.608 solicitudes, lo que revela que sólo son aceptados los retiros en un 43,2%<sup>17</sup>.

Sin embargo, estas medidas no han convencido a quienes defienden el derecho al olvido, porque Google sólo aplica el retiro a los servidores locales: Google.es; Google.fr, etc. Ahora, la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades de Francia (CNIL) ha ordenado a Google extender su política a todo el mundo: se habla de un derecho al olvido global o universal y en francés de un “*droit au déréférencement*”. Por resolución de 10 de marzo de 2016, el CNIL cursó una multa de 100.000 euros a Google por no haber acatado esa orden<sup>18</sup>. Google ha reclamado la resolución para ante el Consejo de Estado.

En España, después de que la Audiencia Nacional aplicara el derecho al olvido al señor Costeja (SAN 5129/2014, de 29 de diciembre), la cuestión se ha complicado por una divergencia entre la sala civil y la sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo. Esta última, con fecha 14 de marzo de 2016, anuló resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos que ordenaban acoger solicitudes del derecho al olvido a Google Spain, por considerar que el responsable del tratamiento de los datos no era la filial española sino la matriz Google Inc., con sede en

<sup>16</sup> Disponible en <https://www.google.com/intl/es/policies/faq/> (consulta 11 de octubre de 2016).

<sup>17</sup> Informe disponible en <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=es> (consulta 11 de octubre de 2016).

<sup>18</sup> La resolución puede descargarse en el sitio web del Cnil: <https://www.cnil.fr/fr/droit-au-dereferencement-la-formation-restreinte-de-la-cnil-prononce-une-sanction-de-100000-eu> (consulta 10 de octubre de 2016).

California, EE.UU. (STS 574/2016). Pero menos de un mes después, la Sala Civil del mismo Tribunal, falló por sentencia de 5 de abril de 2016, que Google *Spain* sí debe considerarse responsable del tratamiento de datos frente a las demandas de indemnización de perjuicios por afectación de la honra y otros derechos fundamentales (STS 210/2016). No obstante, la sala contencioso-administrativa ha dictado dos nuevas sentencias, con fecha 13 de junio de 2016, perseverando en su criterio (STS 1381/2016 y STS 1387/2016).

Aparte de los buscadores en internet, también se han presentado demandas fundadas en el derecho al olvido en contra de lo que en España llaman “hemerotecas digitales” y que consisten en archivos informáticos que guardan los medios de prensa de las noticias, reportajes y demás material publicado, y que pueden consultarse con sus propios motores de búsqueda a través de la web.

En este ámbito, puede destacarse la sentencia de 15 de octubre de 2015 (STS 4132/2015), por la cual el Tribunal Supremo español debió pronunciarse sobre un recurso de casación presentado en contra de la sentencia de segunda instancia que había acogido la demanda de dos personas naturales interpuesta en contra de Ediciones El País SL (propietaria del diario El País) que exigía que se eliminara de su hemeroteca digital una noticia que informaba de la detención de los demandados por tráfico de drogas en los años 80 del siglo XX. El Tribunal estimó, al contrario de las sentencias de instancia, que la información era lícita y veraz en su momento, pero que por el transcurso del tiempo podría ser que el tratamiento de dichos datos ya no sea adecuado a la finalidad por la cual fueron recogidos, ya que “un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para esa finalidad, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos”. Pero el Tribunal valora también la libertad de expresión y de información y señala que el derecho al olvido no puede amparar que “cada uno construya un pasado a su medida” ni justifica que “aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto”. En cambio, no tratándose de una persona pública ni

de hechos que tengan relevancia histórica, el derecho sí ampara que pueda oponerse al tratamiento de datos personales para evitar que hechos del pasado que pueden estigmatizarlo puedan ser ubicados mediante una simple consulta a un buscador generalista de internet, en vista que el daño es desproporcionado frente a la libertad de información de una hemeroteca digital cuya importancia es secundaria respecto de la edición del diario en papel. De esta manera, el Tribunal juzgó que un equilibrio entre ambos derechos conduce a ordenar que Ediciones El País adopte las medidas tecnológicas adecuadas (como la utilización de códigos *robots.txt* o instrucciones *noindex*, etc.) para que la página web de su hemeroteca digital en la que aparecía la información sobre las personas demandantes no pueda ser indexada por los proveedores de servicios de búsqueda en Internet. En cambio, rechazó conceder que se eliminen los nombres y apellidos de los demandantes del código fuente de la página web que contiene la noticia, ni tampoco que se adopten medidas técnicas para evitar que la noticia sea indexada por el buscador interno de la hemeroteca digital, porque ello constituiría un “sacrificio desproporcionado” de la libertad de información de la que también gozan dichas hemerotecas. En este sentido, señala la sentencia que “El llamado ‘derecho al olvido digital’ no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día”.

Finalmente, hemos de destacar un fallo que se refiere a ambos ámbitos de aplicación del derecho al olvido: el de una hemeroteca digital de un diario y un buscador general de internet como Google. Se trata de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, de fecha 12 de mayo de 2015, que debió pronunciarse sobre la reclamación de una mujer, a la que la sentencia identifica solo con el nombre de Gloria (para evitar el efecto Streisand) que pedía que se eliminara del archivo digital del diario El Tiempo una noticia que la vinculaba al delito de trata de blancas, de la cual habían transcurrido más de diez años y, más aún, puesto que en el proceso penal había sido absuelta por haber prescrito la acción en su contra. La demandante pedía que El Tiempo fuera condenado también a que la noticia se eliminara del buscador Google. La sala de revisión del recurso de la Corte ordenó citar a Google Colombia Limitada, empresa que alegó que la gestión del buscador no era controlada por ella sino por Google *Inc.*, con domicilio en Estados Unidos.

Finalmente, la Corte resolvió que no correspondía la eliminación, pero sí que la noticia fuera actualizada informando el posterior sobreesamiento de la imputada y además que el diario utilice herramientas (como robots.txt o *metatags*) para evitar la indexación de esa noticia por motores de búsqueda, especialmente de Google. Al contrario del Tribunal Europeo, la Corte considera que hacer responsables a estos motores del contenido de las noticias que enlazan amenazaría el principio de neutralidad de internet y podría convertir a estos motores en censores de lo que aparece o no en la web (Corte Constitucional T-277/15)<sup>19</sup>.

En suma, esta sentencia razona en forma parecida al Tribunal Supremo español en cuanto a la no eliminación de la noticia y solo a la adopción de medidas que impidan la indexación por los motores generales de búsqueda y, en cambio, se muestra contraria a la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la que piensa no ponderó suficientemente la libertad de información tanto de Google como de los usuarios de internet y el principio de

neutralidad en la red que la hace posible. En este sentido, señala la sentencia que “además de hacerle responsable por una información que aquel [Google] no generó y por la que no debe endilgársele responsabilidad, esta medida entraña la posibilidad de convertir al motor de búsqueda en un censor o controlador de los contenidos publicados por los usuarios que acceden a la red. Esto [...] puede afectar la arquitectura de Internet por la vía de desconocer sus principios rectores de acceso en condiciones de igualdad, no discriminación, y pluralismo. A su vez, se declara que una intervención de este tipo no solo tiene una mera influencia técnica en el funcionamiento de un medio de comunicación, sino que compromete, además, el derecho a la información de las personas que acceden al servicio, es decir, todos los ciudadanos” (9.8.2).

En este contexto jurisprudencial, se produce el primer fallo que reconoce el derecho al olvido en los tribunales chilenos, cuyos hechos hemos relatado al comienzo de este trabajo.

## 4. La primera sentencia chilena

El caso que narramos al comienzo, esto es, el recurso de protección presentado por una persona en contra de la empresa El Mercurio para que se eliminara de su portal de internet (emol.com) la noticia publicada hace más de diez años en que se informaba que había sido sometido a proceso por su participación en el caso Spiniak sobre una red de abusos de menores, fue fallado en contra del recurrente por la Corte de Apelaciones de Santiago por entender que la noticia era veraz y que el solo hecho de que hubieran pasado diez años no le quitaba tal carácter, dado que el recurrente no había aportado antecedentes que dieran cuenta de su actual situación procesal. De esta manera, la empresa recurrida no habría cometido acto ilícito alguno y, por el contrario, ejercía la libertad de expresión e información.

Apelada la sentencia de primera instancia, la Corte Suprema (Tercera Sala) por fallo dividido, de cuatro votos contra uno, revocó la decisión de la Corte de Apelaciones

y acogió el recurso de protección (C. Sup. 21 de enero de 2016, rol N° 22.243-2015). Según la sentencia, dado que no se ha cuestionado la veracidad de la noticia estamos ante lo que la doctrina ha llamado “derecho al olvido”, que, según la Corte, “se refiere sustancialmente a que una persona pueda aspirar a la eliminación de una información desfavorable sobre sí misma que le provoque perjuicios actuales y que se contenga en los sistemas informáticos disponibles, y ello por una razón plausible” (cons. 3º). La sentencia entiende que en el caso este derecho, sustentado en el derecho a la vida privada y a la honra, debe primar por sobre la libertad de expresión e información teniendo en cuenta el interés público de la reinserción social de los condenados (manifestado en las leyes vigentes), el transcurso de más de 10 años desde la noticia que es el plazo máximo de prescripción contemplado en el ordenamiento, y el hecho de que la eliminación de la web no significa la desaparición de la noticia ya que se mantiene la posibilidad de encontrarla

<sup>19</sup> Acción de tutela instaurada por Gloria contra la Casa Editorial El Tiempo, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm> (consulta 20 de octubre de 2016).

mediante medios “análogos” (diario en papel).

Resuelve la Corte que “no se divisa el beneficio actual para la libertad de expresión de mantener un registro digital detectable por cualquier motor de búsqueda informático, de una noticia que de todos modos puede ser consultada por métodos análogos mediante el ejercicio investigativo profesional de quien esté interesado en ello. De lo que se trata no es que la noticia deje de existir, sino de no brindar accesos automáticos y facilitadores que hagan más difícil o imposible la recuperación y re inserción social del individuo y de su familia, caso este último que no debería afectarse jamás.– El lapso de más de diez años transcurridos desde la fecha de la noticia –período suficiente para la prescripción penal de la mayoría de los delitos más graves– resulta más que suficiente para resolver provisoriamente y en cautela de las garantías constitucionales antes mencionadas, que debe procurarse el ‘olvido’ informático de los registros de dicha noticia” (cons. 5º). En la parte resolutive, la sentencia se limita a ordenar a la empresa periodística la eliminación sólo del registro informático de la noticia dentro del plazo de tres días.

La decisión no fue compartida por la Ministra María Eugenia Sandoval, que redactó un fundamentado voto disidente, en el que alude a la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo y a la de la Corte Constitucional de Colombia. La Ministra señala que no parece que en este caso pueda primar el derecho al olvido sobre el interés público y la libertad de informar, primero por la naturaleza del delito (abuso sexual de menores), de fuerte connotación social y, en segundo lugar, porque el plazo de diez años debe ser relativizado, ya que el interesado fue condenado por dicho delito sólo el 2011, y terminó de cumplir la pena el 2013. De esta manera, concluye: “no es procedente otorgar la cautela a las garantías constitucionales solicitadas por el recurrente de

protección, con base en el fundamento esgrimido en el recurso planteado, de aplicar en la especie el derecho al olvido, por cuanto, en el evento de considerarse éste procedente en un delito de abusos sexuales, el tiempo transcurrido no justifica la aplicación del mismo” (cons. 16º del voto disidente).

En coincidencia con los planteamientos disidentes se ha criticado la sentencia por desdeñar el desarrollo posterior de la noticia que demuestra que el transcurso del tiempo era muchísimo menor (el plazo debería haberse contado desde que el afectado terminó de cumplir la condena en 2013), y también por no tomar en cuenta que no se trataba de un proceso penal cualquiera, sino de uno de alta connotación pública (caso Spiniak). Se agrega que la Corte nunca individualiza cuál fue el acto ilegal o arbitrario cometido por la recurrida ni tampoco razona en qué forma se produjo la lesión de los derechos a la integridad psíquica, honra o vida privada<sup>20</sup>.

Coincidimos con estas opiniones críticas al voto de mayoría, como ya lo adelantamos en una opinión vertida en la columna del mismo Diario El Mercurio, titulada “Olvidarte: ¿nunca?”, de fecha 11 de febrero de 2016 (Corral, 2016).

No obstante, debe consignarse que tanto los jueces de la mayoría como la disidente estuvieron de acuerdo en que sí existe un “derecho al olvido” en internet y sólo discreparon en si dicho derecho era aplicable o no al caso. En ese sentido puede hablarse de un precedente jurisprudencial en el ordenamiento jurídico chileno<sup>21</sup> que exige profundizar en cómo debería configurarse dicho derecho en nuestro sistema jurídico, tomando en cuenta los desarrollos que esta facultad ha tenido en jurisdicciones extranjeras o internacionales. A ello están encaminadas las reflexiones que siguen.

<sup>20</sup> Son críticas de Anguita (2016), pp. 106-109.

<sup>21</sup> Se menciona como un antecedente de recepción del derecho al olvido la sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso de 30 de julio de 2012, Rol N° 228-2012 (Cámara de Diputados, 2016, 60). Pero en realidad en este caso no se trató del ejercicio del derecho al olvido sino de un recurso de protección por la publicación en páginas web de expresiones que afectaban la honra del recurrente, y que él pedía eliminar. Un análisis del caso puede verse en Anguita (2016), pp. 180-185. Con posterioridad a la sentencia de la C. Sup. de 21 de enero de 2016, la Corte de Antofagasta rechazó un recurso de protección presentado por una persona que fue despedida de su trabajo al constatar el empleador que el año 2004 había sido condenada por robo con intimidación por la mantención en las webs de dos medios periodísticos de la noticia, pese a haber aclarado ya sus antecedentes penales. No obstante, ni el recurrente ni los medios recurridos ni tampoco la Corte hacen alusión al derecho al olvido, que claramente era lo que se discutía. El fallo rechaza el recurso por entender que la libertad de expresión debe primar por sobre el honor al tratarse de la comisión de un delito que es considerado como de interés público por la ley N° 19.773 (art. 30). Cfr. C. Antofagasta 7 de diciembre de 2016, rol N° 3707-2016. La sentencia no fue revisada por la Corte Suprema, ya que no fue objeto de recurso de apelación.

## 5. Intento de configuración jurídica del derecho al olvido en internet

5.1. ¿Derecho o criterio para resolver conflictos de derechos fundamentales?

Una primera cuestión que convendría despejar es si la categoría de “derecho al olvido” es realmente un nuevo derecho que goza de una autonomía o perfilamiento propio, o si no estamos más bien ante un criterio que nos permite resolver algunos de los conflictos que se plantean entre los derechos fundamentales a la libre expresión, por una parte, y a la vida privada, por otra.

En este sentido, se ha planteado que

El derecho al olvido puede y debe ser analizado desde a la lógica de los derechos fundamentales, y más concretamente, desde la lógica de los conflictos de derechos, que adopta esta forma didáctica para justificar cierto reforzamiento de la privacidad y de otros derechos, o lo que es lo mismo, establecer límites a la libertad de expresión. (Leturia, 2016, p. 97)

Se agrega que incluso aunque la categoría venga a ser reconocida por el ordenamiento jurídico, ello debería entenderse como un ejercicio de ponderación, realizado por el legislador para brindar mayor certeza jurídica y así facilitar el trabajo judicial (Leturia, 2016). El mismo autor señala que

Los problemas jurídicos asociados al olvido y la memoria pública de hechos del pasado pueden abordarse perfectamente como problemas de conflicto de derechos fundamentales, y más concretamente, como situaciones que justifican limitaciones legítimas al ejercicio de la libertad de expresión e información (Leturia, 2016, p. 108).

Pero, aun consintiendo en que el derecho al olvido pueda ser utilizado como criterio para determinar los límites de la libertad de expresión, ello no quiere decir que no pueda ser considerado como una facultad para exigir de otra persona una determinada conducta, que

es la estructura básica de todo derecho. Por lo demás, el derecho a la vida privada y el derecho al honor también pueden ser considerados criterios para limitar la libertad de expresión, y no se puede negar que ya cuentan con una fisonomía jurídica propia como derechos.

Por cierto, siendo un derecho de la personalidad produce el deber general de respeto por parte de terceros y, concretamente, a realizar a las acciones tendientes a procurar la desaparición o bloqueo de la noticia que permite que el hecho siga estando presente en la esfera pública, esto último a petición privada del afectado o ante sentencia judicial dictada a requerimiento de aquel<sup>22</sup>.

5.2. ¿Derecho autónomo o derivado?

Una vez que convenimos en que estamos ante un derecho, debemos preguntarnos si se trata de un derecho autónomo, con sus propios perfiles o características, o más bien de una nueva manifestación o expresión de un derecho ya reconocido, del cual sería una facultad derivada.

La falta de reconocimiento normativo ha llevado a la jurisprudencia a buscar el sustento de la pretensión del que pide que se eliminen noticias de su pasado en derechos ya establecidos. El más aludido es el derecho al respeto y protección de la vida privada. El derecho al olvido no sería más que una nueva expresión de las múltiples que ha generado la custodia legal de los espacios de reserva o intimidad de las personas naturales<sup>23</sup>. En otras ocasiones, se le conecta también con el derecho a la honra, ya que normalmente las noticias o datos que se busca eliminar lesionan la reputación o fama de la persona.

Cuando el derecho al olvido se reclama en el ámbito del procesamiento de datos personales, aparece la idea de que se trataría de una facultad más bien ligada al llamado derecho a la autonomía informativa, entendido

<sup>22</sup> Aunque algunos ya han planteado la posibilidad de establecer la eliminación automática, y sin conocimiento del titular, de cierta información digital después de un determinado plazo: cfr. De Terwangne (2012), p. 61.

<sup>23</sup> En el ámbito estadounidense es usual relacionar el “*right to be forgotten*” al “*right to privacy*”: cfr. Cook (2015), 122-124.

como el poder de control que se reconoce a la persona sobre los datos informativos que pueden circular en la sociedad respecto de ella (Muñoz, 2015).

Hay quienes se muestran críticos de derivar el derecho al olvido del derecho a la honra o a la vida privada, ya que las personas pueden exigir que se eliminen noticias que no lesionan la honra y que tampoco pertenecen a la vida privada. Se aduce, por ejemplo, los casos de eliminación de noticias que dan cuenta de una investigación o una condena penal, que no forman parte del ámbito de reserva protegido por la intimidad y, sin embargo, se reconoce el derecho al olvido cuando la noticia ha perdido vigencia o interés. Por ello, se propone derivar el derecho al olvido del llamado derecho al libre desarrollo de la personalidad ya que con la constante presencia de esas informaciones caducas el individuo vería perturbada la posibilidad de desarrollar su vida como legítimamente quisiera<sup>24</sup>.

No faltan quienes derivan el derecho al olvido de una mezcla de todos estos derechos: autonomía informativa, vida privada, honor y libre desarrollo de la personalidad, al que puede agregarse, como hace la sentencia chilena, la integridad psíquica y la dignidad humana (Martínez, 2015).

### 5.3. Nuestra posición: un derecho en formación a partir del derecho a la vida privada

A nuestro entender el derecho al olvido está en proceso de configuración como un derecho de la personalidad. Como es sabido, la protección de bienes extrapatrimoniales de la persona se inició en la doctrina alemana por medio del llamado Derecho General de la Personalidad que se planteaba como un único derecho que podía adaptarse para hacer frente a las diversas agresiones que podía sufrir el individuo humano en el ámbito no patrimonial<sup>25</sup>. Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han ido reconociendo una pluralidad de derechos que tienen por objeto proteger la personalidad, y se han ido dando nombres específicos a cada uno de ellos: derecho a la vida, derecho a la integridad corporal,

derecho a la intimidad, derecho al honor, derecho a la libre expresión, etc. Estos derechos se han ido delimitando y ajustando con la experiencia de las diferentes modalidades de atentados o lesiones que puede sufrir la persona en el medio en el que vive. No es raro, en consecuencia, que muchos de ellos vayan conformándose en forma progresiva y que puedan encontrarse algunos que todavía no han recibido una consagración completa y generalizada. En su minuto sucedió con el derecho a la intimidad, y hoy se encuentran en esa fase el derecho a la imagen, el derecho a la identidad, el derecho a la integridad genética, etc. El mismo derecho a la autonomía informativa se encuentra aún en esta fase de desarrollo.

En una etapa más incipiente está el derecho al olvido, cuya consistencia, perfiles, limitaciones y ámbitos de aplicación se encuentran sujetos a discusión. Pero ya se advierten indicios de su surgimiento e incluso formalización en normas internas o internacionales. En ese sentido, es muy indicativo que el Reglamento 2016/679 de la Unión Europea protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, haya insertado en el título del art. 17, después de “derecho de supresión”, la expresión “derecho al olvido”, si bien entre paréntesis<sup>26</sup>.

En cualquier caso, si se estima que el derecho al olvido aún no ha adquirido la suficiente independencia, pensamos que bien puede considerársele una expresión del derecho al respeto a la vida privada.

No parece, en cambio, que esté basado en el derecho a la honra, porque no necesariamente se requerirá que haya un menoscabo a la fama o reputación de la persona, bastando que haya una intromisión en aspectos propios de la reserva de privacidad. Desechamos también que sea una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque la misma formulación de este derecho es tan vaga e imprecisa que puede ser funcional para explicar cualquier derecho, de modo que en realidad no explica ninguno<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Esta parece ser la opinión de Anguita (2016), pp. 34-35, quien hace ver que el Tribunal Constitucional chileno ha declarado que el derecho al desarrollo libre de la personalidad puede considerarse una expresión de la dignidad de toda persona que expresamente consagra nuestra Carta Fundamental (STC 13 de enero de 2011, rol N° 1683-2010, cons. 50).

<sup>25</sup> Cfr. Larenz (1978), pp. 160-165.

<sup>27</sup> La misma sentencia del Tribunal Constitucional que se invoca como apoyo a la existencia de este derecho en nuestra Carta Fundamental aclara que de ello “no puede colegirse que el libre desarrollo de la personalidad constituya fundamento legítimo para atropellar los derechos de otros seres humanos igualmente dignos” (STC 4 de enero de 2011, rol N° 1683-2010, cons. 51°).

La autonomía informativa parece estar todavía muy vinculada al procesamiento de datos, de modo que no serviría para fundamentar el derecho al olvido que puede ejercerse fuera de ese ámbito.

Los argumentos en contra del derecho a la vida privada provienen de que el derecho al olvido puede recaer no sobre informaciones relativas a la intimidad personal sino también sobre hechos que son públicos, como una condena penal o una información, en el sentido amplio de la palabra, cuya difusión pública fue consentida o incluso promocionada en su día por el que ahora se siente afectado.

Nos parece que estas observaciones no justifican que se separe el derecho al olvido del derecho al respeto a la vida privada. En realidad, tanto en la condena penal como en las informaciones consentidas, los hechos en sí son privados, pero el interés público o el consentimiento hacen que su difusión pública sea legítima. Una vez que, por el paso del tiempo, ese interés público decaiga o desaparezca, o que el consentimiento pueda ser retractado sin lesionar los derechos de terceros, los hechos volverán a su natural carácter de privados, y siendo así podrán ser objeto del derecho al olvido, como expresión del derecho a la protección de la vida privada.

#### 5.4. Discusión sobre la denominación

Se ha hecho ver que el nombre del nuevo “derecho al olvido” es incorrecto, ya que indudablemente toda persona tiene derecho, como parte de la libertad de expresión, a no recordar algún hecho y nadie podría forzarla a relatar hechos que ella quiere olvidar. En realidad, el derecho al olvido es más bien un derecho a favorecer el olvido por parte de terceros de ciertos hechos del pasado de alguien. En este sentido, es más apropiada la expresión que se usa en los escritos jurídicos anglosajones: “*the right to be forgotten*”: el derecho a ser olvidado, pero en un sentido de limitar el derecho a la información por parte de terceros haciendo desaparecer la noticia o restringiendo el acceso a ella<sup>28</sup>.

Con todo, pareciera que la expresión “derecho al olvido” está ya asumida por el gran público, por los

medios e incluso por la jurisprudencia y la doctrina jurídica, de modo que no parece viable pretender modificarla por otra, aunque pueda esta ser más adecuada. Lo importante es que se aclare que cuando usamos esta denominación no estamos hablando del derecho a no referirse a episodios del pasado, ni tampoco a forzar que los demás realmente olviden dichos acontecimientos. Se trata de evitar que los registros de esos hechos en la prensa, bases de datos o plataformas de internet puedan ser difundidos nuevamente o puedan ser consultados por cualquier persona sin ninguna restricción.

#### 5.5. Modalidades de aplicación

Más arriba hemos identificado tres etapas en la evolución del llamado derecho al olvido. Ahora debe considerarse que esa evolución ha sido acumulativa, es decir, el paso de una a otra no deja sin aplicación a la primera, sino que ambas se mantienen vigentes. Por ello, podemos decir que las tres etapas pueden ser aplicadas en la actualidad y así se convierten en modalidades de ejercicio o de aplicación del derecho al olvido.

Una primera modalidad del derecho al olvido es aquella en la que puede ser invocado para evitar que los medios de prensa vuelvan a referirse o a dar cuenta de hechos públicos de la vida pasada de una persona. Se trata de una prohibición de “re-publicación”.

La segunda modalidad es la que se refiere a la eliminación o bloqueo de datos relativos a una persona que se encuentran en una base o banco de datos, los que se consideran obsoletos o caducos. Este derecho al olvido podría denominarse derecho al olvido informático, puesto que hoy prácticamente todas las bases de datos se mantienen y manejan por medio de equipos informáticos o computadores.

Finalmente, tenemos la modalidad de pedir el retiro de contenidos de plataformas de internet, que podría revestir a su vez dos formas: el derecho a que la fuente (página web, blog, redes sociales) donde aparece la noticia la retire o elimine, y el derecho a que los motores de búsqueda particulares o generales no enlacen las fuentes donde aparece la noticia de modo que ella no

<sup>28</sup> En sentido crítico, advierte esta diferencia, De Beats (2016), p. 58.

sea arrojada como resultado de una consulta. En ambos casos, podríamos hablar de derecho al olvido digital, ya que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua contempla como una de las acepciones de “digital” la de referirse a medios de comunicación que “se publican en internet”.

Nos interesa profundizar específicamente sobre el derecho al olvido digital, que normalmente implicará las dos formas de aplicación: de la fuente directa y de los buscadores.

## 6. Una caracterización aproximativa al derecho al olvido digital

### 6.1. Aspectos comunes y específicos

Como una versión del derecho al olvido, el derecho al olvido digital comparte con el primero varios aspectos, como el que se trata de un derecho cuya titularidad corresponde a personas naturales, y no jurídicas, y que estamos ante un derecho en proceso de formación, que va tomando progresiva autonomía de su matriz que es el derecho al respeto a la vida privada. Además, puede señalarse que, al igual que todo derecho al olvido, el derecho al olvido digital se ejerce contra informaciones que se admiten como veraces y legítimamente publicadas en su momento, ya sea por el interés público comprometido o por el mismo consentimiento del interesado. Igualmente, las informaciones deben ser contrarias a la intimidad actual del titular, si bien muchas veces además serán contrarias a la honra, pero esto último no es indispensable. Adicionalmente las noticias impugnadas ya no presentan el interés público que en su día justificó su publicación, de modo que en la actualidad se observan como obsoletas, excesivas, irrelevantes o inconducentes, y en este desaparecimiento del interés público tiene incidencia el paso del tiempo, dependiendo la extensión del plazo del peso relativo de dicho interés<sup>29</sup>. Finalmente, para demandar la eliminación de la noticia no es necesario acreditar que su libre acceso causa perjuicios al titular. Esto sólo será necesario si se pretende hacer valer la responsabilidad civil por violación del derecho al respeto de la vida privada.

El derecho al olvido digital tiene, sin embargo, algunas características que le son propias, a saber:

a) El objeto del derecho no es impedir una nueva publicación que traiga al presente hechos del pasado, sino eliminar la misma publicación pasada que no obstante el tiempo transcurrido sigue siendo pública y fácilmente accesible en el ámbito de internet.

b) La reclamación del afectado puede dirigirse contra la fuente de internet que contiene la noticia o contra los buscadores que intermedian entre quienes buscan información y las diversas plataformas de internet que la contienen.

c) Al tratarse de buscadores —normalmente empresas que tienen intereses económicos— el interés público que justifica la conservación de la noticia puede basarse, al menos en línea de principio, en la libertad de expresión e información y en la libertad de empresa o de libre iniciativa en materias económicas.

d) La eliminación de los antecedentes de internet puede ser menos lesiva para el interés histórico o periodístico si ellos tienen una fuente en papel (caso de los diarios con hemerotecas digitales).

### 6.2. Legitimados activos y pasivos

La legitimación activa para ejercer este derecho la tendrá la persona que vea lesionada su intimidad por la mantención de la noticia en internet y por su libre acceso a través de buscadores digitales. Si se trata de un menor de edad o de alguna persona que esté incapacitada, en su interés podrán actuar en su nombre sus representantes legales<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Un criterio que puede considerarse es el plazo establecido para la eliminación de antecedentes penales, si se trata de noticias referidas a la comisión de delitos, el que en todo caso deberá contarse desde el término de cumplimiento de la condena.

<sup>30</sup> La posibilidad de que los herederos puedan ejercer el derecho para proteger una especie de privacidad póstuma del difunto, es discutida por De Baets (2016), pp. 63-64.



Como ya anotábamos, en cuanto a los legitimados pasivos existen dos grandes posibilidades: la fuente de la noticia digital y las empresas que gestionan motores de búsqueda particulares o generales en internet.

La cuestión no es fácil de resolver. Por un lado, se puede decir, como la Corte Constitucional colombiana, que los motores de búsqueda tipo Google no son responsables del contenido de las noticias, sino meros intermediarios, de modo que el derecho al olvido debiera ejercerse contra el titular de la web o URL que aloja la noticia en su servidor. Esta posición tiene la ventaja de que, suprimida la noticia en su fuente, ya no podrá aparecer en ningún motor de búsqueda de internet. Pero esta posición tiene también inconvenientes serios, ya que la libertad de información se ve mucho más radicalmente afectada: si el medio digital no tiene respaldo en papel, la noticia desaparecerá para siempre. Además, si la noticia se ha difuminado por muchas páginas web, blogs o Facebook no hay manera práctica de ejercer judicial o administrativamente el derecho, siendo más factible y útil obtener que no sea enlazada por los motores de búsqueda.

Por esto, parece menos lesiva y más eficaz la legitimación pasiva preferente, si bien no exclusiva, de los motores de búsqueda. Puede tratarse de motores de búsqueda particulares como los que presentan determinados sitios web para buscar dentro de sus contenidos (hemerotecas de periódicos digitales) o también motores de búsqueda generales como Google y sus similares. También la acción derivada del derecho al olvido podría ejercerse en contra de la fuente directa, pero para pedir, no la eliminación de la noticia en su plataforma (página web, blog, red social), pero sí la adopción de medidas tecnológicas que impidan que los buscadores particulares o generales puedan indexarlas para arrojarlas como resultado de una consulta.

Respecto de Google se presenta la cuestión suscitada en España y Francia sobre si basta la eliminación del enlace en el buscador local, o debe realizarse sobre todo el ámbito geográfico abarcado por la empresa (derecho al olvido global o universal). En principio, pareciera bastar la eliminación del enlace en el buscador local sin que sea necesario que la noticia sea eliminada en todo el orbe.

También se produce el problema de si hay que emplazar a la matriz de Google con domicilio en Estados Unidos, o a la empresa local que, aunque sin gestionar el motor de búsqueda, mantiene la marca y administra la publicidad. Como hemos sostenido que el derecho al olvido digital no tiene por qué basarse únicamente en la normativa propia de la gestión de datos personales, nos parece que no cabe aquí excluir la legitimación pasiva de la empresa local con el argumento de que ella no es la que puede considerarse responsable del control de los datos. Basta que tenga una representación oficiosa de la empresa matriz para que pueda ser emplazada en su nombre.

### 6.3. Limitaciones

Las excepciones al derecho al olvido provienen de una preferencia por la libertad de informar determinada por la existencia de un interés público que legitima la intromisión en la vida privada. En este sentido, el derecho al olvido resulta derrotado por lo que podríamos denominar un derecho a la memoria, que puede considerarse una forma de ejercicio del derecho a la libertad de emitir opinión e informar, así como de la libertad para acceder a la información y utilizarla para fines legítimos<sup>31</sup>.

El interés público no es el que autorizó en su día la publicación, sino que debe existir al momento en que se pide la eliminación de la nota por haber cumplido ya su finalidad informativa. Puede ser el mismo interés o puede ser otro diverso.

<sup>31</sup> Esta libertad se puede asociar con la libertad de empresa que en nuestro sistema constitucional aparece restringida a la libre iniciativa en materia económica (art. 19 N° 21 Const.), pero que debería entenderse ampliada a fines no lucrativos como los que persiguen las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro. La discusión en este campo ha sido si una empresa con fines económicos, como un buscador de internet, puede alegar en contra del derecho al olvido la libertad de informar en beneficio de los que navegan en la red. En el caso "Costeja" el Abogado General entendió que Google podía alegar tanto la libertad para conducir sus negocios como la de informar: Jääskinen (2013), n° 132. En España se ha sostenido que como el derecho a la libre empresa está recogido en la parte programática de la Constitución (art. 38) debería ceder en caso de enfrentarse a un derecho fundamental como sería el derecho a la intimidad, pero que ello no sucedería tan fácilmente si la empresa, como un buscador de internet, puede alegar igualmente otro derecho fundamental como la libertad de expresión e información: cfr. Martínez (2015), pp. 110-111; 126-127. En la Constitución chilena el derecho a la libre iniciativa económica está en el mismo nivel normativo que el derecho a la vida privada, por lo que no cabría considerarlo derrotado en cualquier caso cuando colisione con este último. En todo caso, la cuestión puede ser más teórica que práctica dado que normalmente este tipo de medios digitales podrán aducir tanto la libertad de empresa como la libertad de expresión e información.

En aplicación de este criterio general, pueden definirse varios supuestos en los que el derecho al olvido digital no debiera prevalecer:

a) Cuando el solicitante sea una autoridad pública o intenta llegar a serlo (candidatos a cargos electivos).

b) Cuando se trata de delitos que no son susceptibles de amnistía ni de prescripción, como los crímenes de lesa humanidad<sup>32</sup>.

c) Cuando se trata de delitos cuyos autores pueden representar un peligro para ciertos ambientes, por los que la ley exige tener acceso a la información de sus condenas<sup>33</sup>.

d) Cuando un determinado hecho tiene relevancia para mantener la memoria histórica de la comunidad<sup>34</sup>.

### 6.4. Aplicación modulada por principio de ponderación (mínima intervención)

En los casos en los que debe prevalecer el derecho al olvido digital, su aplicación debiera ser gradual según los diversos casos, de modo que se lesione lo menos posible las libertades de emitir opinión e informar y la de acceder a la información y utilizarla con fines legítimos. Se aplicará el principio de ponderación en su aspecto de mínima intervención<sup>35</sup>.

Podríamos sugerir los siguientes criterios:

1º) La solicitud debería hacerse valer contra los motores de búsqueda y no frente a las fuentes originarias. En principio, bastará con los motores locales, y solo cuando fundadamente la eliminación local no es suficiente para resguardar la honra o vida privada de la persona procederá una eliminación geográfica más amplia, hasta llegar a la global o universal.

2º) Si se requiere a la fuente original, deberá primero preferirse una actualización de la información sin que se

ella sea eliminada (por ejemplo, en casos de absolución en procesos penales). Así lo propone el dictamen N° 203, de 12 de agosto de 2016, del Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social:

... aunque las decisiones editoriales corresponden a cada medio, el Consejo no considera conveniente la eliminación de información cuando ella implique un perjuicio a la libertad de prensa y al derecho a la información ciudadana. Sin embargo, hay otras formas de actualizar la información, tal como la inclusión de mensajes de advertencia que lo informado debe complementarse con hechos ocurridos con posterioridad (por ejemplo, que den cuenta de la existencia de una sentencia que absuelva a una persona acusada de un delito). Otra práctica recomendable consiste en agregar comentarios aclaratorios de errores incurridos al momento de la publicación y detectados de forma tardía. (Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social, 2016).

3º) En caso de que esto no sea bastante, se puede ordenar la aplicación de herramientas tecnológicas que impidan que ese enlace sea accesible a través de motores de búsqueda externos.

4º) Supletoriamente, se podrá requerir que la noticia no sea accesible por el motor de búsqueda interno del medio.

5º) Solo en casos muy excepcionales, y en que todas las medidas anteriores se revelen ineficaces, podrá pedirse que se borre la información digital, pero siempre que de ella quede constancia en un soporte material, como papel, celulosa de película, microfilms.

De esta manera, pensamos que en el caso chileno la posición correcta habría sido el rechazo por varias razones: primero, porque el delito al que se refería la noticia es de aquellos que la misma ley ordena mantener accesibles por cualquier persona mediante un registro

<sup>32</sup> En este sentido se pronuncia la Corte Constitucional colombiana.

<sup>33</sup> Por ejemplo, los atentados sexuales contra niños. En Chile, la ley N° 20.594, de 2012, creó un Registro de personas inhabilitadas para ejercer funciones en ámbitos educacionales o con menores de edad, y estableció la obligación de toda institución que desee contratar a una persona para una función o empleo que implique relación directa con menores de edad de consultar dicho registro. No hay normas que limiten la conservación de esta información por el paso del tiempo (cfr. art. 6 bis, Decreto Ley N° 645, de 1925, sobre el Registro general de las condenas). Esta duración permanente del registro puede transformarse en una pena perpetua que imposibilite la reinserción social de estas personas y su rehabilitación.

<sup>34</sup> Una crítica de la aplicación del derecho al olvido para los desarrollos de la historia, especialmente de aquella basada en la vida privada de las personas, puede verse en De Baets (2016), p. 57 ss.

<sup>35</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha señalado que para aplicar el principio de proporcionalidad, entre otros requisitos, implica que entre varias alternativas de intervención sobre un derecho ha de preferirse la que lo afecte menos (mínima intervención). Cfr. Rainer Martínez & Zúñiga (2012), p. 71.

especial; segundo, porque el tiempo transcurrido no era suficiente para que la noticia deviniese obsoleta, dada la condena y su cumplimiento, y; tercero, porque se refería a una autoridad pública (oficial de carabineros). Por último, si se hubiera llegado a la conclusión de que procedía el derecho al olvido, debería haberse dispuesto una medida de menor afectación del derecho a la información, como la utilización de dispositivos tecnológicos que impidieran el enlace de la noticia en los motores de búsqueda de internet, como Google.

#### 6.5. Aplicabilidad de la normativa sobre protección de datos

Como hemos visto, cuando aparecen los problemas planteados en el derecho al olvido en internet, principalmente con los motores de búsqueda y las hemerotecas digitales, ante la falta de una regulación normativa específica, las autoridades han recurrido a la aplicación de las leyes dictadas para la protección de los datos personales en los sistemas de procesamiento de datos. Esta tendencia fue la que reconoció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el “caso Costeja”, al interpretar la directiva europea de protección de datos y señalar que en ese marco el motor de búsqueda de Google podía considerarse un responsable de procesamiento de datos. Pero nos parece que el Tribunal en esta parte forzó la interpretación de la directiva que, claramente, no estaba pensada para el tipo de operación que realizan los motores de búsqueda. Como señala en su informe el Abogado General, en cuanto un motor de búsqueda sólo recopila información de terceras fuentes con el único objeto de poder exhibirlas como resultados de consultas temáticas, no puede considerarse un

controlador responsable de datos personales.

El informe señala, entre otras razones, para descartar la aplicación del concepto de responsable del procesamiento de datos a Google, que

el proveedor de servicios de motor de búsqueda en internet no tiene relación con el contenido de los terceros fuentes como las páginas web, en las que pueden aparecer datos personales. Por otra parte, como el motor de búsqueda funciona sobre la base de las copias de las páginas web que su rastreador ha recuperado y copiado, el proveedor del servicio no tiene ningún medio para cambiar la información de los servidores host. La provisión de localizadores de información no implica ningún control sobre el contenido (Jääskinen, nº 86).

No vemos que esta situación vaya a variar por la entrada en vigencia del Reglamento sobre protección de datos personales, ya que la definición de “responsable del tratamiento” (de datos) permanece prácticamente igual (art. 7 N° 4)<sup>36</sup>.

De esta manera, solo por vía analógica y en espera de una legislación que se haga cargo de los problemas derivados de internet en esta materia, pueden considerarse aplicables las regulaciones legales dictadas para la protección de los derechos de las personas en sistemas de tratamiento de datos. Pero no hay que olvidar que estamos ante una modalidad diversa de ejercicio del derecho al olvido que en ocasiones exigirá ocupar criterios distintos que aquellos que son adecuados para la eliminación o supresión de datos personales<sup>37</sup>.

## 7. Perspectivas de futuro

No se ven indicios de que en nuestro país tengamos pronto un reconocimiento normativo del derecho al olvido digital. Este propósito ha sido invocado por un proyecto de ley presentado el 7 de abril de 2016 por una moción de los diputados Guillermo Ceroni y Gabriel Farcas (Boletín N°10608-07), pero no parece que tenga posibilidades

de ser aprobado ya que no cuenta con el patrocinio del Poder Ejecutivo. Además, el texto presenta limitaciones importantes que aconsejan que no se le considere. Por de pronto se restringe al ámbito del procesamiento de datos personales, ya que se circunscribe a una reforma a la ley N° 19.628 y, aunque define el derecho al olvido

<sup>36</sup> Por ello el reconocimiento del derecho al olvido como derecho a la supresión de datos (art. 17) debería tener, a nuestro juicio, un ámbito más reducido que el que parece a primera vista.

<sup>37</sup> Con razón se ha propuesto distinguir entre el derecho al olvido (*right to be forgotten*) y el derecho a borrar datos (*the right to erasure*): cfr. Ambrose & Ausloos (2013), pp. 14-16.

de un modo amplísimo — como “la facultad irrenunciable que tiene el titular de uno o más datos personales para exigir la cancelación o la disociación de datos relativos a su persona, cuando su publicación o exposición carezca de fundamento legal, cuando se trate de un dato caduco, o bien afecte el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales” —, señala que quedan excluidos los bancos de datos gestionados por organismos públicos y además los medios de comunicación social a los que se aplica la ley N° 19.733, sobre Ejercicio del Periodismo y Libertad de Prensa, la que no señala nada sobre el derecho al olvido. Esto podría implicar la inutilidad de la consagración del derecho que se pretende, ya que la ley N° 19.733 contiene un concepto de medio de comunicación social tan amplio, que pueden incluirse las páginas web, los blogs, los motores de búsqueda y otros mecanismos de expresión utilizados en internet.

Por su parte, el Informe de Evaluación de la Ley N° 19.628 elaborado por la Cámara de Diputados, si bien se refiere extensamente al “derecho al olvido” (Cámara de Diputados, 2016), curiosamente en sus conclusiones no propone ninguna modificación que tienda a su

reconocimiento (Cámara de Diputados, 2016). En realidad, pareciera que el actual derecho a la eliminación de los datos de la referida ley puede ser suficiente en este ámbito para la aplicación criteriosa del derecho al olvido, aunque ella no puede ser aplicada, sino analógicamente y con adecuaciones, al derecho al olvido en el ámbito de internet o derecho al olvido digital.

Respecto de este último, pensamos que es preferible que su reconocimiento, así como sus limitaciones y formas de aplicación, se vayan construyendo por la vía jurisprudencial, sobre la base de criterios que vayan surgiendo de la doctrina y de las experiencias del derecho extranjero. La acción de protección en resguardo del derecho al respeto de la vida privada de la persona y la familia consagrado expresamente en nuestra Constitución (arts. 19 N° 4), puede ser idónea para marcar una ruta que permita una cristalización más definitiva de este derecho y de su confrontación con las libertades de expresión y de empresa. Ese material acumulado, con aciertos y errores, servirá de buen cimiento para construir una regulación legal que presente características de perdurabilidad por la sensatez y ponderación de sus determinaciones.

## Referencias

- Ambrose, M. L. & Ausloos, J (2013). The Right to Be Forgotten Across the Pond. *Journal of Information Policy* 3, 1-23.
- Ambrose, M. L. & Ausloos, J. (2013). The right to be forgotten across the pond. *Journal of Information Policy*, 3, 1-23.
- Anguita Ramírez, P. (2007). *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada. Régimen jurídico, jurisprudencia y Derecho comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Anguita Ramírez, P. (2016). *Acciones de protección contra Google. Análisis del llamado derecho al olvido en buscadores, redes sociales y medios de comunicación*. Santiago: Librotecnia.
- Cámara de Diputados (2016), *Evaluación de la ley N° 19.628, Protección de la vida privada*, disponible en [http://www.evaluaciondelaley.cl/ley-n-19-628-sobre-proteccion-de-la-vida-privada/foro\\_ciudadano/2015-12-28/124429.html](http://www.evaluaciondelaley.cl/ley-n-19-628-sobre-proteccion-de-la-vida-privada/foro_ciudadano/2015-12-28/124429.html) (consulta 19 de octubre de 2016).
- Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social (2016), Dictamen N° 203, sobre contenidos digitales en los medios y el denominado “derecho al olvido”, disponible en [http://www.consejodeetica.cl/medios\\_austriales/fallos/Resolucion203.pdf](http://www.consejodeetica.cl/medios_austriales/fallos/Resolucion203.pdf) (consulta 29 de diciembre de 2016)
- Ambrose, M. L. & Ausloos, J. (2013). The right to be forgotten across the pond. *Journal of Information Policy*, 3, 1-23.
- Cook, L. (2015). The right to be forgotten: a step in the right direction for Cyberspace Law and Policy. *Journal of Law, Technology & the Internet*, 6, 121-132.

Corral Talciani, H. (2016). "Olvidarte: ¿nunca?", en *El Mercurio* 11 de febrero de 2016, disponible en <http://www.elmercurio.com/blogs/2016/02/11/39298/Olvidarte-nunca.aspx> (consulta 15 de octubre de 2016).

De Baets, A. (2016). A historian's view on the right to be forgotten, *International Review of Law, Computers & Technology*, 30:1-2, 57-66.

De Terwangne, Cécile (2012). Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. *Revista de Internet, Derecho y Política* 13, pp. 53-66.

Jääskinen, N. (2013). *Opinion of Advocate General* caso C-131/12, 25 de junio, disponible en [http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=138782&occ=first&dir=&cid=45442](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=138782&occ=first&dir=&cid=45442) (consulta 10 de octubre de 2016).

Larenz, K. (1978). *Derecho Civil. Parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado (trad. M. Izquierdo).

Leturia, F. J. (2016). Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos Derechos fundamentales? *Revista chilena de Derecho*, 43, 1, 91-113.

Martínez Otero, J. M. (2015). El derecho al olvido en Internet: debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja. *Revista de Derecho Político* 93, 103-142.

Muñoz Massouh, A. M. (2015). Eliminación de datos personales en internet: el reconocimiento del derecho al olvido. *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, 4, 2, 215-261.

Novoa Monreal, E. (1989). *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos* (4ª ed.). México: Siglo Veintiuno editores.

Prosser, W. (1960). Privacy. *California Law Review*, 48, 3, 383-423.

Rainer, A.; Martínez, J. & Zúñiga, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, 10, 1, 65-116.

Rossen, J. (2012). The right to be forgotten. *Stanford Law Review*, 64, 88-92.

Schwartz, P. (2013). The EU-U.S. privacy collision: A turn to institutions and procedures. *Harvard Law Review* 126, 1966-2009.

Uicich, R. D. (1999). *Los bancos de datos y el derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Warren, S. & Brandeis, L. (1890). The right to the privacy. *Harvard Law Review* 4, 54, 193-220.

## Rafael Palomino

Universidad Complutense, España

rafaelpalomino@ucm.es

Recibido: 1.09.16

Aceptado: 7.10.16

## Objeción de conciencia de los notarios españoles con motivo de la nueva ley de jurisdicción voluntaria

### Conscientious objection of the Spanish notaries on the occasion of the new law of voluntary jurisdiction

**Resumen:** La Ley de Jurisdicción Voluntaria española de 2015 habilita a los notarios para que instruyan el acta previa de capacidad y celebren matrimonios civiles, también de personas del mismo sexo. Dada la obligación del notario de actuar a petición de los particulares, este profesional podría verse forzado en contra de su conciencia respecto de esos matrimonios. La presente investigación tiene por objeto valorar la viabilidad del ejercicio del derecho de objeción de conciencia de los notarios españoles, así como la licitud moral de su cooperación al mal. Los elementos normativos examinados juegan en contra del reconocimiento de la objeción de conciencia del notario, que bien podría haberse admitido sin detrimento sustancial del objetivo perseguido por la reforma del matrimonio en el ordenamiento jurídico español. La investigación constata la desprotección jurídica que sufre la libertad de conciencia del notario.

**Palabras clave:** matrimonio, objeción de conciencia, notarios, jurisdicción voluntaria

**Abstract:** The Spanish Non-Contentious Proceedings Act of 2015 enables notaries to instruct the previous record of capacity and to celebrate civil marriages, also of same sex couples. Given the obligation of the notary to act at the request of individuals, this professional may be forced against his/her conscience in performing these marriages. This article assesses the feasibility of Spanish notaries' conscientious objection to same sex marriages, as well as the moral permissibility of their cooperation in evil. Regulatory elements examined play against the recognition of conscientious objection, that might well have been admitted without substantial detriment of the objective of the reform of marriage in the Spanish legal system. The research verifies the lack of legal protection suffered by the freedom of conscience of the notary.

**Keywords:** marriage, conscientious objection, notary, non-contentious proceedings

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria en su Disposición final 1ª, modifica la redacción del artículo 51 del Código civil español, estableciendo la competencia de los notarios para instruir el acta previa de capacidad matrimonial (*Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, 2015). Esta novedad legislativa entrará en vigor el 30 de junio de 2017. Simultáneamente, desde el día siguiente a la publicación de la nueva ley, quienes hubieran tramitado ya el expediente de capacidad matrimonial ante el Juez encargado del Registro civil, pueden celebrar matrimonio civil ante notario, conforme a la modificación que esa misma ley hace del artículo 52 del Código civil.

Como es sabido, desde el año 2005 el Código civil español admite la celebración de matrimonio civil entre dos personas del mismo sexo (*Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, 2005).

En consecuencia, los notarios se encuentran ante dos deberes legales: el primero, tramitar actas en la que se constate el cumplimiento de los requisitos de capacidad matrimonial de los contrayentes a partir del 30 de junio de 2017 (*Ley del Notariado*, 1862, artículo 51); y el segundo, celebrar matrimonios civiles de personas del mismo sexo, otorgando escritura pública (*Ley del Notariado*, 1862, artículo 52).

Muchos notarios —católicos y no católicos (Martínez-Torrón, 2005)— se encontrarán con la obligación legal de intervenir en la consecución de un acto contrario a la definición natural del matrimonio (una de cuyas notas esenciales es la unidad en su vertiente de heterosexualidad) y, en consecuencia, atentatorio de la conciencia (Iglesia católica, 1992, n. 1603; Pontificio Consejo «Justicia y Paz», 2005, n. 216; Tirapu Martínez, 2011, pp. 8-9).

Cierto es que en España el porcentaje de matrimonios entre personas del mismo sexo es muy bajo: en torno al 2.1% del total (Instituto Nacional de Estadística, 2015). Por tanto, son pocas las posibilidades de que se solicite al notario con competencia territorial, de elección de los contrayentes, que tramite el acta previa de capacidad y escriba la celebración. Sin embargo, es muy probable que, si los colectivos afectados detectan una resistencia a la celebración de este tipo de matrimonio, presionen

jurídica, social y mediáticamente para vencer la oposición de las conciencias.

En el *iter* de elaboración parlamentaria de la modificación del Código civil español en materia de matrimonio, se planteó la posibilidad de una “cláusula de conciencia” a favor de las autoridades y funcionarios llamados a intervenir en el matrimonio de personas del mismo sexo, estableciendo un sistema de sustituciones:

Disposición adicional tercera. Abstención y sistema de sustitución. 1. Las autoridades y funcionarios de todo tipo que, debiendo intervenir en cualquier fase del expediente matrimonial entre personas del mismo sexo, adujeren razones de conciencia para no hacerlo, tendrán derecho a abstenerse de actuar. 2. La Administración o Corporación a la que perteneciere la autoridad o funcionario que se acogiere al derecho reconocido en el apartado anterior, proveerá el sistema de sustitución adecuado para garantizar, en todo caso, que quienes tengan derecho a contraer matrimonio puedan efectivamente contraerlo (Senado, 2015, Serie II. Proyectos de ley).

Sin embargo, tal propuesta no prosperó, lo cual es perfectamente congruente con las pretensiones que propulsan el matrimonio homosexual y que se traducen en un juego de suma cero, es decir, que no admite dar carta de naturaleza a una oposición jurídicamente consagrada.

La presente investigación tiene por objeto valorar desde el punto de vista teórico y práctico la viabilidad del ejercicio del derecho de objeción de conciencia de los notarios españoles a la tramitación y celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo. Para ello, se estudiará el concepto de objeción de conciencia y su concreta aplicación a jueces, funcionarios y, en general, autoridades del Estado y profesiones especialmente reguladas. Por otro lado, se indagará acerca de la dimensión moral de la actuación de los notarios en el supuesto y, más en concreto, acerca de la licitud de la cooperación al mal en este caso, por comparación con la aplicación de la ley injusta por parte de los jueces. Previamente, con el fin de enmarcar adecuadamente el problema estudiado, se ofrecerá una aproximación sintética a la jurisdicción voluntaria y a la naturaleza de la función de los notarios en el ordenamiento jurídico español.

## 1. Jurisdicción voluntaria, función del notariado en España, responsabilidades legales del notario

El concepto de jurisdicción voluntaria remite a la tutela pacífica de los derechos e intereses civiles y mercantiles a través de expedientes que requieren “la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso” (*Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, 2015, artículo 1.2).

Se entiende por actos de jurisdicción voluntaria aquellos que, atribuidos tradicionalmente a un juez, no son una actividad judicial (procesal) sino (i) actos de tipo análogo a la actividad notarial (i.e. autenticando un documento privado), (ii) actos de protección de sujetos con capacidad judicialmente completada o (iii) actos de intervención o participación en el tráfico jurídico constitutivo de los particulares (Gómez Orbaneja & Herce Quemada, 1968, pp. 380-384).

La nueva ley, en su artículo 1 (Objeto y ámbito de aplicación), esquivo una definición sustantiva de la jurisdicción voluntaria para acogerse a un concepto normativo (los actos comprendidos en la propia ley) y subjetivo (actos que requieren la intervención de un órgano jurisdiccional). Y ha extendido importantes aspectos de la jurisdicción voluntaria a “operadores jurídicos” no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Letrados de la Administración de Justicia (antes Secretarios judiciales), Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles (Liébana Ortiz & Iglesia Monje, 2015, pp. 53-83). La razón de esta extensión —según la Exposición de Motivos— es que la Administración pública se ha modernizado y, por tanto, “hoy han perdido vigencia algunas de las razones que justificaron históricamente la atribución de la jurisdicción voluntaria, en régimen de exclusividad, a los Jueces”. Quizá la razón no declarada sea el colapso de asuntos pendientes en los juzgados en España, lo cual aconsejaría aliviarlos de tareas que,

aun siendo importantes, pueden encomendarse a otros órganos, autoridades y profesionales.

La celebración y el acta previa de matrimonio son aspectos que se atribuyen por primera vez a los notarios. En la ley, como ya se anticipaba en la introducción, cabe distinguir dos regímenes distintos. El primero, transitorio, establece que los notarios pueden celebrar el matrimonio de quienes ya hubieran tramitado su expediente matrimonial ante el Encargado del Registro Civil antes del 30 de junio de 2017. El segundo establece que a partir de esa misma fecha los notarios podrían celebrar matrimonio exclusivamente de quienes hubieran tramitado acta previa matrimonial ante el mismo u otro notario.

El acta previa matrimonial tiene por objeto constatar unos extremos: la capacidad de los contrayentes para celebrar matrimonio, la ausencia de impedimentos (o su dispensa) y cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio (sobre todo para detectar los matrimonios simulados, matrimonios de conveniencia, *bogus marriage*).

La escritura pública de celebración de matrimonio deja constancia de la celebración del mismo e irá firmada por el notario ante quien se celebre, los contrayentes y los dos testigos. Extendida el acta se remitirá por el autorizante copia acreditativa de la celebración de matrimonio al Registro civil competente para su inscripción, previa calificación por el encargado del Registro civil, conforme al artículo 62 del Código civil.

La constatación de los requisitos de capacidad podría considerarse propia de la jurisdicción voluntaria, mientras que la celebración de matrimonio no: se trata de un requisito para la validez formal de un negocio jurídico de familia.



## 2. Eventual protección jurídica de la objeción de conciencia de los notarios respecto de los deberes normativamente impuestos

2.1. La objeción de conciencia: concepto, naturaleza y tratamiento jurídico

Resulta poco menos que imposible sintetizar todos los elementos relevantes en torno a la noción, naturaleza y tratamiento jurídico de la objeción de conciencia. Son abundantísimos los estudios jurídicos que en las últimas décadas del siglo XX y en el comienzo del siglo XXI, se han adentrado con creciente interés en este singular y polifacético fenómeno (Celis Brunet, 2015; González Sánchez, 2013). Aquí me limitaré a resumir algunos aspectos relevantes para los propósitos de este artículo.

Por objeción de conciencia se entiende la conducta individual omisiva frente a un deber normativamente impuesto, motivada por razones axiológicas, no meramente psicológicas o de otra naturaleza. La objeción de conciencia se incardina en el amplio campo de los comportamientos de desobediencia al derecho. De entre los mismos, la objeción de conciencia se singulariza por dos elementos particulares derivados precisamente de su habitual carácter omisivo. En primer lugar, la objeción de conciencia tiene un bajo índice de peligrosidad (Navarro-Valls & Martínez-Torrón, 2012, p. 75). Y en segundo lugar, presupone una restricción mayor de la libertad que la que se produce por la prohibición de actuación, tal como señala el Tribunal Constitucional:

[L]os mandatos de actuación, cuyo incumplimiento da lugar a los delitos omisivos (mandatos que por ello ofrecen, en el presente caso, especial relevancia), restringen la libertad en mayor medida que las prohibiciones de actuación, cuya infracción genera delitos de acción (*Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002*, 2002, fundamento jurídico 12).

El aumento de supuestos y la apertura al estudio comparado (propiciada también por la creciente relevancia de la jurisprudencia de los Tribunales y decisiones de organismos supranacionales) ha hecho de esta materia un elemento de creciente interés para la doctrina académica.

No obstante la definición propuesta, conviene advertir que la objeción de conciencia como concepto

se encuentra condicionada a las dos principales orientaciones académicas y jurisprudenciales relativas al tratamiento jurídico que debe otorgarse a esta peculiar forma de desobediencia al derecho (Alenda Salinas, 2015, pp. 1-14).

Para un primer sector, la objeción de conciencia es el *nomen juris* que se otorga a una forma de exención normativamente prevista a un deber, originariamente de índole cívico (como el servicio militar, formar parte del jurado popular o de una mesa electoral). Ya sea por vía constitucional (piénsese en el derecho-deber del servicio militar en la Constitución española en su artículo 30.2), ya por vía legislativa (o normativa en general), corresponde al poder legislativo y/o al ejecutivo habilitar la posibilidad, en atención a la conciencia de los ciudadanos, de alternativas al cumplimiento de los deberes normativos, lo que se ha venido llamando *interpositio legislatoris*. Debe existir, por tanto, una autorización implícita o explícita para que estemos ante la objeción de conciencia (Arlettaz, 2015, pp. 43-44). Pero en cualquier caso, para este sector no existe en modo alguno un derecho general a la objeción de conciencia fundado en la libertad de conciencia:

La jurisprudencia constitucional española, en suma, no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia con alcance general. Y por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el art. 10.2 CE para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, el único que puede traerse a colación es el art. 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.” Es verdad que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado; y es probable que tras la mención específica a la Carta en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla deba ya ser utilizada como canon interpretativo aun cuando el mencionado Tratado de Lisboa no haya todavía entrado en vigor.

Ahora bien, la propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen derecho de la Unión Europea, lo que claramente no ocurre en el caso ahora examinado. El art. 10.2 de la Carta, además, requiere expresamente una interposición legislatoris para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule (*Sentencia del Tribunal Supremo 342/2009*, 2009, fundamento jurídico 8).

Desde las prevenciones legislativas en contra de un derecho general de objeción de conciencia que pudiera abrirse camino en el futuro (*Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público de México*, 1992, artículo 1), hasta las afirmaciones jurisprudenciales que aseguran la total incompatibilidad del derecho a la objeción de conciencia con el Estado de derecho (*Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987*, 1987, fundamento jurídico 3), se detecta una abierta desconfianza hacia la objeción de conciencia entendida como reconocimiento automático de un derecho fundamental emparentado con la libertad de conciencia. Incluso allí donde el derecho estatal se ha mostrado históricamente proclive a admitir exenciones al cumplimiento de leyes aparentemente neutrales, pero que lesionan la conciencia religiosa, se ha abierto paso de forma decidida opiniones discordantes con las denominadas *religious accommodations* o “adaptaciones” (exenciones, alternativas) a los requerimientos de respeto de la conducta observada por motivos religiosos o de conciencia (Hamilton, 2015; Hill QC, 2016; Horwitz, 2015; Schuklenk & Smalling, 2016). Quizá esta abierta prevención y este sentido restrictivo de la libertad vengán condicionados por el “el miedo a abrir una caja de Pandora, a desencadenar una suerte de ‘apocalipsis jurídico’, como si reconocer un derecho a la objeción de conciencia implicara necesariamente hacerlo de manera absoluta o incontrolada.” (Martínez-Torrón, 2015).

Para otro sector, en el que me incluyo, la objeción de conciencia no es el *nomen iuris* con el que se designa el reconocimiento normativo de una exención o una excepción a los deberes impuestos de forma general a los destinatarios de las normas. Más bien, es un modo de identificar un comportamiento jurídicamente relevante, cuya peculiaridad reside en su conexión, origen o relación con el juicio de conciencia del sujeto que desobedece el derecho. Pero de esta designación no se deriva una

exención o una excepción. Sencillamente, nos coloca ante una realidad relevante a los efectos de calibrar, por un lado, los límites o el alcance de un derecho fundamental, la libertad de conciencia (*Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985*, 1985) que irradia su eficacia en todo el derecho estatal (Bastida Freijedo et al., 2004, p. 53) y, por otro, la legitimidad de las limitaciones que el poder público puede imponer al ejercicio de los derechos fundamentales. En suma, la objeción de conciencia representa el ejercicio de un derecho fundamental pero puesto que no existen derechos ilimitados, lo que el sistema jurídico debe hacer es sencillamente estar abierto a valorar la legitimidad de las distintas formas de objeción de conciencia (Navarro-Valls & Martínez-Torrón, 2012, pp. 68-80). En parte —y por ofrecer un ejemplo concreto— abona esta tesis la dicción del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, después de reconocer el derecho fundamental a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, establece: “[l]a libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.” No nos situamos, por tanto, ante un reconocimiento automático de cualquier modalidad de objeción de conciencia, sino en un escenario jurídico en el que debe haber una propensión favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, acompañada de la exigencia de que las limitaciones al ejercicio de los derechos cumplan unas condiciones formales determinadas para la protección de intereses materiales de carácter superior. Esta es la dirección a la que apunta el propio Tribunal Constitucional español cuando afirmaba:

La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades así como la laicidad y neutralidad del Estado. La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho —que no es ilimitado

o absoluto— a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que, conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 CE, limita sus manifestaciones (*Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002*, 2002, fundamento jurídico 7).

Y dicha dirección se vio confirmada por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia de 2015 sobre objeción de conciencia farmacéutica (*Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015*, 2015, fundamento jurídico 5), si bien perdió el Tribunal una “oportunidad de oro” para precisar la naturaleza y el tratamiento jurídico de la objeción de conciencia en el marco constitucional, tras décadas de una jurisprudencia confusa (Martínez-Torrón, 2015).

Tradicionalmente, la objeción de conciencia pudo valorarse como expresión de un conflicto entre conciencia y ley, o entre dos ordenamientos jurídicos (el secular *versus* el religioso), llamados a regular la misma conducta (Carbonnier, 1974, p. 27; Carnelutti, 1971, p. 207). Era el enfoque clásico desde el que se analizaba la protección jurídica del sigilo o secreto de confesión. En tiempos más recientes se ha avanzado en la comprensión del fenómeno, advirtiendo que la objeción de conciencia significa un conflicto de normas aplicables dentro del mismo ordenamiento jurídico: entre la norma que reconoce el derecho a la libertad de conciencia y la norma que exige un determinado comportamiento (Asián Pereira, 2015, p. 160). Y también se ha observado que “la objeción de conciencia es un instrumento que, en el contexto de la libertad de conciencia y de religión, permite proteger las convicciones de quienes disienten de la perspectiva de la mayoría. Es un modo de acomodar las creencias de las minorías: se permite que la mayoría decida, y se acuerdan excepciones para las minorías que disienten” (Arlettaz, 2015, p. 42).

En general, hoy en día se admite pacíficamente que el comportamiento objetor no tiene por qué estar estrechamente vinculado a un código religioso identificable. Dicha vinculación ha ido perdiendo relevancia progresivamente, desde el momento en que el interés de los tribunales (y del derecho, en general) se ha centrado en la sinceridad del objetor o, en palabras

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Campbell v United Kingdom*, 1983, párr. 36), en que sus creencias alcancen un determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia (Su, 2016).

## 2.2. Objeción de conciencia por parte de autoridades y funcionarios públicos

Pudiera parecer que la objeción de conciencia es un comportamiento del ciudadano corriente —de un simple particular— frente a las normas estatales que imperan un comportamiento contrario a la conciencia.

Sin embargo, no han sido infrecuentes los casos en los que autoridades públicas, funcionarios o jueces han opuesto objeción de conciencia frente al deber requerido. Estos casos vienen de atrás, pero sobre todo llamó la atención, a la opinión pública internacional y a los juristas, la negativa de Balduino, rey de los belgas, a sancionar la ley despenalizadora del aborto, en el año 1990 (Sánchez García, 1993). No existiendo en el sistema constitucional belga el derecho de veto del Rey, y estimándose que la sanción viene a ser un acto automático, incluso mecánico, podríamos decir, la conciencia del rey fue salvada mediante un singular mecanismo constitucional promovido por el Gobierno: declarar la imposibilidad de reinar de Balduino, sancionar y promulgar la ley de despenalización del aborto, y después reunir la Cámara de Diputados y el Senado para constatar que se acabó la imposibilidad de reinar, reanudándose el ejercicio de los poderes constitucionales del rey. Ciertamente, la actuación de Balduino no dejaba de ser, como se ha dicho, un acto automático o mecánico; sin embargo, el rey entendía que el acto tenía una dimensión moral cuya protección jurídica no podía dejar de reclamar: “¿Es normal que yo sea el único ciudadano belga obligado a actuar contra su conciencia en un tema clave? ¿La libertad de conciencia es para todos, menos para el Rey?” Lo cual, a su vez, recuerda que en nuestros días la gran brecha en la ciencia política y el derecho no está entre las diversas creencias religiosas, sino entre aquellos que entienden su religión como realidad omnicompreensiva —que rige toda la vida— y los que entienden su religión sólo como un aspecto más de sus vidas (McConnell, 1999, p. 655).

Exigir de forma inflexible a los funcionarios y autoridades una actuación contra la propia conciencia porque así lo establece la norma jurídica, no deja de ser —y vuelvo a las dos grandes concepciones acerca de la objeción

de conciencia— adoptar una de las posturas posibles, omitiendo parte de la compleja ecuación: la libertad de conciencia no está fuera de la ley que se debe hacer cumplir, sino que forma parte de esa misma ley.

No obstante, el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de autoridades y funcionarios resulta ser una cuestión singularmente compleja especialmente si tratáramos de elaborar unas fórmulas y unas soluciones exactas. Tres razones abonan esta conclusión.

En primer lugar, el distinto estatuto jurídico de las autoridades y funcionarios. Así, por ejemplo, jueces y fiscales en España están sometidos a una regulación estatutaria especial. Se trata de un marco normativo distinto del que correspondería a una relación laboral o contractual con el Estado. Por su parte, los notarios pertenecen a una categoría igualmente singular, que puede englobarse genéricamente en las denominadas profesiones altamente reguladas. De menos intensidad en cuanto a la regulación, y fuera del esquema de las autoridades públicas, la profesión farmacéutica también se encuentra sometida a una regulación más intensa (*Ley 16/1997, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia*, 1997) en lo que se refiere al ejercicio de la libertad de conciencia (Martín Sánchez, 2007, pp. 106-110; Sieira Mucientes, 2000, pp. 219-224). Por último, no cabe excluir incluso —desde la perspectiva del derecho comparado— que las funciones públicas ejercidas por determinadas profesiones relativas al registro civil sean desempeñadas por profesionales que mantienen una relación meramente contractual con las autoridades locales, como es el caso de Inglaterra y Gales (*Statistics and Registration Service Act, Chapter 18*, 2007, sec. (68)). Situaciones diversas, por tanto, respecto de las cuales se aplican también reglas diversas en la limitación de los derechos fundamentales. Así, jueces y fiscales se han englobado genéricamente en las llamadas situaciones de sujeción especial, “situaciones jurídicas en las que se encuentran los individuos sometidos a una potestad administrativa de auto-organización más intensa de lo normal” (Bastida Freijedo et al., 2004, p. 94). Pero esa potestad administrativa de mayor intensidad no conlleva la renuncia a los derechos fundamentales; su restricción debe conducirse conforme al principio de proporcionalidad. Puede haber una incompatibilidad de ejercicio, una extensión menor si se quiere, extensión

que se limita en la medida estrictamente necesaria para alcanzar los fines o propósitos del ordenamiento jurídico en relación con la profesión o los cometidos atribuidos al funcionario o a la autoridad pública. A este propósito, resulta especial el caso en el que la nueva regulación obliga a realizar actuaciones no previstas en el momento en el que quien objeta comenzó su relación estatutaria o contractual (López Guzmán, 1997, p. 82); en otro ámbito distinto —la profesión periodística— el Derecho español no ha dudado en otorgar un cierto grado de protección a la libertad del profesional de la comunicación cuando se produce un cambio en la orientación ideológica del medio para el que trabaja (*Ley Orgánica 2/1997, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información*, 1997). Entiendo que debe tomarse en consideración la libertad de conciencia como elemento que define el entorno jurídico del ejercicio profesional, y cuya alteración sustancial no puede verificarse sin la consiguiente cláusula de exención del cumplimiento del deber normativo impuesto de forma sobrevenida.

La segunda razón por la que resulta difícil elaborar conclusiones generales sobre ejercicio de la objeción de conciencia por parte de autoridades y funcionarios estriba en los resultados contradictorios alcanzados en un mismo ordenamiento jurídico. Así, en el Reino Unido, Lillian Ladele, que trabajaba el registro de Islington Borough Council (ya antes de la entrada en vigor de la ley de parejas de hecho) y objetaba a la celebración de parejas del mismo sexo, se ve desamparada —también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Case of Eweida and Others v. United Kingdom*, 2013)— en su derecho fundamental de libertad de conciencia, mientras que Margaret Jones consiguió que el registro civil de Central Bedfordshire Council le eximiera de celebrar bodas de personas del mismo sexo (Hellen, 2014; Lorge, 2014). Este último caso pone de manifiesto que alcanzar acuerdos (*grass roots level compromise* (Hill QC, 2016, p. 8)) para acomodar las objeciones de conciencia, sin necesidad de acudir a la actuación de los tribunales, será siempre un resultado más pacífico, menos traumático. Simultáneamente (y esto pasa desapercibido a los grandes titulares de prensa) no sería extraño que el distinto enfoque jurídico que se dé al caso en el momento de ser presentado ante una comisión de reclamaciones o ante los tribunales de justicia, haga cambiar el resultado sin que la situación de hecho sea distinta.

Y la tercera razón: las reglas genéricas aplicables al denominado “conflicto de derechos” no ofrecen idénticos resultados. Me explico: cuando entran en colisión dos derechos (en este caso, el derecho a la libertad de conciencia y el derecho a contraer matrimonio) y supuesto que estemos ante un verdadero conflicto (es decir, que el ejercicio de uno de los derechos hace totalmente imposible el ejercicio del otro), las dos vías posibles para el tratamiento jurídico del problema son, por un lado, establecer la jerarquía abstracta de los derechos fundamentales en conflicto y, por otro lado, la ponderación de bienes. Conforme a la primera de las dos vías, los dos derechos en conflicto no ocupan la misma posición en la Constitución española en orden a su protección, ya que la libertad de conciencia vendría reconocida en el artículo 16 y protegida mediante las reglas del artículo 53.2. sobre las garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1ª, capítulo 2º, Título 1º de la Constitución, así como el artículo 81 (reserva de ley orgánica), mientras que el *ius connubii* protegido por el artículo 32 de la Constitución gozaría de una importancia y un nivel de protección menor, conforme al mismo artículo 53 del texto constitucional: en esta pugna, es inevitable que triunfe el derecho fundamental de libertad de conciencia (Navarro-Valls, 2005, p. 26). Y respecto a la segunda de las vías de tratamiento, y omitiendo aquí todos los pormenores que conlleva la ponderación de bienes, la *vis atractiva* que ejerce el principio de no-discriminación sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, hace más que probable en la práctica que se considere preponderante el derecho a la no discriminación sobre la libertad de conciencia (Sandberg, 2011).

Pasemos ahora de la perspectiva general acerca de la objeción de conciencia de autoridades públicas y funcionarios, al campo concreto del notariado español.

En España, el notario “es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales” (*Ley del Notariado*, 1862, artículo 1). Se trata de una profesión jurídica altamente regulada, una figura del derecho con una doble naturaleza y función. “Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho (...) Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o

percibe por sus sentidos; b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar” (*Decreto por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado*, 1944, artículo 1). El notario es un “ejerciente privado de una función pública (...) La función y el régimen jurídico del Notariado tienen una personalidad propia tan acusada, tan perfilada y minuciosamente regulada en sus aspectos orgánicos y funcionales, que bien puede constituir una categoría autónoma. Su historia y posición en el mundo del Derecho así lo justifican. Sólo si con un propósito sistemático se desea encuadrar tal categoría en otra más amplia, la categoría de los ejercientes privados de funciones públicas parece ser la más adecuada para ello” (Fernández & Sainz Moreno, 1989, p. 166). Respecto de los ciudadanos, la relación con el notario (de la propia demarcación) está gobernada por el principio de libre elección por parte de los interesados, debiendo el notario abstenerse “de toda práctica que limite la libertad de elección de una de las partes” (*Decreto por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado*, 1944, artículo 126).

En relación con el matrimonio civil —tanto en lo que se refiere a los actos previos como a la celebración de matrimonio— el papel del notario es equiparable al de un funcionario. Y en su papel de profesional del Derecho, lo que hace el notario no guarda relación directa con la celebración de matrimonio y sus requisitos formales previos, sino con actos concomitantes o subsiguientes (p.ej. aconsejar acerca del régimen económico matrimonial).

En el cumplimiento de las funciones atribuidas, el notario no puede negar “sin causa justa” (volveremos sobre esta expresión) la intervención de su oficio (*Ley del Notariado*, 1862, artículo 2). De conformidad con la normativa especial disciplinaria, el notario puede incluso incurrir en infracción muy grave si su actuación profesional supone “discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (*Decreto por*

el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, 1944, artículo 348 i), lo cual se aplicaría al caso de negativa a tramitar y celebrar un matrimonio del mismo sexo). La infracción muy grave puede sancionarse con “multa en el último tramo [entre 12.020 y 30.050 €], traslación forzosa, suspensión de funciones y separación del servicio” (*Decreto por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado*, 1944, artículo 353). Conviene recordar igualmente que la denegación de una prestación de servicio público o de servicio profesional constituye delito (*Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal*, 1996, artículos 511 y 512).

Los representantes oficiales del notariado español no han puesto problemas —todo lo contrario— a la celebración de matrimonios de personas del mismo sexo (Lainformación.com, 2015). Simultáneamente, debe advertirse que el Derecho español blindo el cumplimiento y la aplicación de la ley por parte de los jueces y funcionarios ante eventuales objeciones de conciencia (Requero Ibáñez, 2008): así se ha puesto de manifiesto a las claras con motivo de dos sentencias relacionadas con el tema.

La primera de ellas, del Tribunal Supremo, plantea precisamente el ejercicio de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en relación con los expedientes de matrimonio entre personas del mismo sexo cuya tramitación se seguía en el Registro Civil a cargo del recurrente. Al concluir acerca de los argumentos esgrimidos por el juez, de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la del propio Tribunal Supremo, la sentencia concluye en estos términos:

... si uno de los rasgos distintivos de la posición de los miembros de la Carrera Judicial, en tanto ejercen la potestad jurisdiccional o aquellas otras funciones que el artículo 117.4 de la Constitución autoriza al legislador a encomendarles, es su sumisión única a la legalidad en el doble sentido que se ha dicho, está claro que no pueden dejar de cumplir los deberes que emanan de la misma a falta de previsión expresa que se lo autorice. En caso contrario, se resentiría esencialmente la configuración del Poder Judicial y la función de garantía del ordenamiento jurídico y de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que el constituyente le ha confiado. Aquí reside lo determinante de este pleito.

Frente a ello, carecen de trascendencia otros aspectos que se han mencionado. En efecto, no se trata de que sea posible o no sustituir al encargado del Registro Civil en un caso concreto, ni de que haya formas de evitar perjuicios a terceros, sino del principio que somete al juez a la Ley en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención, precisamente por esa sumisión y por los otros rasgos que le caracterizan —independencia, imparcialidad, responsabilidad— en garantía de los derechos e intereses legítimos de todos. Principio fundamental que se vería en cuestión desde el momento en que se subordinara a consideraciones de conciencia el cumplimiento de las funciones judiciales o, en este caso, registrales, previstas por normas legales válidas, especialmente, si como, en este caso, tienen un carácter técnico, absolutamente desvinculado de toda práctica religiosa (*Sentencia del Tribunal Supremo 3059/2009*, 2009, fundamento jurídico 9).

La segunda sentencia fue dictada en 2008 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid con motivo de los recursos interpuestos por una secretaria judicial para ser eximida de la tramitación de expedientes de matrimonios del mismo sexo; esta sentencia indica:

... los actos profesionales de un Secretario Judicial, en la tramitación de un expediente de matrimonio entre personas del mismo sexo, no guardan relación alguna con la dimensión interna de su derecho constitucional a la libertad religiosa; no se le impone, en modo alguno, una actuación contraria a su creencia religiosa, tampoco que exteriorice cuál es ésta. Desde la perspectiva de las creencias religiosas de cada uno, desde el fuero interno de cada cual es lícito rechazar que se denomine matrimonio a la unión entre dos personas del mismo sexo, pero cumplir con deberes profesionales, que exteriorizan simplemente trámites muy indirectos, a los que se está obligado por ley, para que otros realicen los conducentes a dicho matrimonio no supone una afectación a las propias creencias (*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 20310/2008*, 2008, fundamento jurídico 4, *Sentencia del Tribunal Supremo 1068/2012*, 2012).

Como puede verse, el Tribunal realiza una incursión —por lo demás bastante común— que conduce a decidir qué actuaciones son contrarias o no a las propias creencias, lo cual sitúa al juzgador en una pendiente

resbaladiza hacia estimaciones ya desechadas por otros tribunales extranjeros y supranacionales. Quizá hubiera sido más acertado limitarse a evaluar el conflicto desde la ponderación de bienes en juego.

Adicionalmente, y centrándonos de nuevo en la figura del notario, conviene tener en cuenta que el Código de Deontología Notarial español, aprobado el 8 de mayo de 2014, establece en su número I.b.: “El Notario no podrá denegar sus funciones por razones de conciencia o moral individual cuando el acto o contrato cuya formalización se solicite esté permitido o se halle amparado por el Ordenamiento jurídico.” Desde el momento en el que el Tribunal Constitucional despejó la duda acerca de la constitucionalidad del matrimonio de personas del mismo sexo, la denegación de funciones no estaría justificada (*Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012*, 2012).

Nótese, por tanto, que la propia organización colegial desprotege la omisión de conciencia del profesional, cosa que no ha sucedido —por ejemplo— con los profesionales de la sanidad (Consejo General de Colegios de Farmacéuticos de España, 2001, sec. 23, 28, 33; Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, 2011, sec. 32-35).

En estas circunstancias es más que dudoso que pudiera considerarse que la objeción de conciencia es esa “causa justa” del artículo 2 de la Ley española del notariado, a la que ya se aludía anteriormente. El concepto jurídico indeterminado “causa justa” resultó relevante para el reconocimiento de efectos jurídicos en la objeción de conciencia al calendario laboral semanal en Estados Unidos de América (*Sherbert v. Verner*, 1963); Adele Sherbert, Adventista del Séptimo Día, fue despedida de su empleo en una empresa textil de Carolina del Sur ya que —al ampliarse el calendario laboral semanal— se negaba, por motivos de conciencia, a trabajar en sábado. Por esta misma razón no pudo obtener trabajo en otra empresa, y solicitó subsidio de desempleo. Le fue denegado ya que, conforme a la ley estatal de desempleo, no puede acceder a ese beneficio quien, sin “causa razonable o justa”, hubiera rechazado un trabajo que se le ofreciera. El Estado entendió que los motivos religiosos no eran en modo alguno esa causa razonable. El Tribunal Supremo federal dictó sentencia favorable a la apelante. En la nota a pie de página n. 7 de la sentencia se puede leer lo siguiente:

We note that, before the instant decision, state supreme courts had, without exception, granted benefits to persons who were physically available for work but unable to find suitable employment solely because of a religious prohibition against Saturday work. (...) One author has observed, “the law was settled that conscientious objections to work on the Sabbath made such work unsuitable, and that such objectors were nevertheless available for work... A contrary opinion would make the unemployment compensation law unconstitutional as a violation of freedom of religion. Religious convictions, strongly held, are so impelling as to constitute good cause for refusal. Since availability refers to suitable work, religious observers were not unavailable because they excluded Sabbath work” Altman, *Availability for Work: A Study in Unemployment Compensation* (1950), 187.

En España, se debatió igualmente si la conciencia del ciudadano resultaba ser “causa que dificulte de forma grave” (*Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado*, 1995, artículo 12) el desempeño de la función de jurado (Martínez-Torrón, 1996) ... Sin embargo, a la luz del propio Código de Deontología Notarial sólo sería admisible una interpretación estricta que identifica la causa justa con el requerimiento de actuar contra el ordenamiento jurídico, o con situaciones en que concurra alguna circunstancia de incompatibilidad o imposibilidad.

En supuestos puntuales, las objeciones de conciencia (cuando la conducta viene acompañada de sanción penal) podrían ser residenciadas en la eximente por “estado de necesidad” (*Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal*, 1996, artículo 20). El Ministerio Fiscal español así lo ha tomado en consideración con motivo de la objeción de conciencia a tratamientos médicos, amparando la “objeción de conciencia” (oposición a la voluntad del paciente, motivada por razones profesionales, *lex artis* o motivos deontológicos) de los médicos (Ministerio Fiscal, 2012). Difícilmente podría situar la objeción de conciencia del notario bajo esta eximente en la aplicación de los artículos 512 y 513 del Código penal antes indicados (denegación de servicio por orientación sexual).

Y a título de hipótesis, cabría aventurar la admisibilidad de la objeción de conciencia del notario a la luz de los argumentos del Tribunal Constitucional en relación con la objeción de conciencia farmacéutica. Cuando

este Tribunal ponderó la libertad de conciencia del profesional frente al derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados, tuvo en cuenta la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, como factor que permitía satisfacer el interés frente al que se ejercitaba la objeción (*Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015*, 2015, fundamento jurídico 5). Puesto que el notario no renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales —como no sucede en las situaciones de sujeción especial— en la medida en que pueda satisfacerse el interés de celebración de matrimonio en poblaciones en las que existen varias notarías, se podría conjugar el principio de libre elección de notario, de carácter supremo, con un derecho de abstención que comprendiera la objeción de conciencia del afectado, distinto del régimen normativo de sustituciones (*Decreto por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado*, 1944, artículo 49) (i.e. actuación de otro notario para todos los asuntos de la notaría) previsto para los casos de ausencia, licencia de paternidad o maternidad, enfermedad temporal o supuesto similar.

En fin, dentro de las categorías usuales para el análisis jurídico de la objeción de conciencia, se ha abierto paso recientemente la denominación *complicity-based conscience claims* (Nejaime & Siegel, 2014) (requerimientos de conciencia basados en la complicidad) para referirse a aquellas formas de objeción de conciencia religiosa que afectan a otra persona, a un tercero cuya conducta se considera inmoral por parte del objetor, siendo necesario que este último concorra con su acción a lo que aquella pretende hacer. Precisamente el hecho de afectar a terceros (mediando por tanto el principio de daño) ha conducido a una valoración negativa de esta forma de objeción, olvidando que en no pocos casos quien debe garantizar lo que la norma prevé (en este caso, la celebración de matrimonio) es el Estado y sólo indirectamente (es más, podría haberse permitido un sistema de sustituciones para respetar a los objetores) los funcionarios o autoridades públicas. En cualquier caso, el perfil de estos “requerimientos de conciencia basados en la complicidad” nos sitúa frente a lo que se conoce como “cooperación al mal”, cuestión que se aborda en el siguiente apartado.

### 3. Licitud de la cooperación al mal por parte de los Notarios en el supuesto que se analiza

Al examinar, desde la perspectiva de la moral católica, la licitud de la cooperación al mal, es preciso hacer dos observaciones. La primera, que la orientación de la conducta moral de la persona no sólo se dirige a evitar el mal propio o ajeno, sino a promover el bien en todos los órdenes, también en el social y el profesional. La segunda, relacionada con la anterior, que las reglas o condiciones que hacen lícita la cooperación al mal no sustituyen, sino que orientan la conciencia respecto de lo que el agente pudiera proponerse. Por ello, aun cuando la exposición de la licitud de la cooperación al mal resulta orientativa, es un tema distinto de la objeción de conciencia al notario y no determina necesariamente la conducta de éste. El derecho estatal no debería condicionar el amparo de la objeción de conciencia, adoptando como criterio jurídico la licitud o ilicitud de la cooperación al mal, al margen del juicio de conciencia del objetor.

La cooperación al mal en sentido estricto es la acción con la que se facilita la acción inmoral de otra persona, sin

influir directamente en su voluntad de efectuarla. Dentro de esta categoría general, se distingue la cooperación formal (intervención consintiendo en la acción inmoral) y la cooperación material (intervención que no consiente en la acción inmoral de otro sujeto, pero que la hace posible). Ambas formas de cooperación pueden considerarse ilícitas, si bien en determinadas circunstancias puede considerarse lícita la cooperación material (Cuervo, 1995, pp. 146-149). En concreto, se estiman condiciones para la licitud de la cooperación material: que sea el único medio para obtener un determinado bien o evitar un grave daño; que la acción de quien coopera sea de suyo buena o al menos indiferente; que la intención del cooperante no sea desear el mal del agente con quien coopera y sin que busque ninguna otra finalidad ilícita; que exista justa causa, es decir proporción entre el bien que con la cooperación se desea conseguir (o el mal que con ella se trata de evitar), y el mal que, por el contrario, se produce con la cooperación; y que el efecto bueno que se desea conseguir con la cooperación no sea efecto de



la acción mala a la que se presta esa cooperación (Lanza & Palazzini, 1958, pp. 402-404; Prümmer, 1955, n. 619).

Como ya se ha señalado anteriormente, la función que el notario desempeña en relación con el matrimonio de personas del mismo sexo puede equipararse a la que cumple el juez en los mismos casos. En tal sentido, la doctrina acerca de la moralidad de la cooperación al mal en la aplicación de la ley injusta por parte del juez sería de aplicación en este otro supuesto (Diego-Lora, 1987), concluyéndose del siguiente modo:

Solo puede cooperarse materialmente cuando se está ante el único medio de evitar un daño más grave, o conseguir un bien necesario de mayor importancia. Si la ley de la jurisdicción voluntaria o la normativa especial relativa al notariado tuviera una cláusula de conciencia, no se plantearía este problema, como tampoco si se atribuyera el acta de capacidad matrimonial y la celebración de la boda a unas notarías determinadas. La causa proporcionada que hace lícita la cooperación puede ser los graves perjuicios personales y familiares que padecerá el notario si, por no querer observar la aplicación de la ley, se viera forzado a renunciar a su carrera y retirarse de su función pública o sufriera la sanción de separación del servicio o inhabilitación. El acto primero del notario puede considerarse bueno y conforme a sus deberes deontológicos fundamentales:

obedecer la ley y aplicarla al caso. A pesar del propósito de la ley española, el notario de recto criterio sabe que de su aplicación no se sigue un verdadero matrimonio (es imposible). La intención del cooperante consiste de forma inmediata en la comprobación de la capacidad matrimonial (lo cual es común para cualquier matrimonio) y la constatación mediante escritura pública de la voluntad manifestada por dos personas del mismo sexo de contraer matrimonio civil (lo cual está establecido artificialmente en la ley). La existencia (nominal) en el derecho español de un nuevo matrimonio homosexual no es efecto directo de la intervención del notario (que se limita a constatar) sino de la ley y de la voluntad de los contrayentes; la intervención del notario no es constitutiva, sino declarativa, lo que debilita la fuerza de los actos con los que lleva a cabo la cooperación material. El efecto bueno que se obtiene de la cooperación al mal no es de la acción mala con la que se coopera materialmente, sino del cumplimiento de deberes profesionales del notario. El notario puede, simultáneamente, hacer saber a su entorno inmediato su discrepancia con la ley civil en este aspecto, respetar la voluntad del personal de la notaría que se niegue a intervenir en los trámites (si en conciencia los rechazan) y modular el texto de la escritura de forma que se acentúe el protagonismo de la ley y no el de la voluntad e intervención del notario.

## Conclusiones

Una vez más la realidad demuestra que la promulgación de nuevas normas, aparentemente neutrales o sin relación alguna con las creencias de los ciudadanos, pueden terminar afectando la conciencia de éstos. La nueva ley de jurisdicción voluntaria, como efecto indirecto y colateral, arroja a la arena jurídica un nuevo problema: la objeción de conciencia de los notarios a la tramitación y celebración de matrimonios de personas del mismo sexo.

La objeción de conciencia es un concepto debatido en la doctrina y en la práctica de los tribunales. Las sentencias del Tribunal Constitucional español sobre esta materia no han ayudado a concluir de forma nítida la naturaleza y tratamiento de la objeción de conciencia en el marco de la Constitución. Dependiendo del concepto

y forma de tratamiento de la objeción de conciencia que se acoja, podría estimarse posible la protección jurídica de la objeción de conciencia del notario. El ejercicio de esta profesión no exige una renuncia al derecho fundamental de libertad de conciencia. Sin embargo, todos los elementos normativos examinados juegan en contra de la exención, que bien podría haberse admitido sin detrimento sustancial del objetivo perseguido por la reforma del matrimonio en el ordenamiento jurídico español. En cualquier caso, esta investigación constata la desprotección jurídica que sufre la libertad de conciencia del notario.

A título de orientación, se deja igualmente constancia de que, conforme a la doctrina católica relativa a la cooperación al mal, la conducta del notario que tramita

y/o celebra matrimonios de personas del mismo sexo podría considerarse moralmente legítima bajo unas determinadas condiciones. En este punto sirve de orientación el estudio de la moralidad de la aplicación de la ley injusta por parte del juez.

Por lo demás, la restricción del concepto y el alcance del derecho de objeción de conciencia nos conduce irremediablemente a la marginación de las minorías en la arena pública y a la reducción de la democracia a reglas de legitimación de la voluntad del más fuerte.

## Referencias

- Alenda, M. (2015). La objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico español: ¿un insoluble enigma? *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 1(1), 1-27. Recuperado agosto 2, 2016, a partir de <http://goo.gl/v0SlSk>
- Arlettaz, F. (2015). Matrimonio homosexual, oposición religiosa y objeción de conciencia en Argentina. A cinco años de la Ley de matrimonio igualitario. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 1(1), 28-62. Recuperado agosto 2, 2016, a partir de <http://goo.gl/UvVtSW>
- Asiáin, C. (2015). Objeción de conciencia. Tribunal de máximo rango anula con efectos generales y absolutos Decreto que lo restringía. *Revista de Derecho Público*, (48). Recuperado agosto 2, 2016, a partir de <http://goo.gl/o3pSD8>
- Bastida, F. J., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M. A., Aláez, B., & Fernández, I. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- Campbell v United Kingdom*. (1983). (1982) 4 E.H.R.R. 293.
- Carbonnier, J. (1974). *Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Carnelutti, F. (1971). *Principios del proceso penal*. Ciencia del proceso. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Case of Eweida and Others v. United Kingdom*. (2013). (2013) 57 E.H.R.R. 8.
- Celis, A. M. (2015). La disyuntiva entre conciencia y ley en el ordenamiento chileno. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 1(1), 1-20. Recuperado agosto 2, 2016, a partir de <http://goo.gl/3w1CQR>
- Consejo General de Colegios de Farmacéuticos de España. (2001). *Código de Ética y Deontología Farmacéutica*. Recuperado agosto 18, 2016, a partir de <http://www.unav.es/cdb/esotcodigofar1.html>
- Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. (2011). *Código de Deontología Médica*. Recuperado agosto 18, 2016, a partir de <https://goo.gl/tBEvSs>
- Cuervo, F. (1995). *Principios morales de uso más frecuente: con las enseñanzas de la encíclica Veritatis splendor* (2a ed.). Madrid: Rialp.
- Decreto por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado*. (1944). *Boletín Oficial del Estado* núm. 189, de 7 de julio de 1944.
- Diego-Lora, C. de. (1987). Jueces y abogados ante la ley injusta. *Persona y Derecho*, (16), 155-178. Recuperado octubre 19, 2015, a partir de <http://dadun.unav.edu/handle/10171/12583>

- Fernández, T.-R., & Sainz Moreno, F. (1989). *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*. Madrid: Civitas.
- Gómez, E., & Herce, V. (1968). *Derecho procesal civil* (Vols. 1-2, Vol. 2). Madrid: [s.n.].
- González, M. (2013). La objeción de conciencia en la Doctrina Eclesiasticista Española. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 29, 975-994.
- Hamilton, M. (2015). Case for Evidence-Based Free Exercise Accommodation: Why the Religious Freedom Restoration Act Is Bad Public Policy, The. *Harvard Law & Policy Review*, 9, 129-160.
- Hellen, N. (2014). Victory for Christian sacked over gay weddings | The Sunday Times. *The Sunday Times*. Recuperado agosto 8, 2016, a partir de <http://goo.gl/FmXURd>
- Hill QC, M. (2016). Reasonable Accommodation: Faith and Judgment. *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS 2016/07*, 1-9. Recuperado abril 20, 2016, a partir de <http://papers.ssrn.com/abstract=2727157>
- Horwitz, P. (2015). Against Martyrdom: A Liberal Argument for Accomodation of Religion. *Notre Dame Law Review*, 91, 1301-1340.
- Iglesia católica. (1992). *Catecismo de la Iglesia Católica*. Madrid: Asociación de Editores del Catecismo.
- Instituto Nacional de Estadística. (2015, junio 22). Movimiento Natural de la Población (Nacimientos, Defunciones y Matrimonios). Indicadores Demográficos Básicos. Año 2014. Datos provisionales. Recuperado agosto 18, 2016, a partir de <http://www.ine.es/prensa/np915.pdf>
- Lainformación.com. (2015). Los notarios casarán sin problemas a parejas homosexuales Noticias, última hora, vídeos y fotos de Política - Senado Y Cámara De Diputados en [lainformacion.com](http://lainformacion.com). Recuperado agosto 8, 2016, a partir de <http://goo.gl/jA5at1>
- Lanza, A., & Palazzini, P. (1958). *Principios de Teología moral. II. Las virtudes*. Madrid: Rialp.
- Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. (2005). *Boletín Oficial del Estado* núm. 157, de 2 de julio de 2005.
- Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. (2015). *Boletín Oficial del Estado* núm. 158, de 3 de julio de 2015.
- Ley 16/1997, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia. (1997). *Boletín Oficial del Estado* núm. 100, de 26 de abril de 1997.
- Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público de México. (1992). *DOF 15 de julio de 1992, última reforma publicada DOF 17 de diciembre de 2015, fecha de consulta 27 julio 2016*. Recuperado agosto 18, 2016, a partir de <http://goo.gl/N4nTZf>
- Ley del Notariado. (1862). *Boletín Oficial del Estado* núm. 149, de 29 de mayo de 1862.
- Ley Orgánica 2/1997, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información. (1997). *Boletín Oficial del Estado* núm. 147, de 20 de junio de 1997.

- Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado.* (1995). *Boletín Oficial del Estado* núm. 122, de 23 de mayo de 1995.
- Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal.* (1996). *Boletín Oficial del Estado* núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Liébana, J. R., & Iglesia Monje, M. I. de la. (2015). *Cuestiones prácticas sobre la jurisdicción voluntaria*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.
- López, J. (1997). *Objeción de conciencia farmacéutica*. Barcelona: Ediciones internacionales universitarias.
- Lorge, C. (2014). Christian registrar who refused same-sex weddings wins discrimination case. *Christian Today*. Recuperado agosto 8, 2016, a partir de <http://goo.gl/H7dZH0>
- Martín, I. (2007). La objeción de conciencia del personal sanitario. *Libertad religiosa y derecho sanitario* (pp. 49-110). Madrid: Fundación Universitaria Española.
- Martínez-Torrón, J. (1996). Ley del Jurado y objeción de conciencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 16(48), 119-143. Recuperado enero 13, 2015, a partir de <http://goo.gl/ush0rL>
- Martínez-Torrón, J. (2005). Las objeciones de conciencia de los católicos. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (9), 1-35.
- Martínez-Torrón, J. (2015). La objeción de conciencia farmacéutica en la reciente jurisprudencia constitucional española: otra oportunidad perdida. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (39), 1-29.
- McConnell, M. W. (1999). Five Reasons to Reject the Claim That Religious Arguments Should Be Excluded from Democratic Deliberation. *Utah Law Review*, 1999, 639-657.
- Ministerio Fiscal. (2012). Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. Recuperado agosto 18, 2016, a partir de <https://goo.gl/5Ns9f3>
- Navarro-Valls, R. (2005). La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (9), 1-27.
- Navarro-Valls, R., & Martínez-Torrón, J. (2012). *Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia* (2a ed.). Madrid: lustel.
- Nejaime, D., & Siegel, R. B. (2014). Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics. *Yale Law Journal*, 124, 2516-2591.
- Pontificio Consejo «Justicia y Paz». (2005). *Compendio de Doctrina Social de la Iglesia*. Madrid: BAC-Planeta.
- Prümmer, D. M. (1955). *Manuale theologiae moralis secundum principia S. Thomae Aquinatis. T. 1 T. 1*. Friburgi Brisg. [Freiburg im Br.; Barcinone [Barcelona]: Herder.
- Requero, J. L. R. (2008). La objeción de conciencia por los jueces. En M. J. Roca (Ed.), *Opciones de conciencia: propuestas para una Ley* (pp. 161-203). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Sánchez, J. M. (1993). Monarquía parlamentaria y objeción de conciencia. El caso del Rey de los belgas. En V. Guitarte Izquierdo & J. Escrivá-Ivars (Eds.), *La objeción de conciencia: actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado (Valencia 28-30 mayo 1992)* (pp. 441-460). Valencia: Generalitat Valenciana, Conselleria d'Administració Pública.
- Sandberg, R. (2011). The Right to Discriminate. *Ecclesiastical Law Journal*, 13(2), 157-181.
- Schuklenk, U., & Smalling, R. (2016). Why medical professionals have no moral claim to conscientious objection accommodation in liberal democracies. *Journal of Medical Ethics*, medethics-2016-103560.
- Senado. (2015). *Proyecto de ley 621/000015. Por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Dictamen de la Comisión. Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Recuperado agosto 18, 2016, a partir de <http://goo.gl/7UAQac>
- Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985*. (1985). *Boletín Oficial del Estado* núm. 119 de 18 de mayo de 1985.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015*. (2015). *Boletín Oficial del Estado* núm. 182 de 31 de julio de 2015.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002*. (2002). *Boletín Oficial del Estado* núm. 188, de 7 de agosto de 2002.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987*. (1987). *Boletín Oficial del Estado* núm. 271 de 12 de noviembre de 1987.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012*. (2012). *Boletín Oficial del Estado* núm. 286, de 28 de noviembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 20310/2008*. (2008). *ECLI:ES:TSJM:2008:21431*.
- Sentencia del Tribunal Supremo 342/2009*. (2009). *ECLI:ES:TS:2009:342*.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1068/2012*. (2012). *ECLI:ES:TS:2012:1068*.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3059/2009*. (2009). *ECLI:ES:TS:2009:3059*.
- Sherbert v. Verner*. (1963). 374 U.S. 398.
- Sieira, S. (2000). *La objeción de conciencia sanitaria*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, Dykinson.
- Statistics and Registration Service Act, Chapter 18*. (2007). Recuperado agosto 18, 2016, a partir de <http://goo.gl/xvprK9>
- Su, A. (2016). Judging Religious Sincerity. *Oxford Journal of Law and Religion*, 5(1), 28-48.
- Tirapu, D. (2011). La cuestión no cerrada del llamado matrimonio homosexual. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (26), 1-11.

**Montserrat  
Gas Aixendri**

Universitat  
Internacional de  
Catalunya, España

mgas@uic.es

Recibido: 14.11.16

Aceptado: 27.12.16

## **La reforma del proceso canónico de nulidad del matrimonio Algunas claves de lectura desde el magisterio del Papa Francisco**

### **The reform of the canonical marriage annulment process Some reading keys from Magisterium of Pope Francis**

**Resumen:** Este artículo expone los aspectos más relevantes de la reforma del proceso canónico de nulidad del matrimonio llevado a cabo por el Papa Francisco en 2015 a través del *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*. Propone además algunas claves para entender esta reforma desde las enseñanzas del Papa Francisco, principalmente en los tres discursos que hasta ahora ha pronunciado a la Rota Romana. Se examinan en particular tres aspectos: la misión pastoral de los tribunales eclesiásticos; el concepto de nulidad manifiesta del proceso más breve y la cuestión de la relevancia de la fe en la validez del matrimonio canónico. El texto hace también referencia a los Sínodos sobre la familia de los años 2014 y 2015 y a la Exhortación apostólica *Amoris laetitia*.

**Palabras clave:** proceso canónico de nulidad matrimonial; matrimonio canónico; magisterio de la Iglesia.

**Abstract:** This paper analyzes the most relevant aspects of the reform of the canonical process of nullity of marriage carried out through the *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus* (2015). The author proposes some keys to understand this reform from the teachings of Pope Francis, especially in the three speeches to the Tribunal of the Roman Rota. Three aspects are examined in particular: the pastoral mission of ecclesiastical tribunals; the concept of “manifest nullity” of the shortest process and the question of the relevance of the faith in the validity of canonical marriage. The text also refers to the last Synods of the Catholic Church on the family (in 2014 and 2015) and to the Apostolic Exhortation of Pope Francis *Amoris laetitia*.

**Keywords:** Canonical process of marriage annulment; Canonical marriage; Magisterium of the Church.

## 1. Principales aspectos de la reforma

El 8 de septiembre de 2015 se hizo público el *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus* del Papa Francisco, que entró en vigor el 8 de diciembre del mismo año. Este documento ha llevado a cabo una esperada reforma del proceso de nulidad del matrimonio canónico. La normativa tiene por objeto agilizar los trámites para juzgar la nulidad de los matrimonios celebrados canónicamente, e incide por tanto en la celeridad del proceso. Por una parte, la reforma es una respuesta a la sobrecarga de causas en algunos tribunales eclesiásticos. Pero no solo: con palabras del texto legislativo, también alimentan el estímulo reformador la caridad y la misericordia, que “exigen que la misma Iglesia como madre se haga accesible a los hijos que se consideran separados”. En efecto, son muchos los fieles que, “deseando proveer a la propia conciencia, con mucha frecuencia se desaniman ante las estructuras jurídicas de la Iglesia, a causa de la distancia física o moral” (Francisco, 2015, b). Con estas palabras el Papa expresa su preocupación por la salvación de las almas, fin supremo de la Iglesia y de su ordenamiento jurídico (can. 1752 CIC).

El antecedente inmediato de la presente reforma puede situarse en el Sínodo sobre la familia celebrado en el año 2014. En la *Relatio finalis* se incluyó un párrafo en el que se manifestaba por parte de un gran número de Padres sinodales “la necesidad de hacer más accesibles y ágiles, posiblemente totalmente gratuitos, los procedimientos para el reconocimiento de los casos de nulidad” (*Relatio synodi*, 2014, n. 48). En ese mismo número se dejaba constancia de diversas propuestas que podían ser consideradas a la hora de realizar la auspiciada reforma, fundamentalmente cuatro: a) Supresión de la obligatoriedad de la doble sentencia conforme. b) Tramitación de las causas de nulidad mediante un procedimiento administrativo, bajo la dirección del obispo diocesano, en lugar de un proceso judicial. c) Posibilidad

de un juicio sumario en los casos de nulidad notoria. En el mismo párrafo se señalaba que algunos Padres eran contrarios a estas propuestas porque no garantizaban un juicio fiable. d) Finalmente se proponía valorar la relevancia de la intención de la fe de los novios en orden a la validez del matrimonio sacramento, teniendo presente que entre bautizados todos los matrimonios válidos son sacramento.

El *Motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus* ha acogido la primera propuesta, al suprimir la necesidad de la doble sentencia conforme para la ejecución de la nulidad. Según la nueva normativa, ya vigente, la sentencia de nulidad en primera instancia no apelada es inscribible y ejecutable (can. 1679 CIC). En caso de apelación, la sentencia queda suspendida y no se podrá inscribir ni celebrar un segundo matrimonio mientras no se resuelva. La impugnación de la sentencia de nulidad la pueden solicitar el cónyuge en desacuerdo con la decisión o el defensor del vínculo, cuya presencia es siempre necesaria (can. 1680 y ss. CIC). Si la sentencia de segunda instancia declara que no consta la nulidad, se podrá apelar esta ante un tribunal de tercer grado. Si la tercera sentencia es conforme con la primera se podrá inscribir la nulidad y celebrar un segundo matrimonio, pero si esta última decisión afirma que no consta la nulidad del matrimonio, el matrimonio se sigue reputando válido (can. 1681 CIC).

La nueva normativa también ha acogido en parte la propuesta de un *juicio sumario* en los casos de nulidad manifiesta, al establecer la posibilidad de un nuevo proceso abreviado ante el obispo<sup>1</sup>. Para que una causa pueda tramitarse por este procedimiento es necesario, a tenor de la nueva redacción del can. 1683 CIC que se cumplan los siguientes requisitos: 1º que la petición haya sido propuesta por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro; 2º que concurren circunstancias

<sup>1</sup> Una de las características más destacadas de la reforma tal vez sea que refuerza la posición del obispo como juez de la diócesis, encomendándole la obligación de juzgar personalmente algunas causas de nulidad. Este es un cambio importante no solo respecto a la tramitación de las nulidades matrimoniales, sino respecto al criterio hasta ahora establecido en el Código de descentralizar la actividad judicial. La razón de la reserva de este procedimiento abreviado al obispo es — como señala el *Motu Proprio* — garantizar la indisolubilidad del matrimonio. Cfr. Roca Fernández, 2016, p. 18.

que no requieran una investigación o una instrucción más precisa y hagan manifiesta la nulidad<sup>2</sup>. Si el obispo llega a la certeza moral sobre la nulidad, debe pronunciar la sentencia declarativa correspondiente; en caso contrario, procede enviar el caso al proceso ordinario. El Papa es consciente de que un juicio abreviado podría poner en riesgo el principio de indisolubilidad del matrimonio, y por ello ha establecido “que en tal proceso sea constituido juez el mismo obispo, que en virtud de su oficio pastoral es con Pedro el mayor garante de la unidad católica en la fe y la disciplina” (Francisco, 2015, b).

La reforma no ha acogido en cambio la propuesta de tramitar la nulidad del matrimonio mediante un procedimiento administrativo, optando por mantener el proceso judicial como forma para la declaración de nulidad matrimonial<sup>3</sup>. El Proemio del *Motu proprio* señala que con el correr de los siglos, la Iglesia ha ido adquiriendo una conciencia más clara de las palabras de Cristo en materia matrimonial, y ha entendido y expuesto con mayor profundidad la doctrina de la indisolubilidad del vínculo conyugal. Por eso “ha sistematizado las causas de nulidad del consentimiento matrimonial y ha reglamentado más adecuadamente el proceso judicial correspondiente, de modo que la disciplina eclesial fuera siempre más coherente con la verdad

de fe profesada” (Francisco, 2015, b). El Santo Padre Francisco, siguiendo las huellas de sus predecesores en el pontificado, ha decidido que estas causas sean tratadas por vía judicial, y no administrativa. Y ello, “no porque lo imponga la naturaleza de la cosa, sino más bien porque lo exige la necesidad de tutelar en el máximo grado la verdad del vínculo sagrado: y eso se asegura precisamente con las garantías del orden judicial” (Francisco, 2015, b).

Finalmente, la reforma ha establecido que “en cuanto sea posible, y salvada la justa y digna retribución de los operadores de los tribunales, se asegure la gratuidad” de los procesos de nulidad (Francisco, 2015, b). En el discurso a la Rota del año 2015 había afirmado: “Este es un punto que quiero poner de relieve: los sacramentos son gratuitos. Los sacramentos nos dan la gracia. Y un proceso matrimonial tiene que ver con el sacramento del matrimonio. ¡Cómo quisiera que todos los procesos fueran gratuitos!” (Francisco, 2015, a). En este estudio nos proponemos destacar algunos rasgos que han inspirado esta novedosa regulación y que el Papa ha puesto de manifiesto sobre todo en los tres Discursos que hasta ahora ha dirigido al Tribunal de la Rota Romana en los años 2014, 2015 y 2016.

## 2. Misión pastoral de los tribunales eclesiales

La reforma impulsada por el Papa pretende el restablecimiento de la cercanía entre el juez y los fieles y poner en primer plano la función pastoral de los tribunales (Francisco, 2015, b). La Iglesia y todas sus instituciones “deben tender al fin de comunicar la gracia divina y favorecer continuamente, según los dones y la misión de cada uno, el bien de los fieles, en cuanto fin esencial de la Iglesia” (Francisco, 2015, b). Es conocido el deseo del Papa —ya desde los inicios de su pontificado— de

poner más plenamente de manifiesto que los procesos canónicos y toda la función judicial de la Iglesia están al servicio de la acción pastoral, es decir, de la salvación de las almas. En efecto, “la dimensión jurídica y la dimensión pastoral del ministerio eclesial no se contraponen, porque ambas están orientadas a la realización de las finalidades y de la unidad de acción propias de la Iglesia” (Francisco, 2014).

<sup>2</sup> Se enumeran —a título ejemplificativo— circunstancias como: la falta de fe que puede generar la simulación del consentimiento o el error que determina la voluntad, la brevedad de la convivencia conyugal, el aborto procurado para impedir la procreación, la obstinada permanencia en una relación extra conyugal al momento de las nupcias o en un tiempo inmediatamente sucesivo, la ocultación dolosa de la esterilidad o de una grave enfermedad contagiosa o de hijos nacidos en una relación precedente o de un encarcelamiento, un motivo para casarse totalmente extraño a la vida conyugal o consistente en el embarazo imprevisto de la mujer, la violencia física ejercida para arrancar el consentimiento, la falta de uso de razón comprobada por documentos médicos, etc. Sobre esta cuestión puede verse Cebriá García, 2016.

<sup>3</sup> La posibilidad de tramitación de las causas de nulidad mediante procedimiento administrativo aparece en la *Relatio synodi* de modo sucinto. Se explica un poco más esta propuesta en la *Relatio ante disceptationem*. Cfr. Roca Fernández, 2016, p. 4.



En su Discurso al Tribunal de la Rota en 2015 el Papa invitaba a “una conversión pastoral de las estructuras eclesíásticas, para ofrecer el *opus iustitiae* a cuantos se dirigen a la Iglesia para aclarar su propia situación matrimonial” (Francisco, 2015, a). Parte de esta conversión se traduce en juzgar las situaciones concretas sin encerrar la salvación de las personas dentro de las estrecheces de la juridicidad, evitando sofismas lejanos de la carne viva de las personas en dificultad. Servir a la salvación de las almas consiste, en definitiva, en ‘ayudar a establecer la verdad en el momento del consentimiento’” (Francisco, 2015, a). La actividad judicial “se configura como servicio a la verdad en la justicia con una connotación profundamente pastoral, porque pretende perseguir el bien de los fieles y la edificación de la comunidad cristiana” (Francisco, 2014). La Rota Romana es el “Tribunal de la Familia” y el “Tribunal de la verdad del vínculo sagrado” (Francisco, 2016, a). Por eso las disposiciones del *Motu Proprio* tienden a favorecer “no la nulidad de los matrimonios, sino la celeridad de los procesos y, no en menor medida, una adecuada simplificación, de modo que, a causa de un retraso en la definición del juicio, el corazón de los fieles que esperan la clarificación del propio estado no quede largamente oprimido por las tinieblas de la duda” (Francisco, 2015, b).

La conversión de las estructuras eclesiales pasa por la conversión personal de cada persona que ejerce la función judicial. En su Discurso a la Rota en el año 2014 el Papa trazaba un perfil del juez eclesíástico, desde un triple punto de vista: humano, judicial y pastoral. Se trata de tres dimensiones claramente conectadas, que

cabe distinguir, pero no separar. El juez es esencialmente pastor. La labor del juez es un “servicio peculiar a Dios Amor, que está cerca de cada persona” y debe ser consciente de que “detrás de cada expediente, cada posición, cada causa, hay personas que esperan justicia” (Francisco, 2014).

Un aspecto relacionado con la función pastoral ejercida por los tribunales y a su vinculación con la salvación de las almas, es el relativo al coste de los procesos. La reforma ha establecido a este respecto que en cuanto sea posible, y salvada la justa y digna retribución de los operadores de los tribunales, se asegure la gratuidad de los mismos (Francisco, 2015, b). La Iglesia puede resolver solo parcialmente esta delicada cuestión, ya que en los procesos no solo actúa el tribunal eclesíástico, sino que intervienen profesionales del Derecho a quienes se les debe una justa retribución justa. La vía para conseguir plenamente ese objetivo debería ir en la dirección de contar con expertos en Derecho canónico retribuidos por las propias diócesis (patronos estables). En el discurso a la Rota del año 2015 el Papa auspiciaba la presencia de “personas competentes en cada tribunal eclesíástico para dar consejo solícito sobre la posibilidad de introducir una causa de nulidad matrimonial; al mismo tiempo, también se requiere la presencia de patronos estables, retribuidos por el mismo tribunal, que ejerzan la función de abogados” (Francisco, 2015, a). Se debe evitar que, en aras a un menor coste o incluso de la total gratuidad de los procesos, éstos puedan quedar en manos de personas insuficientemente preparadas (Gas Aixendri, 2015, p.150)<sup>4</sup>.

### 3. El concepto de “nulidad manifiesta”

Como indicábamos al inicio, el *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, ha acogido —al menos en parte— la propuesta del Sínodo de 2014 de establecer un *juicio*

*sumario* en los casos de nulidad manifiesta, al establecer la posibilidad de un nuevo proceso abreviado ante el obispo<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> En esta línea el Sínodo celebrado en 2015 considera que la reforma del proceso de nulidad operada por el Papa “implica la preparación de un número suficiente de personal, integrado por clérigos y laicos, que se dedique de modo prioritario a este servicio eclesial”. (*Relatio finalis* 2015, n. 82).

<sup>5</sup> Una de las características más destacadas de la reforma tal vez sea que refuerza la posición del obispo como juez de la diócesis, encomendándole la obligación de juzgar personalmente algunas causas de nulidad. Este es un cambio importante no sólo respecto a la tramitación de las nulidades matrimoniales, sino respecto al criterio hasta ahora establecido en el Código de descentralizar la actividad judicial. La razón de la reserva de este procedimiento abreviado al obispo es— como señala el *Motu Proprio*— garantizar la indisolubilidad del matrimonio. Cfr. Roca Fernández, 2016, p. 18.

Me referiré ahora, aunque brevemente, a este proceso más breve, en cuanto aplicable a “casos en los cuales la acusada nulidad del matrimonio esté sostenida por *argumentos particularmente evidentes*” (Francisco, 2015, b). La institución de este proceso es plenamente congruente con los principios de celeridad y de simplificación que rigen la reforma. A la vez, el Legislador es consciente de que la abreviación del juicio puede “poner en riesgo el principio de indisolubilidad del matrimonio”, y por este motivo ha decidido instituir como juez de estas causas al mismo Obispo, “que en virtud de su oficio pastoral es con Pedro el mayor garante de la unidad católica en la fe y en la disciplina” (Francisco, 2015, b).

La nueva redacción del c. 1683 CIC establece que compete al Obispo juzgar las causas de nulidad cada vez que la petición haya sido propuesta por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro y “concurran circunstancias de las personas y de los hechos, sostenidas por testimonios o documentos, que no requieran una investigación o una instrucción más precisa y hagan *manifiesta* la nulidad”.

El concepto de “*nulidad manifiesta*” reclama a nuestro juicio una especial prudencia y una comprensión adecuada de la naturaleza del pacto conyugal y de sus criterios de validez. El Motu Proprio hace referencia a “una forma de proceso más breve—en añadidura al documental actualmente vigente—, para aplicarse en los casos en los cuales la acusada nulidad del matrimonio esté sostenida por argumentos particularmente evidentes” (Francisco, 2015, b). Es bien sabido que en el examen de la nulidad se podría correr el riesgo de desviar el centro de atención del momento fundante del matrimonio, es decir, del pacto conyugal, hacia la vivencia existencial y fenoménica de la vida matrimonial, vaciando de este modo el matrimonio de su esencia objetiva, y terminando por confundir el fracaso con la nulidad (Errázuriz, 2016, p. 49).

El Art. 14 de las *Reglas de procedimiento para tratar las causas de nulidad*, menciona una serie de circunstancias que podrían permitir tratar la causa a través del proceso más breve (cito, a título de ejemplo, la falta de fe que puede generar la simulación del consentimiento o el error que determina la voluntad, la brevedad de la convivencia conyugal, el aborto procurado para impedir

la procreación, la ocultación dolosa de la esterilidad o de una grave enfermedad, un motivo para casarse totalmente extraño a la vida conyugal o consistente en el embarazo imprevisto de la mujer, la violencia física ejercida para arrancar el consentimiento, etc.) (Francisco, 2015, b).

El *Subsidio aplicativo del Motu Proprio*, redactado por el Tribunal de la Rota Romana y hecho público en enero de 2016, ha señalado expresamente que “no son nuevos capítulos de nulidad”, sino “situaciones que la jurisprudencia ha enumerado como elementos sintomáticos de invalidez del consentimiento” (Tribunal Apostólico de la Rota Romana, 2016, p. 33). Habría que indicar en primer lugar que las circunstancias mencionadas son muy heterogéneas entre sí. Algunas de esas circunstancias (como por ejemplo la ocultación dolosa de la esterilidad o de una grave enfermedad o la violencia física ejercida para arrancar el consentimiento) constituirían de por sí —en caso de ser probadas fehacientemente— una causa de nulidad (correspondiente, respectivamente al dolo del can. 1098 CIC o a la violencia del can. 1103 CIC). Otras, en cambio, constituyen meros indicios de una posible nulidad. Se trata en este caso de una mera ejemplificación de hechos que podrían constituir indicios de una “nulidad manifiesta”, pero que no son su causa inmediata ni su prueba fehaciente. Las pruebas que deberán aportarse son las relativas a los hechos que fundamentan la causa de nulidad, no solamente las que se refieren a la verificación de los hechos ejemplificados. Es decir, no siempre ni en todos los casos habrá necesariamente nulidad, que deberá probarse caso por caso.

Entre las circunstancias que pueden permitir tratar la causa de nulidad del matrimonio a través del proceso más breve según los cánones 1683-1687, se cuentan por ejemplo: la falta de fe que puede generar la simulación del consentimiento o el error que determina la voluntad, la brevedad de la convivencia conyugal, el aborto procurado para impedir la procreación, la obstinada permanencia en una relación extra conyugal al momento de las nupcias o en un tiempo inmediatamente sucesivo, la ocultación dolosa de la esterilidad o de una grave enfermedad contagiosa o de hijos nacidos en una relación precedente o de un encarcelamiento, un motivo para casarse totalmente

extraño a la vida conyugal o consistente en el embarazo imprevisto de la mujer, la violencia física ejercida para arrancar el consentimiento, la falta de uso de razón comprobada por documentos médicos, etc. (Francisco, 2015, b., art. 14 § 1)

El hecho de que dicho proceso se desarrolle ante el Obispo, el cual a menudo no será experto en Derecho

canónico y de que la investigación prejudicial (Francisco, 2015, b., art. 2) puede ser confiada a personas no necesariamente expertas en el ámbito jurídico eclesial (Francisco, 2015, b. art. 3), hace particularmente pertinente que el instructor y el asesor distingan con claridad entre la prueba del *fracaso* del matrimonio y la prueba de la *nulidad* del matrimonio; y entre la prueba del *indicio* de la nulidad y la prueba de la *causa* de la nulidad.

## 4. La cuestión de la relevancia de la fe para la validez del matrimonio en las enseñanzas del Papa Francisco

### 4.1 Precedentes inmediatos

Como ya se ha comentado, el Sínodo sobre la familia celebrado en 2014 había sugerido la necesidad de profundizar en la cuestión de la relevancia de la fe de los contrayentes en vistas a la validez del matrimonio sacramental. En la *Relatio ante disceptationem*, de 6-10-2014, n. 3, e) se señalaba que

“según cualificadas propuestas, haría falta valorar la relevancia de la intención de la fe de los novios prometidos en orden a la validez del matrimonio sacramental, según el principio general que para la validez de un sacramento es necesario que haya la intención de hacer lo que hace la Iglesia” (cfr. Benedicto XVI, Discurso al Tribunal de la Rota Romana, 26 de enero de 2013, n. 4”).

Este mismo texto se encuentra transcrito en la *Relatio post disceptationem*, de 13 de octubre de 2014, n. 43. El texto de la *Relatio synodi*, de 18 de octubre de 2014, n. 48 quedó del siguiente modo:

“habría que considerar la posibilidad de dar relevancia al rol de la fe de los prometidos en orden a la validez del sacramento del matrimonio, teniendo presente que entre bautizados todos los matrimonios válidos son Sacramento”. Tratar sobre la *relevancia de la fe* supone examinar cuál puede ser su influencia en la válida constitución del matrimonio sacramental. Y para poder responder a esta cuestión, hay que preguntarse antes qué implica que el matrimonio entre bautizados sea sacramento.

La dignidad sacramental del matrimonio entre bautizados presenta un carácter peculiar, que la distingue de los demás elementos esenciales del matrimonio. La Exhortación *familiaris consortio* de Juan Pablo II, fruto del sínodo sobre la familia del año 1980, señaló a este respecto que “el sacramento del matrimonio tiene esta peculiaridad respecto a los otros: ser el sacramento de una realidad que existe ya en la economía de la creación” (Juan Pablo II, 1981, n. 68). Es decir, el matrimonio sacramental no es sustancialmente distinto del matrimonio que no lo es. Las propiedades esenciales del matrimonio (la unidad y la indisolubilidad) se colocan en el plano natural del matrimonio, en el plano de la conyugalidad. La significación sacramental se coloca en cambio en un plano sobrenatural, y depende de que exista una verdadera entrega matrimonial (signo sacramental; y de que ambos cónyuges estén insertados en el orden sobrenatural por el bautismo<sup>6</sup>. Para casarse en la Iglesia nunca se ha preguntado a los contrayentes “si son creyentes”, sino “si quieren casarse”. Y esto responde a una razón fundamental: el objeto del consentimiento matrimonial es la mutua entrega conyugal (Gas Aixendri, Montserrat, 2015, b).

A la hora de valorar la relevancia de la fe en la intención matrimonial hay que tener en cuenta esta peculiaridad del sacramento, y así lo aclaró Juan Pablo II en dos de sus Discursos a la Rota Romana (2001 y 2003), que constituyen necesario punto referencia al tratar

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión véase el resumen sobre la doctrina y el magisterio de la Iglesia en Gas Aixendri, 2001, pp. 239-312.

esta cuestión<sup>7</sup>. “Para identificar cuál es la realidad que desde el principio ya está unida a la economía de la salvación y que en la plenitud de los tiempos constituye uno de los siete sacramentos en sentido propio de la nueva Alianza, el único camino es remitirse a la realidad natural” (Juan Pablo II, 2001). Puesto que el matrimonio sacramental es el mismo matrimonio natural elevado al orden sobrenatural “no se puede configurar, junto al matrimonio natural, otro modelo de matrimonio cristiano con requisitos sobrenaturales específicos”, ya que estamos ante una sola realidad (Juan Pablo II, 2003, n. 8). En efecto, el objeto del consentimiento matrimonial (la unión conyugal exclusiva e indisoluble), es idéntico para todos los seres humanos, bautizados o no bautizados: el matrimonio sacramental no tiene un objeto más amplio. Por eso el consentimiento matrimonial está constituido por la “recta intención de casarse según la realidad natural del matrimonio”, es decir del matrimonio en cuanto unión indisoluble y exclusiva (Juan Pablo II, 2003, n. 7).

Se trata de ver si las personas, además de identificar la persona del otro, han captado verdaderamente la dimensión natural esencial de su matrimonio, que implica por exigencia intrínseca la fidelidad, la indisolubilidad, la paternidad y maternidad potenciales, como bienes que integran una relación de justicia. (Juan Pablo II, 2003, n. 7).

La recta intención no incluye por tanto la intención de recibir el sacramento, sino la intención de “casarse según la realidad natural del matrimonio” (Juan Pablo II, 2003, n. 8). Las consecuencias de estas afirmaciones a la hora de examinar los requisitos de la simulación y del error determinante de la voluntad son claras: “en ambos casos es decisivo tener presente que una actitud de los contrayentes que no tenga en cuenta la dimensión sobrenatural en el matrimonio puede anularlo sólo si niega su validez en el plano natural, en el que se sitúa el mismo signo sacramental” (Juan Pablo II, 2003, n. 8). Por este mismo motivo, afirma en ese mismo número el Papa,

la Iglesia católica ha reconocido siempre los matrimonios entre no bautizados, que se convierten en sacramento cristiano mediante el bautismo de los esposos, y no tiene dudas sobre la validez del matrimonio de un católico con una persona no bautizada, si se celebra con la debida dispensa. (Juan Pablo II, 2003, n. 8)

Benedicto XVI en su último Discurso a la Rota en 2013 se refirió a la actual crisis de fe que lleva consigo una crisis de la sociedad conyugal. El Pontífice emérito quiso destacar el hecho de que la falta de fe “puede, aunque no necesariamente, herir también los bienes del matrimonio, desde el momento en que la referencia al orden natural querido por Dios es inherente al pacto conyugal” (Benedicto XVI, 2013, n. 4). Es decir, cabe la posibilidad de que la falta de fe se proyecte sobre el objeto del consentimiento matrimonial, pudiendo en algunos casos —si bien no de manera necesaria— afectar a la misma validez del vínculo (Gas Aixendri, 2013, p. 524). La cultura contemporánea está marcada por un fuerte subjetivismo y un relativismo ético y religioso, planteando serios retos a la persona y a la familia (Benedicto XVI, 2013, n. 2). “El cerrarse a Dios o el rechazo de la dimensión sagrada de la unión conyugal y su valor en el orden de la gracia”, podrían llegar a “socavar la validez misma de la alianza cada vez que [...] se traduzca en un rechazo del principio de la misma obligación conyugal de fidelidad o de los otros elementos o propiedades esenciales del matrimonio” (Benedicto XVI, 2013, nn. 2 y 3). El pontífice emérito destacaba asimismo que la fe es importante en la realización del auténtico bien conyugal, que consiste en querer siempre el bien del otro, en función de un verdadero *consortium vitae*. Pero pueden darse “casos en los que, precisamente por la ausencia de fe, el bien de los cónyuges resulte comprometido y excluido del consentimiento mismo” (Benedicto XVI, 2013, n. 3)<sup>8</sup>. Finalmente, el pontífice invitaba a no caer en un “fácil automatismo entre carencia de fe e invalidez de la unión matrimonial” (Benedicto XVI, 2013, n. 4). La validez de

<sup>7</sup> La doctrina canónica ha destacado la importancia de estos discursos, citándolos como obligado punto de referencia: cfr. Errázuriz, 2004, p. 54; Moneta, 2004 pp. 82 ss.; Pompèdda, 2004, pp. 36 ss.; Rivella, 2004, pp. 117 ss.; Serrano Ruiz, 2004, p. 19; Stankiewicz, 2004, pp. 95 ss.; Ortiz, 2009, pp. 101-127.

<sup>8</sup> En el n. 4 se citan como ejemplos: “la hipótesis de subversión por parte de uno de ellos, a causa de una errónea concepción del vínculo matrimonial, del principio de paridad, o bien en la hipótesis de rechazo de la unión dual que caracteriza el vínculo matrimonial, en relación con la posible coexistente exclusión de la fidelidad y del uso de la cópula realizada *humano modo*”.

cada matrimonio debe ser valorada caso por caso, sin que puedan hacerse generalizaciones o establecer fórmulas matemáticas aplicables a todas las situaciones subjetivas de falta de fe (Gas Aixendri, 2013, p. 525).

#### 4.2 Los discursos del Papa Francisco a la Rota de 2015 y 2016

Tras la sugerencia incluida en la *Relatio* de 2014, el Papa Francisco ha retomado esta cuestión en su discurso a la Rota del año 2015, tratando sobre el contexto cultural secularizado en el que se forma hoy la intención matrimonial de muchos novios. El Papa se refiere a lo que Pablo VI denominó en su Discursos a la Rota de 31-1-1974: “las enfermedades del hombre moderno”. Concretamente,

un relativismo sistemático que lo induce a las elecciones más fáciles de la situación, de la demagogia, de la moda, de la pasión, del hedonismo, del egoísmo, de manera que, exteriormente, intenta impugnar la ‘autoridad de la ley’, e interiormente, casi sin percatarse, sustituye el imperio de la conciencia moral con el capricho de la conciencia psicológica. (Francisco, 2015, a).

El Papa se pregunta hasta qué punto quienes se encuentran inmersos en este ambiente, hoy prácticamente global, en el que muchos han abandonado una perspectiva de fe, pueden tener un conocimiento adecuado sobre lo que es el matrimonio cristiano. Una falta de conocimiento del matrimonio no puede dejar de tener consecuencias en la maduración de la voluntad conyugal (Francisco, 2015, a). En efecto, el conocido principio psicológico escolástico —*nihil volitum nisi praecognitum* (no se puede querer aquello que no se conoce)— supone que un grave déficit en el conocimiento de la realidad matrimonial podría comportar la imposibilidad de prestar un auténtico consentimiento conyugal.

El Papa subraya que el desconocimiento de los contenidos de la fe podría conducir a una situación de error determinante de la voluntad (can. 1099 CIC). “Semejante error no sólo amenaza la estabilidad del matrimonio, su exclusividad y fecundidad, sino también

la orientación del matrimonio al bien del otro, el amor conyugal como *principio vital* del consentimiento, la entrega recíproca para constituir el consorcio de toda la vida” (Francisco, 2015, a). De este modo el abandono de una perspectiva de fe podría desembocar en un falso conocimiento del matrimonio.

El alejamiento de Dios comporta indudablemente una pérdida del vigor y de la claridad en el plano ético (Errázuriz, 2016, p. 242). Quien no ha recibido una educación en la fe ni vive una vida cristiana puede tener una concepción errada del matrimonio, entendiéndolo como una relación que se configura según los deseos de las partes —disoluble, no exclusiva, no fecunda— que difiere sustancialmente del proyecto divino, es decir, del matrimonio como realidad natural. Estas convicciones pueden fraguar en contextos familiares y sociales en los que la pertenencia a la Iglesia católica es cada vez menos significativa desde el punto de vista doctrinal y espiritual. Como esta fe superficial constituye la fuente decisiva para el conocimiento práctico del matrimonio (sobre la naturaleza del vínculo y de sus propiedades esenciales), la crisis de fe comporta una crisis sobre la verdad natural del vínculo conyugal (Errázuriz, 2016). A estas situaciones se refiere el Papa cuando expresa que existe una especie de *mundanidad espiritual* escondida bajo apariencia de religiosidad, cuyo fruto es una fe encerrada en el subjetivismo. “Es evidente que, para quien sigue esta actitud, la fe carece de su valor orientativo y normativo, dejando el campo libre a las componendas con el propio egoísmo y con las presiones de la mentalidad actual, que ha llegado a ser dominante a través de los medios de comunicación” (Francisco, 2015, a).

De la afirmación de que la falta de fe puede conducir a una errada concepción del matrimonio no cabe deducir sin embargo que la fe sea necesaria para el conocimiento del matrimonio, ni mucho menos que sea imprescindible para la validez del vínculo conyugal cristiano. Sería equivocado suponer que solamente quien tenga fe puede comprender el proyecto divino sobre el matrimonio, porque dicho proyecto se encuentra en el ser humano como *inclinatio naturalis*, y no proviene de

una determinada concepción religiosa. La fe no aporta al cristiano un nuevo conocimiento necesario para prestar el consentimiento matrimonial naturalmente válido<sup>9</sup>.

Es necesario subrayar la “trascendencia constitutiva de todo aquello que pertenece al ser de la persona humana, y en particular a su relacionalidad natural según la distinción y la complementariedad entre el hombre y la mujer” (Juan Pablo II, 2003, n. 5). No se puede negar que la fidelidad y las otras propiedades del matrimonio no sean posibles en el matrimonio natural y que solo quienes tienen fe pueden casarse verdaderamente (Benedicto XVI, 2013, n. 2). Es necesario leer en este contexto las palabras que Papa al inicio del discurso: “el abandono de una perspectiva de fe desemboca *inexorablemente* en un falso conocimiento del matrimonio, que no deja de tener consecuencias para la maduración de la voluntad nupcial”.

Los jueces están llamados a “realizar su análisis judicial cuando existe la duda de la validez del matrimonio, para establecer si hay un vicio de origen en el consentimiento, sea directamente por defecto de intención válida, sea por *déficit* grave en la comprensión del matrimonio mismo, de tal modo que determine la voluntad (cfr. canon 1099)” (Francisco, 2015, a). El Papa afirma que esta falta de conocimiento “no deja de tener consecuencias para la maduración de la voluntad nupcial”. Es necesario, sin embargo, determinar cuáles son esas consecuencias específicas y si estas llegan a comprometer o no la validez del vínculo matrimonial (Gas Aixendri, 2015, c, p. 473).

El pontífice sugiere valorar el influjo del falso conocimiento del matrimonio en el actual contexto cultural a través de la figura del error determinante de la voluntad “El error acerca de la unidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, con tal que no determine a la voluntad, no vicia el consentimiento matrimonial” (can. 1099 CIC). Esta figura es, para gran parte de la doctrina canónica, un nuevo capítulo de nulidad establecido en la reforma de 1983, ya que

el antiguo canon 1984 del CIC 1917 consideraba irrelevante el error sobre las propiedades esenciales del matrimonio<sup>10</sup>. El supuesto de hecho que plantea el nuevo canon 1099 es el error, es decir, la falta de adecuación de la mente a la realidad; más concretamente, una falsa percepción de los elementos esenciales del matrimonio o de su dignidad sacramental<sup>11</sup>.

El error es en sí mismo un estado del intelecto que por sí solo no puede causar la nulidad del matrimonio. No todo error entra a formar parte de la concreta voluntad matrimonial<sup>12</sup>. El criterio discriminante consiste en que dicho error *determine* la voluntad. Determinar no significa tanto *mover*, como *delimitar el objeto del consentimiento* en un sentido *no matrimonial*. Cuando un error especifica el objeto del consentimiento dicha concepción errónea pasa a formar necesariamente parte de la voluntad del contrayente. Por tanto, tal error, si recae sobre un elemento esencial del matrimonio, corrompe necesariamente el acto de voluntad matrimonial (Viladrich, 2001, p. 236; Berlingò, 1995, pp. 37-38). En el error determinante la situación del sujeto es de certeza sobre el contenido falso que se presenta el intelecto. Hay que entender esta certeza como *determinatio intellectus ad unum* (Tomás de Aquino, In III *Librum Sententiarum*, d. 23, q. 2, a. 2. Cfr. d. 26, q. 2, a. 4.): el sujeto dirige necesariamente la propia voluntad hacia el único *modelo matrimonial* que le presenta su intelecto, es decir, un tipo de vínculo desprovisto de uno de sus elementos esenciales (Bañares, 1993, p. 571). En virtud de la certeza, el sujeto ignora que está errando, de modo que la voluntad se dirige de modo necesario e inconsciente hacia un modelo matrimonial falso. Si el contrayente llegara a conocer que existe un matrimonio distinto de como él lo concibe a causa del error —sustancialmente falso—, ya no se darían las condiciones del error determinante, al desaparecer la situación psicológica de certeza que lo caracteriza como capítulo de nulidad matrimonial autónomo. Al desaparecer la certeza sobrevendría la duda, y en ese caso la opción por el *falso matrimonio* tendría un carácter de elección voluntaria, que habría que considerar bajo el capítulo de la simulación parcial (can. 1101 CIC). En este supuesto el

<sup>10</sup> El canon establecía: “Simplex error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem, etsi det causam contractui, non vitiat consensum matrimonialem”.

<sup>11</sup> Para una exégesis completa de este canon, puede consultarse la completa monografía de Majer, 1997.

<sup>12</sup> Se podría hipotéticamente estar de acuerdo con el divorcio y desear para sí una unión indisoluble. Y se puede considerar el matrimonio como una unión indisoluble y a la vez excluir la indisolubilidad del propio matrimonio por un determinado motivo: por ejemplo, no estar convencido de que esa persona sea la adecuada como cónyuge.

error podría ser considerado *causa simulandi*.

El Papa aclara sin embargo en su discurso a la Rota de 2015 que la eventualidad de este tipo de error “ya no debe considerarse excepcional, como en el pasado, justamente por el frecuente predominio del pensamiento mundano sobre el magisterio de la Iglesia” (Francisco, 2015, a). Hoy no se puede presumir –como en tiempos pasados– que exista una voluntad de contraer verdadero matrimonio salvo prueba en contrario. La llamada *presunción benedictina*, formulada por el Papa Benedicto XIV en el siglo XVIII establecía que debía presumirse la existencia de una *voluntad general prevalente* de contraer verdadero matrimonio. El error simple o error meramente teórico sobre el matrimonio o sus elementos esenciales era siempre irrelevante. Se debía probar siempre la existencia de una voluntad contraria al matrimonio mismo o a sus propiedades esenciales provocada por dicho error (Benedicto XIV, 1748)<sup>13</sup>. Se trataba en todo caso de una presunción *iuris tantum* (Majer, 1997, pp. 27-31).

Hoy esta presunción no se debería aplicar del mismo modo, puesto que el presente contexto cultural ha cambiado radicalmente y no se puede dar por descontado el conocimiento mínimo del matrimonio, también entre las personas que piden casarse en la Iglesia. No se puede sin embargo establecer la presunción contraria: es decir, que en el actual contexto cultural postmoderno, secularizado y a menudo lejano de los principios sobre el matrimonio cristiano, nadie esté en condiciones de prestar un auténtico consentimiento. Y ello en base a la inclinación natural propia del amor conyugal, que mueve al don de sí y a la aceptación del cónyuge. Podría afirmarse sin embargo, que —tal como sugiere el Papa— hoy la presunción benedictina tiene menos fuerza que antaño y debe aceptarse que es más fácil que las ideas erróneas sobre el matrimonio determinen la voluntad hacia un objeto matrimonial falso.

El Papa afirma en su discurso que el desconocimiento de los contenidos de la fe podría llevar a configurar el

error que determina a la voluntad. En efecto, allí donde no haya una sólida adhesión a las verdades de fe, se pueda verificar más fácilmente una desviación sobre la recta comprensión del matrimonio<sup>14</sup>. La falta de fe podría tener un influjo indirecto a través del error determinante de la voluntad, siempre y cuando esta situación conduzca a una comprensión errónea de alguno de los elementos esenciales del matrimonio, *determinando* el objeto de la voluntad en el sentido antes mencionado. Siguiendo el magisterio de sus predecesores al que ya se ha hecho referencia, el objeto del error debe afectar directamente a la “realidad natural del matrimonio”.

Por otra parte, la ausencia de fe puede desembocar también en un error sobre el matrimonio que constituya causa de simulación. Pero no cabe establecer automatismos entre falta de fe y estos dos capítulos de nulidad. El juez debe valorar caso por caso el alcance del error sobre la voluntad concreta del contrayente<sup>15</sup>.

En su Discurso a la Rota del año 2016 el Papa manifiesta su convicción de que “a pesar de los modernos modelos centrados en lo efímero y lo transitorio, la familia fundada sobre el matrimonio es una realidad que, en la gracia de Cristo, puede ser vivida por todos los fieles bautizados” (Francisco, 2016, a). Aun así, la Iglesia “sabe que entre los cristianos, algunos tienen una fe fuerte, formada por la caridad, fortalecida por una buena catequesis y nutrida por la oración y la vida sacramental, mientras que otros tienen una fe débil, descuidada, no formada, poco educada, u olvidada” (Francisco, 2016, a). En continuidad con lo afirmado en 2015 y con el magisterio precedente el Papa reafirma que “la calidad de la fe no es una condición esencial del consentimiento matrimonial, el cual, de acuerdo con la doctrina de siempre, puede ser minado solamente a nivel natural”<sup>16</sup>.

El Papa recuerda que “el *habitus fidei* se infunde en el momento del bautismo y sigue teniendo un misterioso influjo en el alma, incluso cuando la fe no se haya desarrollado y psicológicamente parezca estar ausente”

<sup>13</sup> Cfr. Benedicto XIV, De synodo dioeclesana libri tredecim, T. 2, L. 13, c. 22, n. 7.

<sup>14</sup> Sobre la relación entre falta de fe y error determinante de la voluntad, cfr. Gas Aixendri, 2003, pp. 214-216.

<sup>15</sup> “El juez, al ponderar la validez del consentimiento expresado, debe tener en cuenta el contexto de valores y de fe —o de su carencia o ausencia— en el que se ha formado la intención matrimonial”, Francisco, 2015, a.

<sup>16</sup> Aunque la fuente que se cita para esta afirmación es el can. 1055 CIC, es indudable la conexión con el Discurso de Juan Pablo II en 2003 y el de Benedicto XVI en 2013, ya comentados más arriba.

(Francisco, 2016, a). En la base de esta afirmación subyace un hecho teológico importante: la sacramentalidad del matrimonio tiene su raíz en el bautismo (Rincón-Pérez, 2012, p. 942). Quien recibe este sacramento es hecho capaz de actuar como cristiano. En relación al matrimonio se puede afirmar que el bautizado es *capaz* de casarse como hijo de Dios, de manera que su unión matrimonial tenga el significado sacramental. El fiel —también por la fe informe recibida al ser bautizado— tiene la capacidad de poner en existencia el signo sacramental del matrimonio (Francisco, 2016, b). La Exhortación apostólica *Amoris laetitia* —retomando las Catequesis sobre el amor humano de Juan Pablo II— afirma que “en los bautizados, las palabras y los gestos se convierten en un lenguaje elocuente de la fe” (Francisco, 2016, b, n. 213). En efecto, el cuerpo “se convierte en el lenguaje de los ministros del sacramento, conscientes de que en el pacto conyugal se manifiesta y se realiza el misterio” (Juan Pablo II, 1984, n. 4). En el mismo texto se recuerda que los esposos son los ministros del sacramento, cuya centralidad está en el consentimiento del varón y la mujer, que es lo que de por sí establece el vínculo sacramental (Francisco, 2016, a). “Las deficiencias de formación en la fe y también el error relativo a la unidad, la indisolubilidad y la dignidad sacramental del matrimonio vician el consentimiento

matrimonial solamente si determinan la voluntad” (Francisco, 2016, a). Por eso los errores que afectan a la naturaleza sacramental del matrimonio deben evaluarse con mucha atención (Francisco, 2016, a). En esta valoración debe tenerse en cuenta lo dicho anteriormente por el pontífice: el consentimiento matrimonial “puede ser minado solamente a nivel natural”.

Esta interpretación de la realidad sacramental del matrimonio y de la relevancia de la fe se coloca en continuidad con la tradición y con la praxis de la Iglesia, que: a) ha reconocido siempre la validez de los matrimonios entre no bautizados que son sacramentales al bautizarse ambos cónyuges (sin renovar el consentimiento matrimonial exigiendo una intención dirigida a constituir el sacramento o un acto explícito de fe personal dirigido al matrimonio)<sup>17</sup>; b) no duda acerca de la validez del matrimonio de un católico con un no bautizado si se celebra con la debida dispensa (Juan Pablo II, 2003, n. 8). Ciertamente este matrimonio no es sacramento, pero lo será con el bautismo de la parte no católica desde el momento en que reciba este sacramento; c) ha considerado siempre válidos y sacramentales los matrimonios de los cristianos que no están en plena comunión con la Iglesia.

## 5. Consideraciones conclusivas

Resulta todavía prematuro avanzar una valoración de la reforma. En todo caso parece importante no perder de vista la razón de ser de los procesos de nulidad matrimonial<sup>18</sup>. La renovación llevada a cabo por el Papa Francisco pone de relieve que la función judicial de los tribunales es parte de la misión pastoral de la Iglesia. El fin último de los procesos eclesíásticos es la *salus animarum*. A la vez, la salvación de cada alma está intrínsecamente vinculada a la verdad y a la justicia. Como bien señala el *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus* el proceso no

puede renunciar a la búsqueda de la verdad, con certeza moral, acerca de la existencia del vínculo (*Relatio synodi* 2014, n. 48). Para ello, la reciente reforma legislativa ha de ir acompañada de una adecuada preparación y dedicación de los operadores del derecho, así como de los medios materiales de que disponen.

La adecuación de la actuación jurídico-pastoral de la Iglesia a la realidad en materia de validez del matrimonio canónico reclama también una constante profundización

<sup>17</sup> El Papa ha recordado recientemente que “cuando dos cónyuges no cristianos se bautizan, no es necesario que renueven la promesa matrimonial, y basta que no la rechacen, ya que por el bautismo que reciben esa unión se vuelve automáticamente sacramental”; Francisco, 2016, b, n. 75.

<sup>18</sup> En estos momentos los especialistas están haciendo precisiones, como por ejemplo, las verditas por especialistas de primera línea: Seminario di Studio “*La riforma operata dal m.p. Mitis iudex*”, organizada por la *Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo*, y la LUMSA, Roma 30 de octubre de 2015, cuyo contenido se ha difundido a través de la web: <http://www.consociatio.org>. A continuación, son muchas las actividades que se han organizado por parte de Universidades, Conferencias episcopales y asociaciones de canonistas con el fin de contribuir a una mejor comprensión de la nueva normativa. A título de ejemplo puede mencionarse el VI *Corso di Aggiornamento in Diritto matrimoniale e processuale canonico*, organizado por la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Università della Santa Croce (Roma, 19-23 de septiembre de 2016).



en los presupuestos de algunos capítulos de nulidad, a la luz de la crisis antropológica postmoderna, excelentemente resumida en el capítulo segundo de la Exhortación apostólica *Amoris laetitia*<sup>19</sup>. El Papa —siguiendo una de las propuestas del Sínodo sobre la familia del año 2014— ha entrado a examinar algunas cuestiones relacionadas con la falta de fe y la voluntad matrimonial en los dos últimos discursos a la Rota. El Papa, retomando la enseñanza de los dos últimos pontífices, señala que la crisis de fe puede influir en la validez del matrimonio solo cuando lleva a configurar —por error o a través de otros mecanismos psicológicos— un objeto del consentimiento sustancialmente distinto del designio divino, es decir del matrimonio natural. Quizá por eso en el Sínodo de 2015 se eliminó la propuesta de reexaminar esta cuestión<sup>20</sup>. Tampoco el Papa en la Exhortación apostólica *Amoris laetitia* hace mención a esta cuestión. En efecto, sería equívoco convertir el matrimonio canónico en una *cuestión de fe*. Ello comportaría además una desvalorización del matrimonio natural y la segregación del matrimonio cristiano. Requerir la fe para la validez del matrimonio cristiano comportaría, además de los problemas ecuménicos mencionados en *Familiaris consortio* n. 68, negar en la práctica a los católicos alejados de la fe el derecho fundamental al matrimonio<sup>21</sup>.

Esta reforma, como deseo expreso del Papa, deberá contribuir a hacer más accesibles los procesos de nulidad, en favor de quienes viven situaciones de incertidumbre en relación a su situación matrimonial. Sin embargo, en la tramitación de las causas de nulidad debe evitarse la confusión entre el matrimonio fracasado con el matrimonio nulo. La nueva normativa solo facilitaría la solución del problema de aquellos divorciados vueltos a casar cuyo primer matrimonio, además de fracasado, resultase nulo. El Sínodo de obispos celebrado en 2015 ha valorado positivamente este modo de facilitar el acceso de los fieles a la justicia. Ha subrayado asimismo la responsabilidad de los obispos diocesanos en su aplicación (*Relatio synodi* 2015, n. 82). Sin lugar a dudas,

en la buena ejecución de la reforma está en juego algo tan serio como la credibilidad de la Iglesia y su defensa de la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

La Iglesia debe “mostrar el indefectible amor misericordioso de Dios por las familias, en particular a las heridas por el pecado y por las pruebas de la vida, y, al mismo tiempo, proclamar la irrenunciable verdad del matrimonio según el designio de Dios” (Francisco, 2016, a). Por este motivo “con renovado sentido de responsabilidad sigue proponiendo el matrimonio, en sus elementos esenciales —hijos, bien de los cónyuges, unidad, indisolubilidad, sacramentalidad— no como un ideal para pocos” (Francisco, 2016, a). Como ha señalado el Sínodo celebrado en 2014, a pesar de las evidentes señales de crisis, el deseo de familia permanece vivo, especialmente entre los jóvenes y son muchas las familias que responden con generosidad, alegría y fe a su vocación, aun con obstáculos, incomprendimientos y sufrimientos (*Relatio synodi*, 2014, nn. 1 y 2; Francisco, 2016, b, n. 1).

Tanto o más importante que la ayuda pastoral de los fracasos es el esfuerzo por consolidar los matrimonios y prevenir las rupturas (Francisco, 2016, b). En la reciente Exhortación apostólica *Amoris laetitia* el Papa —siguiendo *Evangelii gaudium*— propone una nueva conversión en la acción pastoral de la Iglesia en la preparación al matrimonio y en el acompañamiento a las familias<sup>22</sup>. El Papa propone de este modo una *pastoral del vínculo*, aportando “elementos que ayuden tanto a madurar el amor como a superar los momentos duros” (Francisco, 2016, b, n. 211). Siguiendo esta misma idea, el Discurso a la Rota del año 2016 hace referencia a una “urgencia pastoral, que abraza todas las estructuras de la Iglesia, impulsa a converger hacia un intento común ordenado a la preparación adecuada al matrimonio, en una especie de nuevo catecumenado” (Francisco, 2016, a).

Junto a la preparación al matrimonio, el acompañamiento a las familias se convierte hoy en

<sup>19</sup> Un comentario sobre este capítulo puede verse en Gas Aixendri & Lacorte Tierz, 2016, en prensa.

<sup>20</sup> De hecho, la propuesta ya desapareció como tal en el *Instrumentum laboris* publicado el 23 de junio de 2015, tras recibir las respuestas a las preguntas planteadas por la Secretaría del Sínodo. El n. 115 de este documento indica lacónicamente que “respecto a la relevancia de la fe personal de los novios para la validez del consentimiento, se señala una convergencia sobre la importancia de la cuestión y una variedad de enfoques en la profundización”.

<sup>21</sup> Sobre esta cuestión, véase Gas Aixendri, 2015, c.

<sup>22</sup> Sobre esta cuestión puede verse un interesante artículo de Sánchez-Gil, 2014.

una cuestión vital de la pastoral familiar. El Santo Padre en *Amoris laetitia* invita a los fieles que están viviendo situaciones complejas, a que se acerquen con confianza a conversar con sus pastores. “No siempre encontrarán en ellos una confirmación de sus propias ideas o deseos”, pero “recibirán una luz que les permita comprender mejor lo que les sucede y podrán descubrir un camino de maduración personal” (Francisco, 2016, b, n. 312). Por su parte invita también a los pastores “a escuchar con afecto y serenidad, con el deseo sincero de entrar en el

corazón del drama de las personas y de comprender su punto de vista, para ayudarles a vivir mejor y a reconocer su propio lugar en la Iglesia” (Francisco, 2016, b, n. 312). Se trata de “acompañar con misericordia y paciencia las etapas posibles de crecimiento de las personas que se van construyendo día a día” (Francisco, 2013, n. 44). Todo ello presenta una gran coherencia interna a la luz de la *pastoral del vínculo* auspiciada por el Santo Padre en la Exhortación apostólica *Amoris laetitia*.

## Referencias

- Bañares, J.I. (1993). La relación intelecto-voluntad en el consentimiento matrimonial. *Ius Canonicum*, 33, 553-606.
- Benedicto XIV. De *synodo dioecesisana libri tredecim*, Apud Benedictum Cano, Matriti 1803.
- Benedicto XVI (2013). *Discurso al Tribunal de la Rota Romana*, 26 de enero de 2013. Recuperado de [https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2013/january/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20130126\\_rota-romana.html](https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2013/january/documents/hf_ben-xvi_spe_20130126_rota-romana.html)
- Berlingò, S., (1995). L'autonomia delle diverse fattispecie dell'errore e del dolo (Cann. 1097-1099 CIC), en AA.VV., *Errore e dolo nel consenso matrimoniale canonico* (pp. 5-38), Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.
- Cebriá García, M. D. (2016). Las circunstancias y hechos orientativos de la nulidad clara del art. 14 del *Motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, para abrir el proceso breve ante el obispo. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 40.
- Errázuriz, C. J. (2004). Contratto e sacramento: il matrimonio, un sacramento che è un contratto. Riflessioni attorno ad alcuni testi di San Tommaso d'Aquino. En AA.VV., *Matrimonio e sacramento* (pp. 43-56). Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.
- Errázuriz, C. J. (2016). *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale. Introduzione al diritto matrimoniale canonico*. Roma: EDUSC.
- Francisco (2013). *Exhortación apostólica Evangelii gaudium*. Recuperado de [https://w2.vatican.va/content/francesco/es/apost\\_exhortations/documents/papa-francesco\\_esortazione-ap\\_20131124\\_evangelii-gaudium.html](https://w2.vatican.va/content/francesco/es/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html)
- Francisco (2014). *Discurso al Tribunal de la Rota Romana*. Recuperado de [https://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/january/documents/papa-francesco\\_20140124\\_rota-romana.html](https://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/january/documents/papa-francesco_20140124_rota-romana.html)
- Francisco (2015a). *Discurso al Tribunal de la Rota Romana*. Recuperado de [https://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/january/documents/papa-francesco\\_20150123\\_tribunale-rota-romana.html](https://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/january/documents/papa-francesco_20150123_tribunale-rota-romana.html)
- Francisco (2015b). *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*. Recuperado de [https://w2.vatican.va/content/francesco/es/motu\\_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio\\_20150815\\_mitis-iudex-dominus-iesus.html](https://w2.vatican.va/content/francesco/es/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-iudex-dominus-iesus.html)

- Francisco (2016a). *Discurso al Tribunal de la Rota Romana*. Recuperado de [https://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2016/january/documents/papa-francesco\\_20160122\\_anno-giudiziario-rotaromana.html](https://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2016/january/documents/papa-francesco_20160122_anno-giudiziario-rotaromana.html)
- Francisco (2015b). Exhortación apostólica *Amoris laetitia*. Recuperado de [http://w2.vatican.va/content/francesco/es/apost\\_exhortations/documents/papa-francesco\\_esortazione-ap\\_20160319\\_amoris-laetitia.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/es/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20160319_amoris-laetitia.html)
- Gas Aixendri, M. (2001). *Relevancia canónica del error sobre la dignidad sacramental del matrimonio*, Roma: EDUSC.
- Gas Aixendri, M. (2003). El error determinante sobre la dignidad sacramental del matrimonio y su relevancia jurídica. *Ius Canonicum*, 36, 185-221.
- Gas Aixendri, M. (2013). Fede e intenzione nel matrimonio sacramento. *Ius Ecclesiae*, 25, 80-95.
- Gas Aixendri, M. (2015a). La familia en el nuevo contexto de evangelización. Implicaciones pastorales y canónicas. *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, XXI, 133-158.
- Gas Aixendri, M. (2015b). È possibile un matrimonio valido senza fede?, en H. Franceschi & M. A. Ortiz (Eds.), *Ius et Matrimonium. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico* (pp. 141-161). Roma: EDUSC.
- Gas Aixendri, M. (2015c). Cultura, fede e conoscenza del matrimonio. *Ius Ecclesiae*, 27, 465-477.
- Gas Aixendri, M. & Lacorte, P. (2016). «Realidad y desafíos de las familias. Comentario al Capítulo II de la Exhortación apostólica *Amoris Laetitia*», *Temas d'Avui*. En prensa.
- Juan Pablo II (1981). *Exhortación apostólica Familiaris consortio*. Recuperado de [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost\\_exhortations/documents/hf\\_jp-ii\\_exh\\_19811122\\_familiaris-consortio.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio.html)
- Juan Pablo II (2001). *Discurso al Tribunal de la Rota Romana*. Recuperado de [https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/2001/february/documents/hf\\_jp-ii\\_spe\\_20010201\\_rotaromana.html](https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/2001/february/documents/hf_jp-ii_spe_20010201_rotaromana.html)
- Juan Pablo II (2003). *Discurso al Tribunal de la Rota Romana*. Recuperado de [https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/2003/january/documents/hf\\_jp-ii\\_spe\\_20030130\\_roman-rotaromana.html](https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/2003/january/documents/hf_jp-ii_spe_20030130_roman-rotaromana.html)
- Majer, P. (1997). *El error que determina la voluntad*. Pamplona: Eunsa.
- Moneta, P. (2004). L'esclusione del sacramento e l'autonomia della fattispecie. En AA.VV., *Matrimonio e sacramento* (pp. 75-91). Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.
- Ortiz, M. A. (2009). L'esclusione della dignità sacramentale del matrimonio nel recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale. En H. Franceschi & M.A. Ortiz (Eds.), *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto canonico matrimoniale e processuale* (pp. 101-127). Roma: EDUSC.
- Pompedda, M. F. (2004). Intenzionalità sacramentale. En AA.VV., *Matrimonio e sacramento* (pp. 31-42). Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.
- Rincón-Pérez, T. (2012) Fe para la celebración del matrimonio. En J. Otaduy, A. Viana & J. Sedano (Eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico, Vol. III* (pp. 937-938). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

- Rivella, M. (2004). Il matrimonio dei cattolici non credenti e l'esclusione della sacramentalità. En AA.VV., *Matrimonio e sacramento* (pp. 111-120). Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.
- Roca Fernández, M. (2016). La reforma del proceso canónico de las causas de nulidad matrimonial: de las propuestas previas a la nueva regulación. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 40.
- Sánchez-Gil, A. S. (2014). La pastorale dei fedeli in situazioni di manifesta indisposizione morale. La necessità di un nuovo paradigma canonico-pastorale dopo *l'Evangelii gaudium*. *Ius Ecclesiae*, 26, 555-578.
- Secretaría del Sínodo de los Obispos, III Asamblea General Extraordinaria Los desafíos pastorales de la familia en el contexto de la evangelización. *Relatio ante discernationem*, de 6 de octubre de 2014. Recuperado de <http://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2014/10/06/0712/03003.html>
- Secretaría del Sínodo de los Obispos, III Asamblea General Extraordinaria Los desafíos pastorales de la familia en el contexto de la evangelización, *Relatio Synodi* de 18 de octubre de 2014. Recuperado de [http://www.vatican.va/roman\\_curia/synod/documents/rc\\_synod\\_doc\\_20141018\\_relatio-synodi-familia\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/synod/documents/rc_synod_doc_20141018_relatio-synodi-familia_sp.html)
- Secretaría del Sínodo de los Obispos, XIV Asamblea General Ordinaria La vocación y misión de la familia en la Iglesia y en el mundo contemporáneo, *Relatio Finalis* de 24 de octubre de 2015. Recuperado de [http://www.vatican.va/roman\\_curia/synod/documents/rc\\_synod\\_doc\\_20151026\\_relazione-finale-xiv-assemblea\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/synod/documents/rc_synod_doc_20151026_relazione-finale-xiv-assemblea_sp.html)
- Serrano Ruiz, J. M. (2004). Fede e sacramento. En AA.VV., *Matrimonio e sacramento* (pp. 19-30). Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.
- Stankiewicz, A. (2004). La giurisprudenza in tema di esclusione della sacramentalità del matrimonio. En AA.VV., *Matrimonio e sacramento* (pp. 93-110). Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.
- Tribunal Apostólico de la Rota Romana, *Subsidio aplicativo del Motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, enero de 2016. Recuperado de <http://www.rotaromana.va/content/dam/rotaromana/documenti/Sussidio/Subsidio%20Aplicativo,%20espa%C3%B1ol.pdf>
- Viladrich, P. J., (2001). *Il consenso matrimoniale*. Milano: Giuffrè.

**Carlos I.  
Massini-  
Correas**

Universidad de  
Mendoza, Argentina

carlos.massini@um.edu.ar

Recibido: 7.11.16

Aceptado: 13.12.16

## **Sobre dignidad humana y Derecho La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho**

### **Human dignity and Law The dignity of the person and its constitutive relevance in Law**

**Resumen:** En el presente trabajo se intenta rehabilitar la noción de dignidad de la persona humana a partir de la superación de los intentos modernos y contemporáneos de fundarla racionalmente sobre bases empiristas, pragmatistas o racionalistas o bien de negarla desde perspectivas marxistas, freudianas, estructuralistas o posmodernas. Esta rehabilitación se intenta sobre las bases ontológicas sobre las que pensó la filosofía clásica, poniendo especial énfasis en la noción de participación metafísica. Y como consecuencia de esa re-fundamentación, se reformula la idea de dignidad aplicándola a las nociones de derecho, derecho natural, derechos humanos, gobierno del derecho, y otras más, dando lugar a una conceptualización filosófico-realista de la eticidad y del derecho.

**Palabras clave:** dignidad humana, participación metafísica, Derecho.

**Abstract:** In this paper the author intends to restore the notion of dignity of the human person based on the overcoming of modern and contemporary attempts of founding said notion rationally, upon empiricist, pragmatist or rationalist bases, or of denying it from marxist, freudian, structuralist or postmodern perspectives. The author attempts this restoration upon the ontological bases on which classical philosophy thought the idea of person, and puts emphasis on the idea of metaphysical participation. And, as a consequence of this re-foundation, the idea of dignity is reformulated and applied to the notions of law, natural law, human rights, rule of law and others, giving way to a philosophical-realistic conceptualization of ethics and law.

**Keywords:** human dignity, metaphysical participation, Law.

## 1. Las cuestiones a estudiar

Uno de los temas debatidos en la antropología y la filosofía práctica contemporánea es el denominado la “paradoja de la dignidad” (Melendo, 1999, pp. 51-97). Ella consiste en que, a lo largo de los últimos tres siglos, se ha exaltado y glorificado como nunca en la historia al ser humano-persona, recalcando su dignidad y poniendo de relieve el respeto sin par del que debe ser objeto. Pero ha sucedido también que, no obstante este pretendido encumbramiento de la persona humana, tanto la realidad humano-práctica, cuanto las doctrinas que intentan justificarla, han ido derivando hacia una anulación o abolición del hombre, tanto teórica como práctica. En efecto, en la dimensión de las conductas concretas, los últimos siglos —en especial el siglo XX— han sido el escenario de masacres, esclavitudes y despotismos que sacuden las conciencias y que no tienen parangón con las sucedidas en el resto de la historia humana. Y en el ámbito de las doctrinas, desde los orígenes mismos del mencionado proceso de encumbramiento se ha producido, de modo paralelo, una deriva anti-humanista y negadora en definitiva de la dignidad de la persona humana en cuanto realidad efectiva, fundada y justificada racionalmente.

Ahora bien, esta deriva anti-humanista tiene varias vertientes: existencialistas, estructuralistas, positivistas, marxistas y postmarxistas, posmoderno-nihilistas, y varias más, pero en todos los casos el resultado final es “la inexistencia del hombre como sujeto” (Ibáñez Langlois, 1985, p. 126), o al menos su difuminación y debilitamiento decisivo en el orden teorético. Y también en todos los casos, esta fragilidad o anulación doctrinaria tiene como origen radical la negación de la dimensión intrínsecamente real de la persona humana, es decir, de su fundamento en el ser, en la realidad constitutiva de todos los entes, en el acto de existir positivamente fuera de la nada. Dicho en otras palabras, la raíz del debilitamiento y —en definitiva— la anulación del concepto de persona radica en su reducción a alguna de sus dimensiones no constitutivas:

la de ser un centro de imputación normativa, un “ser para la muerte”, el miembro de una raza, de una clase o de un “pueblo”, un mero dato empírico, un elemento de ciertas relaciones de nudo poder, de algunas relaciones sociales o discursivas y así sucesivamente. De este modo, se ha llegado a sostener que un ser humano concebido no es persona hasta que no haya sido reconocido y designado por algunos —no todos— de sus congéneres, tal como lo hacen, v.gr, Luigi Ferrajoli (Ferrajoli, 2008, pp. 153-172; Massini-Correas, 2013, pp. 65-77) o Giselher Rüpke (Spaemann, 2003, pp. 347-352), o bien que solo sería persona una entidad capaz de realizar de hecho y positivamente ciertas actividades específicas, como la autoconsciencia, el razonamiento o la libre elección y solo mientras duren esas capacidades fácticas, tal como lo sostienen entre varios otros Peter Singer, Tristram Engelhardt y John Harris (Singer, 1997, pp. 213-214).

Todo esto es la consecuencia directa y la culminación de una evolución que comienza en los albores de la Edad Moderna, cuando Descartes invirtió el proceso de conocimiento y lo hizo partir no desde la realidad hacia el entendimiento, tal como se lo había pensado hasta entonces, sino desde el *cogito* del sujeto hacia una realidad previamente reducida a sus dimensiones cuantitativamente espaciales. Escribe Tomás Melendo que “lo que Descartes sostiene es que el pensamiento no exige previamente, con prioridad de naturaleza, la existencia o el ser, sino que es el propio pensar [...] lo que *confiere su realidad* a lo pensado. En este sentido —continúa Melendo— el pensamiento (y, en general, la subjetividad humana) se alza como *principio primero no fundamentado*, como principio sin principio, de cualquier realidad posterior [...]; la subjetividad —concluye— comienza a ocupar el puesto que hasta entonces correspondía al ser, tornando imposible un conocimiento y un juicio verdaderos —‘objetivos’ diríamos hoy— sobre ‘lo-que-es’, sobre ‘lo-que-tiene-ser’” (Melendo, 1999, p. 63).

De este modo, y este proceso se profundizará en los siglos posteriores, se produce lo que puede llamarse una “opción por la inmanencia”, según la cual el conocimiento de la realidad y la libertad de acción tienen su raíz y fundamento solo en la interioridad humana, que es la que les daría sentido y contenido (Cardona, 1973, pp. 175 ss.). Por supuesto que este proceso supone un radical “olvido del ser”, que en algunos casos se convierte en “rechazo del ser” e implica siempre una desatención sistemática de la consistencia de la realidad en sí, con independencia de la percepción y de la manipulación humanas. En definitiva, de lo que se trata aquí es de una transformación del “ser en sí” en un “ser para mí”; de la mutación de la búsqueda de la realidad del ser a través del conocimiento y del ser-bien por la acción humana, a la construcción de la realidad y la moralidad mediante la razón y la voluntad del sujeto humano.

Pero no solo la vertiente subjetivista de la modernidad contribuye a la difuminación de la idea del ser humano-persona y de su correspondiente dignidad, sino que también las tardo-modernas visiones constructivistas y estructuralistas del sentido del universo, la historia y la vida humana, abocan a la supresión —al menos intentada— de la personificación del sujeto individual y a su dilución en el contexto de estructuras anónimas a las que se reduce la realidad completa. De este modo, el marxismo, el freudismo, el estructuralismo y sus afines, han conducido a la reducción del ser humano a un mero elemento funcional de estructuras económicas, psicológicas o lingüísticas autosuficientes. En este sentido, sostiene Jean Grondin que “son justamente esas ciencias sociales [estructurales] las que le han dado el golpe de gracia al mega-sujeto moderno. Ahora bien, ese sujeto moderno ha sido suplantado, en la ‘lógica’ de las ciencias sociales, por la idea de un mundo construido, o mestizado, regido por estructuras más o menos ordenadas”; y más adelante concluye que “esta idea ha terminado por sacudir la autonomía de la razón humana, puesto que el sujeto humano ha sido percibido, cada vez más, como lo resultante de estructuras o de construcciones sociales, de lenguaje y culturales [...];

se ha ido imponiendo así la idea de la primacía de la estructura (o de la construcción) sobre el sujeto [...]; el individuo —finaliza— no es el dueño de su destino, pertenece a un orden social del que su conciencia no es más que un reflejo” (Grondin, 2005, pp. 45-51).

Ahora bien, llegado a este punto, corresponde preguntar: esta pérdida integral del ser, subjetiva o estructural, ¿no se traducirá indefectiblemente en un rechazo radical del valor ontológico, real, propiamente de ser, del sujeto humano y en general de las realidades que tienen un valor en sí y por sí, de los denominados clásicamente “bienes honestos”? “Y como entre estos [bienes] —afirma nuevamente Tomás Melendo— el lugar de preferencia corresponde a los sujetos personales, la civilización contemporánea habrá de caracterizarse por su incapacidad para advertir la valía cardinal, la dignidad, de las personas”; o en otros términos: “el olvido o rechazo del ser —padre de la cultura y civilización modernas— se configura, desde una perspectiva estrictamente fundamental, como la clave de la paradoja de la dignidad conculcada” (Melendo, 1999, p. 91-93).

En lo que sigue, en el presente estudio se esbozará un ensayo de respuesta a esta paradoja y se desarrollará un breve análisis de la fundamentación de la intrínseca dignidad de las personas humanas en las claves del realismo clásico, en especial dentro de los parámetros tomistas de ese pensamiento. Pero además, como en esta oportunidad se está debatiendo acerca del cometido o lugar propio de la noción de dignidad de la persona humana en el ámbito del derecho, también se considerarán los principales aspectos de la relación entre esas dos nociones, derecho y dignidad de la persona, fundamentalmente en lo que se refiere a la necesidad de tener en cuenta esa dignidad para configurar la noción misma de derecho, para la fundación de la idea e implicaciones del derecho natural, de la subsiguiente noción de derechos naturales o “humanos”, de la concepción clásica de “gobierno del derecho”, así como de sus implicaciones en el ámbito del bioderecho y del derecho ecológico o ambiental.

## 2.Ser y persona

Tal como se expuso más arriba, la gran mayoría de las concepciones modernas y contemporáneas de la persona revisten carácter relacional, fenoménico o bien reductivo; esto significa que, al conceptualizar a la persona, se tiene principalmente en cuenta —y a veces exclusivamente— su vinculación con otro elemento diverso de la personabilidad misma, como la aceptación o estructuración social, o sus principales manifestaciones, como la auto-conciencia, o bien alguno de sus elementos constitutivos, como su libertad-autonomía, considerado como el elemento decisivo y único de su configuración esencial (Véase Torralba Roselló, 2005, pp. 97-316). Se tratará aquí, por lo tanto, de exponer la concepción de la dignidad de la persona propia de la denominada “tradición central de occidente” (George, 1995, p. 19), que critica y supera la noción moderna y tardo-moderna y propone una visión de esa dignidad arraigada en la realidad constitutiva de la persona.

Por supuesto que para exponer esta perspectiva clásica en un espacio razonablemente reducido, será necesario dar por conocidas ciertas afirmaciones acerca de las realidades personales: (i) todo lo referido a la *etimología* de las palabras “persona” y “dignidad”, que es un punto de partida inexcusable para la dilucidación de las correspondientes nociones; (ii) lo vinculado con la *definición* clásica de persona, conceptualizada por Boecio como “sustancia individual de naturaleza racional”, y comentada por varios pensadores eminentes, en especial por Tomás de Aquino; y (iii) todo lo que hace a la *noción* misma de dignidad, tanto en su dimensión ontológica, como en la ética y la estética, donde se concreta en las subnociones de eminencia y de valor intrínseco (Millán-Puelles, 1984, pp. 457-466; Trigeaud, 1990, pp. 57 ss.). Se tratará entonces, solamente del fundamento constitutivo de esa dignidad de la persona humana, analizado y explicado desde una perspectiva estrictamente filosófica, aunque eventualmente se efectuará una mención a su raíz teológica.

Hechas estas aclaraciones, y comenzando con lo que respecta a ese punto, corresponde iniciar afirmando que la etimología de la palabra “fundamento” proviene

de la expresión latina *fundamentum*, que significó originariamente la noción de “cimiento” o “soporte” de una construcción cualquiera. Posteriormente, y del mismo modo que aconteció con varias otras palabras, se fue trasladando su sentido físico o material para pasar a significar, en el orden epistémico o ético, aquellos principios que otorgan justificación racional a una afirmación, un razonamiento, una norma, un valor o una institución. Es decir que, por el recurso retórico de la metáfora, se pasó de significar lo que sostenía físicamente a una construcción, a connotar las razones primeras que sostienen intelectualmente a una proposición o grupo de proposiciones (Massini-Correas, 2005, pp. 131-141).

De lo que se trata, por lo tanto, al hablar de fundamentación de la dignidad personal, es de encontrar ciertos principios que, en razón de aparecer como primeros y directamente cognoscibles, justifiquen racionalmente, por la vinculación o ilatividad lógica que habrá de existir entre ellos, la existencia y extensión de la dignidad personal. Dicho de otro modo, y volviendo a la analogía originaria con los cimientos y la construcción que en ellos se sostiene, el proceso de fundamentación consiste en establecer la realidad y carácter de aquellos fundamentos que revisten aptitud para soportar - en este caso racionalmente - el edificio conceptual de la dignidad humana. Se trata por lo tanto de inferir correctamente, a partir de ciertas verdades primeras y más conocidas, la justificación racional de las proposiciones que explican el carácter de la personabilidad humana y las razones de su dignidad (Kalinowski, 1979, pp. 77 ss.).

Ahora bien, estas verdades primeras a partir de las cuales es posible desarrollar una argumentación que fundamente la dignidad humana no pueden tener carácter convencional, tal como pueden serlo los principios de ciertas ciencias formales, sino que han de tener estricto carácter cognitivo, dado el mismo carácter cognitivo de las afirmaciones que se pretende justificar a partir de ellas (Kalinowski, 1981, 209-220). Y si lo que se busca es justificar la existencia y alcance de una especial perfección —la dignidad consiste en una cierta elevación, prelación o excelencia, es decir, en



una perfección— es preciso remitirse, como punto de partida de la fundamentación, a la perfección originaria y radical, a aquella a partir de la cual todo el resto de las perfecciones adquieren sentido y explicación. Y esta perfección primigenia y por antonomasia es la que corresponde al *ser*; más precisamente al acto de ser o *esse*, por el que toda realidad —todo *ente*— existe en cuanto tal. “La esencia de los entes espirituales —ha escrito Cornelio Fabro— [...] en el orden entitativo, en cuanto el espíritu creado es en sí finito, está compuesta de esencia (como potencia) y de ser (*esse*) participado (como acto último); por lo cual, todo lo que existe en el mundo, sea material o espiritual, se dice ente como aquello que tiene el ser (*esse*) por participación” (Fabro, 1983, pp. 204).

Por su parte y con su precisión habitual, y refiriéndose específicamente a las perfecciones humanas, Tomás de Aquino ha escrito que “toda la nobleza de cualquier cosa le pertenece en razón de su ser (*esse*): pues ninguna nobleza derivaría para el hombre de su sabiduría si por ella no fuese sabio; y lo mismo cabe decir de las restantes perfecciones. En consecuencia, a tenor de la forma como una realidad posee el ser (*esse*), se determina el grado y la calidad de su nobleza: pues cada cosa es más o menos noble conforme su ser (*esse*) es contraído a un cierto y especial modo de nobleza, mayor o menor” (Tomás de Aquino, *Summa contra gentiles*, I, cap. 27).

Por lo tanto, cualquier perfección que corresponda al ser humano-persona, como es el caso de la alegada dignidad, habrá de tener su raíz o fundamento originario en el ser (*esse*) del que el hombre participa dentro de los límites de su esencia. Pero además, al ser la forma-alma del ente humano-persona de carácter radicalmente *espiritual*, es decir, que trasciende de modo eminente las condiciones empobrecedoras de la materia y que puede abrirse por ello a toda la naturaleza por su conocimiento y a todo bien por el querer de su voluntad, el ser (*esse*) que le otorga la existencia reviste un carácter también eminente, y es posible sostener que “el hombre [...] constituye la máxima y suprema encarnación de la substancialidad (y así, del ente participado)” (Melendo, 1999, p. 151).

Y en lo que respecta al origen o inicio o fundamento de todo conocimiento, Cornelio Fabro ha expuesto con

claridad que “el ente es el primer plexo noético originario (*primum cognitum*) constitutivo del conocer en sentido fuerte, es decir, opera y se presenta a la confluencia de todas las funciones de conciencia, sean cognitivas o sean tendenciales, sean sensibles o espirituales: por lo tanto trasciende tanto la intuición (sensible) como la abstracción (intelectiva), porque las sustenta a ambas [...]. Es con la aprehensión del *ente* como *primum cognitum* (...) que el pensamiento hace su inicio y puede avanzar en su camino, proyectando las diversas formas ya sea del conocer o del obrar” (Fabro, 1983, pp. 206-207; véase: Fabro, 2005, *passim*).

Por lo tanto, con todo esto queda en claro que la justificación racional-*fundamentum* de la dignidad de la persona humana ha de buscarse entonces en el acto de ser (*esse*) que, en razón del carácter espiritual del alma humana, ha de tener una elevación y una perfección especiales, que hacen posible al hombre conocer verdades universales y amar al bien completo. Ese acto de ser (*esse*), que es la raíz entitativa de la dignidad personal, es participado —como es participado el ser de todos los entes finitos— en una “naturaleza racional” y por lo tanto de carácter espiritual, que trasciende plenamente los condicionamientos limitativos de la materia.

En este punto cabría realizar una precisión adicional; ella se refiere a que la persona humana reviste efectivamente —tal como lo precisa la definición boeciana— el carácter de sustancia individual. Pero en este caso, al tratarse de una sustancia espiritual, recibe el ser (*esse*) de un modo especial, diverso del que corresponde a los seres infra-espirituales y por lo tanto infra-personales. “Mientras que en las sustancias no personales - escribe Tomás Melendo - es el compuesto sustancial, el todo, quien recibe el ser *por* la forma *en* la materia, la realidad personal del hombre es tal porque —como demuestran el conocimiento intelectual y el obrar libre [...]— *su alma* resulta capaz de recibir el ser *en sí misma* (y, en este sentido, por sí); *de ahí que afirmemos su índole espiritual*. Y ese ser que el alma recibe en propiedad privada, lo comunica, lo da a participar al cuerpo, tornándolo un cuerpo personal, humano. Nos encontramos ante la clave metafísica de la dignidad del hombre: *la espiritualidad del alma que le pertenece*. Pues en verdad —concluye— y hablando con rigor, el hecho de que ésta pueda recibir al ser *en sí* y, en

cierto modo, lo exija, da razón de la nobleza ontológica de la persona humana, de la peculiar intensidad y grandeza de su acto de ser” (Melendo, 1999, p. 150).

Expresado en otros términos, es posible sostener que, en cuanto espiritual, el alma humana recibe el ser de un modo superior al de las formas no espirituales, a saber, recibe en sí completamente al ser del compuesto personal y comunica ese mismo ser al cuerpo material. Pero se trata siempre de un único ser personal y por ende espiritual, que no depende entonces del cuerpo para existir y puede existir sin ese cuerpo. En este sentido, afirma Tomás de Aquino que “como el alma no puede tener ser individuado sino en la medida en que se une al cuerpo como forma suya [...], es preciso que no comience a ser sino en el cuerpo. Sin embargo, adquiere en el cuerpo un ser absoluto, no abatido o forzado al cuerpo. Y por eso - concluye - incluso tras la destrucción del cuerpo permanece, según su ser, individuada y distinta de toda otra alma” (Tomás de Aquino, *Comentario a las Sentencias*, II, D. 17, q. 2, a. 2, ad 4).

De este modo se explica consistentemente la raíz de la inmortalidad del alma humana (Véase Millán-Puelles, 2008, *passim*), ya que al recaer completamente el acto de ser en el alma espiritual, y solo a través de ella en el cuerpo material, la sustancialidad del alma trasciende infinitamente la materia, y es susceptible de subsistir aun cuando el cuerpo se haya extinguido. En este sentido, sostiene Carlos Cardona que “aunque la naturaleza humana completa incluya el cuerpo, el alma es directamente creada por Dios como subsistente en sí misma, y participando al cuerpo su propio acto de ser. Sabemos que [el alma] subsiste en sí porque tiene operaciones (el entender y el amar) que no son corpóreas, al suponer la posesión intencional de la forma ajena en su alteridad, abstracta y universal, no determinada ni individuada por materia alguna; y el obrar sigue al ser: una operación espiritual —inmaterial— supone una substancia espiritual [...]. Por eso —concluye— y teniendo en cuenta las connotaciones actuales del término persona (consciencia y libertad), no hay inconveniente alguno en decir que, después de la muerte del hombre, el alma separada sigue siendo persona [...] el mismo sujeto individual y singular de su ser y de su obrar...” (Cardona, 1987, p. 75).

Finalmente, corresponde precisar y sintetizar algunas ideas acerca del carácter participado del acto de ser (*esse*) de la persona humana; y esto es necesario porque todo lo sostenido acerca del carácter eminente del ser (*esse*) propio del ente humano no puede hacer olvidar que se trata de un ser participado en los límites de una naturaleza. En efecto, tal como lo precisa Fabro, “la esencia como principio de distinción de los entes implica por doquiera [*ovunque*] una limitación de la perfección del ente; no es el *esse ipsum* sino que participa del ser, acto primero, acto de todos los actos. Ser en acto (*esse actu*) es encontrarse en la realidad, ser realizado: pero primero es ser *tal o cual naturaleza* (es decir, perfección) y así toda determinación de lo real, es una participación del ser” (Fabro, 1983, p. 212). Esto significa que, en cualquier caso, la perfección personal es una perfección participada dentro de los límites de una naturaleza, que aunque sea espiritual tiene el *esse* como recibido y constreñido a existir en los confines de una forma de ser. Y esa naturaleza es, además, la que le marca las líneas de la actividad propia de la persona humana en el camino del completamiento de su perfección propia.

Por eso, cuando Tomás de Aquino habla de la persona humana diciendo que tiene “un ser (*esse*) absoluto”, esta locución no ha de interpretarse en el sentido de un absoluto pura y simplemente, sino de un absoluto en cierto sentido, es decir, de un absoluto participado, de una absolutidad solo con referencia a la condición propia de los seres infra-personales y en el orden del valor, pero nunca en el orden ontológico en el cual el único absoluto es el absoluto subsistente, el *ipsum esse subsistens*. “El hombre —escribe Mondin— es un valor absoluto, pero no posee en sí mismo la razón última de la propia absolutidad: de esta última el único fundamento adecuado es el valor absoluto subsistente, Dios, el cual es absoluto sea como valor sea como ser” (Mondin, 1983, pp. 181 ss.). Y es por este carácter participado de su ser y su dignidad, que el hombre está limitado en sus atributos más personales: su conocimiento y en su libertad; en efecto, tanto el conocimiento como la libertad humanas tienen una naturaleza propia, que limita constitutivamente el alcance de sus operaciones, ordenándolas respectivamente a la verdad y al bien (Alvira, T., 1985, *passim*).

Intentando sintetizar lo sostenido hasta ahora, tarea espinosa en razón de la complejidad de los temas abordados, puede decirse que: (i) a pesar de la aceptación difundida de la idea de dignidad de la persona humana, las explicaciones modernas y contemporáneas más habituales de esa dignidad resultan radicalmente insuficientes, ya que radican en los niveles lingüístico, social, fenoménico o dialógico, y presentan formulaciones reductivas de la personidad humana (Massini-Correas, 1990, pp. 378-400); (ii) una fundamentación adecuada de esa dignidad, que en cuanto tal es una perfección entitativa, ha de radicar en el principio de toda perfección posible, es decir, en el acto de ser (*esse*), principio constitutivo de todo cuanto existe, en especial de las realizaciones más plenas de los entes; (iii) el acto de ser de cada ente (lo que tiene ser) es una participación trascendental (Fabro, 1983, pp. 213-217) del ser en sí, del *ipsum esse subsistens*, que los entes reciben dentro de los límites estrictos de su naturaleza propia, es decir, restringidamente; (iv) en el caso del ser humano, este es persona porque tiene una naturaleza racional, es decir, espiritual: abierta por la razón al conocimiento universal y por la voluntad al amor de todo bien; y por esto se trata de una naturaleza intrínsecamente valiosa y eminentemente superior al resto de los entes no-humanos, por lo que corresponde reconocer una especial dignidad de la persona humana; (v) esta naturaleza espiritual, que recibe el ser (*esse*) de modo excelente y por lo tanto superior, lo recibe no obstante como participación del ser en sí (*ipsum esse*) y por esta razón su conocimiento y su voluntad no

son absolutas pura y simplemente sino solo en referencia al resto de los entes naturales; (vi) de este modo, la justificación racional de la dignidad de la persona humana adquiere un carácter ontológico, referido a la realidad misma del hombre, a su valor intrínseco, y no solo a las manifestaciones, cualidades accidentales u operaciones que le son propias; en otras palabras, el hombre no es persona con dignidad porque conozca universalmente y actúe con libertad, sino que conoce y actúa de ese modo estrictamente porque es persona, y en cuanto tal revestido de una especial dignidad o eminencia.

Todo lo anterior ha sido desarrollado en el nivel de la estricta filosofía, pero es posible explicitarlo en un nivel estrictamente teológico, es decir, de la *sacra doctrina*, elaborada a partir de las fuentes de la revelación divina: la Escritura y la Tradición de la Iglesia. En especial, a partir del conocido texto del Génesis 1, 26-27, según el cual Dios dice: “Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza”, semejanza que tiene su fundamento radical en la causalidad y la participación y su expresión lingüística y conceptual en la analogía (Fabro, 1969, pp. 407-448). No obstante la enorme riqueza de la meditación teológica de la Iglesia acerca de la dignidad personal del hombre, en este lugar prescindiremos de estos aportes, remitiéndonos a los textos de algunos teólogos acreditados, que son muchos y de especial relevancia (Reinhardt, 2005, *passim*; De Koninck, 2006, pp. 151-186).

### 3. La dignidad humana y el sentido del derecho

Una vez que se ha expuesto brevemente el fundamento realista de la dignidad de la persona humana y dando también por supuesto el conocimiento del concepto mismo de persona y del de dignidad, corresponde indagar acerca de la relevancia que tienen estas nociones en el ámbito del derecho. A esos efectos, se realizará ante todo un breve excursus acerca del lugar de la noción de dignidad humana en el ámbito del conocimiento práctico, para luego pasar a ensayar sucintamente las respuestas a las siguientes preguntas: (i) en el desarrollo del *concepto de derecho*, ¿juega algún papel la noción de dignidad de la persona, en especial en el sentido

que se ha explicitado en las páginas anteriores?; (ii) en la tradición doctrinal del *derecho natural*, ¿tiene un lugar central esa dignidad para la explicación del concepto y alcances del derecho natural?; (iii) en una noción rigurosa —tributaria de la anterior— de *derechos humanos*, ¿reviste alguna relevancia positiva la idea de dignidad de la persona humana, tal como pareciera desprenderse del discurso habitual acerca de esos derechos, o se trata meramente en ese discurso de una invocación retórica?; (iv) en cuanto a la idea de *gobierno del derecho*, ¿tiene alguna vinculación con la idea de dignidad humana o bien se trata de nociones independientes?; y finalmente

(v) ¿qué repercusión tiene esa idea de dignidad humana con la conformación y soluciones correspondientes al *bioderecho* y al derecho ambiental?

Con respecto al tema preliminar, el del ámbito propio de la idea de dignidad humana en el contexto del pensamiento práctico-ético, conviene recurrir a las oportunas consideraciones efectuadas en este punto por Alfonso Gómez Lobo en su interesante libro *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*. Allí, el filósofo chileno pone de relieve la referencia del término “dignidad” al valor intrínseco que tiene el hombre en virtud de lo que es en sí mismo, es decir, ontológicamente y no principalmente en virtud de sus acciones. Por ello —sostiene Gómez-Lobo— “los bienes humanos sin duda nos ofrecen razones para actuar. ¿Qué razones para la acción ofrece la idea de dignidad? Ciertamente no ofrece razones ‘positivas’. No podemos hacer nada para obtenerla pues todos los seres humanos ya la poseemos. Pero sabemos también que la dignidad puede ser menoscabada por cierto tipo de acciones. En este sentido es una propiedad de los seres humanos que nos da razones ‘negativas’ para la acción, es decir, nos llama a omitir determinadas acciones” (Gómez Lobo, 2006, p. 61). Pero aclara también que, no obstante lo anterior, resulta obvio que la protección general de la dignidad humana —su respeto— puede requerir muchas veces la realización de acciones que aparecen como eminentemente positivas.

Y más adelante precisa que “en el actuar concreto, el respeto por la dignidad consistirá fundamentalmente en respetar y proteger los bienes de una persona [...]; el respeto por las personas debe ser entendido como respeto por los bienes básicos de esas personas en razón de lo que ellas mismas son” (Gómez-Lobo, 2006, p. 62). Esto significa que los bienes que constituyen la perfección ética del ser humano y que proveer las razones para el obrar moral, revisten propiamente ese carácter ético en razón de ser bienes para una persona, es decir, un ente espiritual y en consecuencia racional y libre, que puede alcanzar esa perfección —siempre limitada en el aquende la muerte— a través de su acción libre y dirigida por la razón práctica. En otras palabras, el hombre es un ser ético porque es un ser personal-espiritual, cuya realización propia solo se alcanza a través de una praxis o conducta conocida y dirigida por la razón y elegida

por la voluntad libre. Por esto, resulta indudable que la realidad del ser humano en cuanto persona dotada de dignidad y su correspondiente noción cognitiva juegan un papel de especial relevancia en la constitución de la praxis ética y en la conformación de la filosofía práctica.

Ahora bien: ¿qué sucede con la dignidad humana y el derecho? La respuesta debe partir del hecho de que la realización humana, es decir, el logro de su bien propio, es una tarea mancomunada o colectiva, que se alcanza a través de la interacción humana y se disfruta por la participación en un bien común (Massini-Correas, 1994, pp. 817-828). Esto significa que la empresa de realización social del bien completo del ser humano, supone una labor de coordinación o dirección conjunta de las conductas humanas para hacer posible la obtención comunitaria de los bienes que integran el bien común, así como ordenar y disponer el disfrute de los beneficios de esa acción colectiva (Finnis, 2011, pp. 231-233 y *passim*). Por otra parte, esta realización común del bien humano requiere para su máxima realización del tipo de comunidades que se denominan *políticas*, y que pueden llamarse también completas o integrales, ya que en ellas es posible alcanzar un nivel y variedad de bienes que no es posible lograr en las restantes comunidades *infrapolíticas*.

Pero este mismo carácter completo de la comunidad política, hace que el bien común que en ella se persigue revista un carácter especialmente complejo; en referencia a la comunidad política, escribe Finnis que “aquí tenemos el bien común más complejo, el cual (sujeto al principio de subsidiaridad) no excluye ningún aspecto del bienestar individual y se ve afectado potencialmente por cualquier aspecto de cualquier plan de vida [...]; esta preocupación de las personas y grupos particulares por bienes individuales, por bienes comunes específicos y por aspectos particulares del bien común omnicomprensivo, promoverá ese bien común omnicomprensivo solamente si las opciones particulares resultantes se sujetan a algún grado de coordinación” (Finnis, 2011, p. 233).

Por otra parte, esta coordinación de las acciones humanas exigida por el bien común político solo puede alcanzarse de dos modos: por la unanimidad o por la autoridad, y es bien sabido que la unanimidad, en

comunidades humanas extensas y complejas, resulta prácticamente inasequible. Es por eso que todas las comunidades políticas que la historia registra han optado por la segunda alternativa, la autoridad (Véase Anscombe, 1990, pp.142-173). Y puede decirse que en una comunidad existe autoridad cuando, en la búsqueda del bien común del todo social, existe un órgano (individual o colectivo) que coordina las acciones de los integrantes a través de directivas que se presentan como razones excluyentes para la acción, es decir, razones que sobrepasan a cualquier otra razón particular para actuar que puedan tener los miembros del todo social (Véase Raz, 1990, pp. 115-141 y Raz, 1978, pp. 128-143). De todos modos, lo importante aquí es que la autoridad, en especial la autoridad política, se expresa a través de razones para la acción. Y es casualmente en el caso de la autoridad política en el que sus directivas revisten carácter jurídico, es decir, son derecho normativo, normas decisivas —y a veces coactivas— que han de dirigir la conducta humana en alteridad hacia el bien común de la comunidad completa (Massini-Correas, 2005, pp. 35-38).

Esto coincide con lo sostenido varias veces por Tomás de Aquino, para quien las leyes son dictámenes de la razón práctica, orientados a la consecución del bien común y sancionados por la autoridad de la comunidad (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 1). “La idea de Tomás de Aquino —afirma en este punto Mark Murphy— es que, no importa lo que pensemos acerca

de otros aspectos de la ley, estamos de acuerdo en que consiste en normas, es decir, estándares imperativos por los cuales nuestra conducta es evaluada. Más aun, el tipo de evaluación de que se trata es esencialmente práctico: el estándar que la ley establece es un estándar por el cual cada uno es ‘inducido a actuar o disuadido de ello’. Pero los únicos estándares que pueden inducir a los seres racionales a actuar son estándares racionales. Por lo tanto, la ley es necesariamente un estándar racional de conducta” (Murphy, 2007, p. 39).

Esta última idea resulta especialmente relevante para la argumentación que estamos desarrollando, toda vez que evidencia que el derecho normativo, que consiste en un tipo de directivas racionales para la acción, es el modo propio de dirigir la conducta de las personas humanas, es decir, de los entes racionales y libres. Esto supone que, si por una hipótesis retórica, el hombre no fuera racional y libre, no sería el derecho la directiva propia de su obrar, sino que sería objeto de algún tipo de adiestramiento o entrenamiento como el que se utiliza para condicionar la actividad de los animales. Por lo tanto, resulta irrefutable que la dignidad de la persona humana forma parte —de modo explícito o implícito— de la noción misma del derecho, y que su ausencia de entre los elementos de esa noción lo privaría de su sentido radical: el de ser la directiva de los actos de la persona humana en la comunidad política, para la realización del bien común de las personas en esas comunidades máximas en el orden temporal (Soaje Ramos, 2005, pp. 15-45).

## 4. Dignidad humana, derecho natural y derechos humanos

Ahora bien, el derecho proporciona razones decisivas para el obrar humano, razones que se fundan en las distintas dimensiones del bien humano y que se formalizan en normas jurídicas. Pero sucede que esas normas jurídicas son fundamentalmente de dos tipos: (i) aquellas cuya adecuación directiva con los bienes humanos y su realización común resulta directamente cognoscible, y que se denominan principios de derecho natural: *principios* porque son primeros en el orden práctico-jurídico, y de derecho *natural* porque son cognoscibles por la razón natural y porque ordenan la conducta a bienes que responden a las dimensiones

perfectivas de la naturaleza humana (Reiner, p.24); y (ii) las llamadas normas de derecho positivo, es decir aquellas que surgen inmediatamente de la razón práctica de las autoridades políticas y concretan o determinan el contenido de los principios de derecho natural (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90-97).

En ambos casos, el criterio para determinar la pertenencia de una directiva pública tanto al derecho natural cuanto al positivo, reviste carácter tético o finalista y radica en la ordenación de la norma-proposición de la razón práctica, a la realización, promoción, o respeto

de algún bien humano en su dimensión comunitaria. En el primer caso —el del derecho natural— se trata, ya lo dijimos, de principios normativos o normas primeras desde el punto de vista deóntico, es decir, que revisten una prelación o superioridad en cuanto directivas de la conducta humana. En el segundo caso —el de las normas de derecho positivo— se trata de las normas que regulan inmediatamente el obrar humano, concretando lo que en universal prescriben los principios del derecho natural. De hecho, las normas positivas tienen, en la enorme mayoría de los casos, un contenido en parte natural y en parte propiamente positivo, pero en todos los casos ha de tratarse de una regulación racional, de razón práctica, ordenada a la mejor realización de una o varias dimensiones del bien humano en su realización común (Porter, 2005, pp. 231-324).

Y con respecto a la dignidad de la persona humana, está claro que toda regulación racional-jurídica de la conducta humana, sea de derecho natural o positivo, está ordenada a la dirección de la operación, racional y libre, de personas humanas. Pero no solo esto es importante, sino que también la dignidad de la persona opera como criterio, mayormente negativo, de los contenidos del derecho natural. Dicho en otras palabras, esa dignidad opera como un límite deónticamente infranqueable respecto de lo que puede hacerse con el hombre, es decir, opera como lo que se denomina un absoluto moral, fijando aquello que no debe hacerse nunca con el ser humano (Finnis, 2011b, pp. 187-198; McInerney, 1997, pp. 88-89). Esto significa que jamás, es decir, de modo inexcusable, es legítimo realizar acciones que atenten directa y deliberadamente contra las dimensiones centrales de la dignidad humana: contra la libertad, como por ejemplo a través de la esclavitud, o contra el conocimiento de la realidad, como en el caso de la mentira, y así sucesivamente.

De este modo, la dignidad de la persona humana opera como criterio fundamental de lo que no debe hacerse nunca al hombre (Pinkaers, 1986, pp. 67-110) y constituye de este modo una exigencia negativa de la ley natural. Y cuando se está frente a conductas en alteridad realizadas en el marco de la comunidad política, se tratará de normas inexcusables de derecho natural, como

en el caso de las que proscriben la muerte de quien se sabe inocente, aun cuando puedan alegarse en ese caso razones de utilidad de las consecuencias de esa acción. En definitiva, de lo que se trata es de que los principios y normas de derecho natural no solo están destinados a regular la conducta de personas humanas, sino que también la dignidad de esas personas impide tratarlas como si no lo fueran, es decir, como meras cosas materiales y servirse de seres humanos —manipularlos— como si fueran simples instrumentos al servicio de los intereses de los poderosos.

Algo similar es lo que sucede en el caso de los derechos subjetivos naturales, denominados comúnmente “derechos humanos”; en este caso, se trata de facultades jurídicas cuyo título radical se encuentra en la condición de persona dotada de una especial dignidad que corresponde a los sujetos titulares de esos derechos-facultades. En rigor, solo un sujeto dotado de personhood y su correspondiente dignidad es capaz de ser titular de estas facultades jurídicas, que no se tienen principalmente por haber sido otorgadas por las autoridades políticas, sino que se poseen raigalmente por el solo valor intrínseco de ese mismo sujeto. Ha escrito en este sentido Robert Spaemann que “este concepto [de dignidad humana] no indica de modo inmediato un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como derecho humano en general. Lo que con él se nombra —concluye— es algo más originario de lo que se expresa por medio del término ‘derecho humano’” (Spaemann, 1989, p. 93). En otras palabras, es la razón formal por la que un ente puede ser considerado por sí mismo como titular de derechos.

En un sentido similar, John Finnis ha escrito que “cada miembro de la especie humana tiene títulos de justicia. Por lo tanto, desde que el objeto de la justicia es siempre el derecho de alguien *[ius]*, existen ciertos derechos a los que tiene título cada miembro de nuestra especie: los derechos humanos. [...] Mejor aún, cada uno de nosotros tiene ese título porque cada miembro individual de la especie tiene la dignidad de ser una persona. Y esto no es un ‘status’ a ser conferido o retirado, sino una realidad a ser reconocida” (Finnis, 1988, p. 176).

Por supuesto que el contenido de esos derechos surge de los principios del derecho natural, en especial de los principios que prescriben la realización de las dimensiones centrales del bien humano y prohíben los atentados en su contra, pero la razón última por la cual los seres humanos tienen derechos intrínsecos es que

son personas dotadas de una dignidad eminente. Y es por eso también por la que las plantas, las rocas o los animales no son titulares de derechos, aunque —tal como se verá en seguida— existan deberes morales de los hombres hacia los seres de la naturaleza infra personal (Massini Correas, 2005, pp. 184-188).

## 5. Rule of law, bioderecho y deberes ambientales

Corresponde desarrollar ahora lo referente al papel que juega la dignidad humana en la noción y vigencia del denominado gobierno del derecho, es decir, la idea de que la conducta humana jurídica debe ser dirigida y regulada por un derecho normativo que reúna ciertas características inexcusables: sanción previa, claridad, independencia de los jueces, etc. Esto es así porque, para que un conjunto de normas sea propiamente derecho, al menos en su significado focal, es preciso que ellas dirijan la acción humana social de tal modo que se tenga en cuenta y se respete el carácter de persona espiritual que caracteriza radicalmente a cada ser humano (Allan, T.R.S., 2013, pp. 88-132).

Y esto es así, porque unas reglas que condicionaran la conducta humana y fueran completamente obscuras e incomprensibles, se sancionaran después de los hechos que deben regular, fueran contradictorias entre sí, permanecieran secretas para sus sujetos, cambiaran constantemente de contenido, exigieran conductas imposibles de realizar, fueran aplicadas inconsistentemente con lo que establecen sus textos, y se sancionaran *ad hoc* para cada caso particular, no tratarían a sus sujetos como a seres humanos personales y dignos, sino como peones de ajedrez o títeres de feria (Fuller, 1969, pp. 33-94). Está claro que normas de ese tipo no estarían respetando el carácter personal y digno de sus sujetos, que para cumplir con el derecho y participar de sus imperativos necesitan conocer con anterioridad el tenor preciso de sus mandatos, que su contenido sea posible de realizar y así sucesivamente.

Algo similar ocurre en el ámbito de regulación propio de la bioética y del bioderecho. En efecto, de las muy diferentes orientaciones que ha tomado la bioética en los últimos cincuenta años, la que centra su argumentación

en la dignidad de la persona humana, denominada generalmente bioética personalista, es la que con mayor rigor y fundamento defiende la integridad del ser humano, promueve el respeto de su vida y actividades propias, y provee soluciones más realistas a los complejos problemas que plantean la terapéutica médica y las biotecnologías. Mientras que una buena cantidad de orientaciones bioéticas actuales se centran en el intento de degradar, circunscribir y, en definitiva, abolir los límites que la tradición central de la ética ha elaborado a lo largo de los siglos para hacer posible el completo despliegue del ser humano, en especial del ser humano enfermo, la bioética personalista marca una barrera infranqueable a cualquier manipulación o instrumentalización del ser humano-persona (Andorno, 1997, *passim*).

En este sentido, y con especial profundidad, Robert Spaemann ha escrito que “persona no es el concepto de una especie sino más bien el modo en el cual son o existen los individuos de la especie. Ellos *son* de un modo tal que cada uno de los existentes en esa comunidad de personas que llamamos ‘humanidad’ tiene un lugar único, irreproducible e incapaz de sustitución [...]. Hacer que el reconocimiento de ese lugar dependa de la realización previa de ciertas condiciones cualitativas sería como haber destruido el carácter incondicional de esa exigencia [de personabilidad] en su misma raíz [...]. Los derechos personales *son* derechos incondicionales sólo si ellos no dependen de la realización de ciertas condiciones cualitativas, acerca de las cuales otros deciden quiénes serán reconocidos como miembros de la comunidad de derecho y derechos [...]. Sólo puede haber, y ha de haber, un único criterio de la personabilidad: el de la pertenencia biológica a la raza humana” (Spaemann, 1996, pp. 473-474). Se trata de lo que puede llamarse “principio de la incondicionalidad de la persona”: no

existen condicionamientos accidentales de ningún tipo que puedan determinar el acceso de algún sujeto a la categoría de persona; todos los seres humanos, que tienen el ser personal participado por su constitución en una naturaleza espiritual, revisten el carácter de persona. Y las funciones primordiales de la bioética y del bioderecho son las de promover el máximo respeto del ser personal, hacer posible su realización más plena y defender su integridad del modo más asequible.

Y finalmente, en lo que hace a los deberes de las personas humanas respecto de los demás seres de la naturaleza infrapersonal, es decir, a la cuestión del derecho ecológico y ambiental, conviene recordar que el agravamiento de la cuestión ecológica tiene como origen la degradación sistemática de la naturaleza que es el resultado de las afirmaciones centrales de la filosofía moderna, comenzado por la reducción cartesiana del mundo natural a una mera *res extensa*, de la que el sujeto humano debía ser “dueño y señor”. Esta idea de la naturaleza como mero objeto de la manipulación humana atraviesa toda la modernidad y la tardo-modernidad positivista, y de la cual es una clara expresión la posición de Immanuel Kant, quien negaba expresamente la existencia de deberes del hombre para con la naturaleza (Ballesteros, 1995, pp. 16-20).

Pero también aquí reaparece el “olvido del ser” como causa radical de esta actitud moderna. En efecto, si lo único que se percibe e importa son los fenómenos en cuanto percibidos o los estados subjetivos de la conciencia, está claro que la realidad de la naturaleza quedará destituida de toda entidad real e intrínseca y reducida o bien a una mera materia medible y cuantificable o a un simple caos de sensaciones incognoscibles en sí mismas y privadas de sentido propio. A este respecto, ha sostenido Tomás Melendo que “tanto la posibilidad de conferir existencia al universo mediante el pensamiento o la conciencia —la re-presentación—, cuanto el convencimiento de que el mundo no conquista su ser resolutivo hasta que ha sido puesto sin reservas al servicio del hombre a través de una elaboración técnica, deriva, en su raíz, del mismo y único presupuesto inmediato: la supresión teórico-práctica del ser de lo existente [...]; la puesta entre paréntesis de la condición de ‘real’ —autónomo y consistente— de cuanto existe, constituye la clave metafísica del imperialismo tecnológico” (Melendo, 1999, pp. 66-

67). Y habría que agregar: y del subsiguiente problema ecológico-ambiental, que es su consecuencia necesaria.

Ahora bien, queda en claro que un universo natural desprovisto de ser y de sentido propio no puede ser objeto o deudor de respeto y observancia, de sometimiento a sus leyes y ritmos propios y de tratamiento deferente; lo más, será una mera pieza o componente apto para la manipulación sin fin ni sentido propio por parte de los tecnócratas a cargo. Esto significa que la destitución de la persona de su lugar propio en el universo significa también —y consistentemente— una destitución de la naturaleza no humana de su estatuto entitativo propio, de su valor proporcionado y, en definitiva, de su dignidad propia. La “abolición del hombre” de que hablaba C.S Lewis implica al mismo tiempo la abolición de la naturaleza toda, su destitución del universo de las realidades intrínsecas y su sometimiento irrestricto a la voluntad arbitraria y sin límites de las inmanencias humanas (Lewis, C.S., 1978, *passim*). Por lo tanto, si se pretende sostener algo consistente acerca de la crisis ecológica y de los modos de superarla, es necesario comenzar por el mismo lugar que hay que iniciar el rescate de la dignidad de la persona humana: por la revalorización de la perspectiva del ser (*esse*) como punto de partida del conocimiento y operación sobre la realidad integral.

Solo desde esta perspectiva será posible explicar y justificar la existencia de deberes éticos respecto de la naturaleza, que en general serán de respeto, cuidado o reparación, en razón de la perfección entitativa propia del mundo animal, vegetal o mineral. Pero estos deberes, debidos por el valor propio de los seres naturales, no suponen necesariamente la existencia de derechos de los que estos seres serían titulares, fundamentalmente por dos razones: (i) porque en el amplio ámbito de la ética existen numerosos deberes de los hombres que no suponen un derecho correlativo, como es el referido a eludir o apartarse de toda envidia o resentimiento, que carece de un sujeto contraparte que pueda exigir la realización de esa conducta; y (ii) porque en el caso de los denominados “derechos ambientales”, la contraparte titular del derecho correlativo son los seres humanos considerados en cuanto actuales o posibles damnificados de las acciones humanas depredadoras de la naturaleza (Mahoney, 2007, pp. 175-177).



## 6. Conclusiones sobre dignidad y Derecho

Luego de estas ya extensas disquisiciones, resulta posible resumir las conclusiones centrales de las afirmaciones sostenidas, así como también de las impugnadas; ellas pueden reducirse a tres principales:

a) la problemática referida a la dignidad propia de la persona humana y a las consecuencias teóricas y prácticas que se siguen de ella, ha tenido en los últimos siglos un despliegue inusitado; pero este despliegue y difusión no es paralelo a una mayor profundidad y rigor en el tratamiento de las cuestiones centrales de esa problemática, ya que se ha reducido —desde los inicios de la modernidad— la noción de persona a dimensiones o aspectos colaterales o accidentales, adoptándose puntos de vista reductivos de esa realidad, radicalmente inapropiados para explicar la dignidad intrínseca de los seres personales y haciendo posible, como consecuencia de lo anterior, la más extrema de las manipulaciones, y hasta degradaciones o supresiones lisas y llanas, de los seres humanos que pueblan la Tierra;

b) la fundamentación más sólida y consistente del estatus propio de la persona humana es la que proviene del reconocimiento originario del ser (*esse*) de los entes y de su carácter constitutivo de toda realidad y perfección; a partir de este reconocimiento, es posible alcanzar una explicación suficiente de la realidad humana y de su naturaleza espiritual, que hace posible la recepción del ser (*esse*) participado de un modo infinitamente más rico

y eminente que el de los restantes seres del universo; de este modo, resulta posible justificar racionalmente la especial dignidad que compete al hombre en cuanto titular de una perfección constitutiva prominente y por lo tanto sujeto de una actividad cognitiva universal y de una voluntad libre en la búsqueda del bien integral;

c) el resultado de ese reconocimiento entitativo en el ámbito de lo práctico-jurídico radica en la necesidad de pensar al derecho en sí mismo —en su realidad analógica— en estrecha relación con la dignidad de la persona; en la exigencia de considerar al derecho como irreductible a sus dimensiones meramente autoritativas y de abrirse a una visión más amplia, que abarque principios jurídicos no positivos, vinculados a las dimensiones centrales de la naturaleza humana y a sus bienes propios; en la posibilidad de fundamentar y especificar derechos subjetivos naturales, también llamados “derechos humanos” y reconocer su titularidad en el carácter personal de sus sujetos; y finalmente, en la exigencia de pensar tanto a la idea del gobierno del derecho, como a la bioética-bioderecho y al derecho ambiental en términos de la recuperación de las ideas de ser (*esse*), participación, naturaleza espiritual y, en definitiva, de dignidad de la persona humana, que aparece como el centro nuclear de cualquier explicación de lo jurídico que tenga a la realidad en sí —al ser— como punto de partida inexcusable.

## Referencias

Allan, T.R.S. (2015). *The Sovereignty of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Alvira, T., (1985). *Naturaleza y libertad. Estudio sobre los conceptos tomistas de voluntas ut natura y de voluntas ut ratio*. Pamplona: EUNSA.

Andorno, R. (1997). *La bioéthique et la dignité de la personne*. Paris: PUF.

Anscombe, G.E.M. (1990). On the Source of the Authority of the State. En AA.VV. *Authority*. J. Raz (Ed.). Oxford: Basil Blackwell.

Ballesteros, J. (1995). *Ecologismo personalista. Cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*. Madrid: Tecnos.

- Cardona, C. (1973). *Metafísica de la opción intelectual*. Madrid: Rialp.
- Cardona, C. (1987). *Metafísica del bien y del mal*. Pamplona: EUNSA.
- De Koninck, T. (2006). *De la dignidad humana*. Madrid: Dykinson.
- Fabro, C. (1969). *Esegesi Tomistica*. Roma: Libreria Editrice Lateranense.
- Fabro, C. (1983). *Introduzione a San Tommaso. La metafísica tomista e il pensiero moderno*. Milano: Ares.
- Fabro, C. (2005). *La nozione metafísica di partecipazione, secondo San Tommaso d'Aquino*. (Opere Complete, Vol. 3) Roma: EDIVI.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2a Ed. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011b). "Moral Absolutes in Aristotle and Aquinas", *Collected Essays-Vol. I-Reason in Action*. Oxford: Oxford University Press.
- Fuller, L. (1969). *The Morality of Law*. New Haven/London: Yale University Press.
- George, R.P. (1995). *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- Gómez-Lobo, A. (2006). *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*. Santiago de Chile-Buenos Aires: Mediterráneo.
- Grondin, J. (2005). *Del sentido de la vida. Un ensayo filosófico*, Barcelona: Herder.
- Ibáñez Langlois, J.M. (1985). *Sobre el estructuralismo*. Pamplona: EUNSA.
- Kalinowski, G. (1979). *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Lewis, C.S. (1978). *The Abolition of Man*. London: Harper-Collins.
- Mahoney, J. (2007). *The Challenge of Human Rights. Origin, Development, and Significance*. Malden/Oxford/Carlton: Blackwell Publishing.
- Massini-Correas, C.I. (1994) "Privatización y comunidad del bien humano. El liberalismo deontológico y la respuesta realista", en *Anuario Filosófico* 27/2: pp. 817-828.
- Massini-Correas, C.I. (1990) "Filosofía y 'antifilosofía' de los derechos humanos". AA.VV., *Razón y libertad*. Ed. R. Alvira. Madrid: Rialp.
- Massini-Correas, C.I. (2005) *Filosofía del Derecho-I-El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo-Perrot.
- Massini-Correas, C.I. (2013) "Sobre el embrión humano y la cuestión de la personeadad. Un argumento de Luigi

- Ferrajoli y su discusión". *Prudentia Iuris* 76: pp. 65-77.
- Melendo, T. (1999) *Dignidad humana y bioética*. Pamplona: EUNSA.
- Millán-Puelles, A. (1984) *Léxico Filosófico*. Madrid: Rialp.
- Millán-Puelles, A. (2008) *La inmortalidad del alma humana*. Madrid: Rialp.
- Mondin, B. (1983) *Il valore uomo*. Roma: Dino Editore.
- Murphy, M.C. (2007) *Philosophy of Law. The Fundamentals*. Malden/Oxford/Carlton: Blackwell Publishing.
- Pinkaers, S. (1986) *Ce qu'on ne peut jamais faire. La question des actes intrinsèquement mauvais. Histoire et discussion*. Paris/Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg/Éditions du Cerf.
- Porter, J. (2005) *Nature as Reason. A Thomistic Theory of the Natural Law*. Grand Rapids-Michigan/Cambridge: Eerdmans Publishing.
- Raz, J. (1978) "Reasons for Action, Decisions and Norms", AA.VV., *Practical Reason*. Ed. J. Raz. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (1990) "Authority and Justification", AA.VV., *Authority*. Ed. J. Raz, Oxford: Basil Blackwell.
- Reiner, H. (2015) *Fundamentos, principios y normas particulares del derecho natural*. Madrid: Encuentro.
- Reinhardt, E. (2005) *La dignidad del hombre en cuanto imagen de Dios. Tomás de Aquino ante sus fuentes*. Pamplona, EUNSA.
- Singer, P. (1997) *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*. Barcelona: Paidós.
- Soaje Ramos, G. (2005) "Sobre la politicidad del derecho. El bien común político". AA.VV. *El derecho natural en la realidad social y jurídica*. Ed. S. Castaño & E. Soto Kloss. Santiago de Chile: Universidad Santo Tomás.
- Spaemann, R. (1989) *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*. Madrid: Rialp.
- Spaemann, R. (1996) "Is Every Human Being a Person?". *The Thomist* 60: pp. 463-474.
- Spaemann, R. (2003) *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*. Madrid: EUNSA.
- Tomás de Aquino (1956) *Summa Theologiae*. Vol. VI. Madrid: BAC.
- Tomás de Aquino (1968) *Summa contra gentiles*. 2 Vols. Madrid: BAC.
- Tomás de Aquino (2005) *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo*. Vol. II/1. Pamplona: EUNSA.
- Torrallba Roselló, F. (2005) *¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*. Barcelona: Herder.
- Trigeaud, J.M. (1990) *Personne ou la justice au double visage*. Genova: Studio Editoriale di Cultura.

**Alejandro  
Romero  
Seguel**

Universidad de  
Los Andes, Chile

aromero@uandes.cl

**El carácter vinculante de los actos del Tribunal de la Libre Competencia que fija condiciones para la realización de actos o contratos por los agentes económicos (Sentencia N° 147, de 9 de diciembre de 2015)**

**The binding nature of the acts of the Court of Free Competition that sets conditions for the performance of acts or contracts by economic agents. (Sentencia N° 147, de 9 de diciembre de 2015)**

---

**Resumen:** El comentario sintetiza la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre la naturaleza de los actos de jurisdicción no contenciosa, a través de los que se fijan condiciones para la realización de actos o contratos por los agentes económicos. Se trata de actos administrativos que producen efectos vinculantes para los sujetos imperados y cuyo incumplimiento provoca varias consecuencias jurídicas.

**Palabras clave:** Libre competencia. Jurisdicción voluntaria. Actos administrativos.

**Abstract:** The comment summarizes the jurisprudential doctrine of the Court of Defense of the Free Competition on the nature of acts of non-contentious jurisdiction, through which conditions are established for the performance of acts or contracts by economic agents. These are administrative acts that produce binding effects for the subjects and whose non-compliance causes several legal consequences.

**Keywords:** Free competition. Voluntary jurisdiction. Administrative acts.

---

## 1. La jurisdicción no contenciosa en materia de libre competencia

La protección de los derechos y de los intereses legítimos en el campo del proceso de la libre competencia se realiza a través de la actuación de la jurisdicción contenciosa y no contenciosa; en el primer caso, ello se produce a través del ejercicio del derecho de acción que se promueve a través de un requerimiento del FNE o de una demanda, en el caso de los particulares; en la jurisdicción voluntaria, en cambio, se trata de una actividad jurídica para conseguir distintos efectos que la ley le ha encomendado.

La competencia del Tribunal de Defensa de Libre Competencia para el tema voluntario se contiene en el art. 18 del DL 211 de 1973, al señalar:

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: [...] 2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos.

La utilización en estos casos de la técnica de la jurisdicción no contenciosa se explica por varias razones. A través de esta actividad jurídica se logra, entre otros

finés, adoptar medidas de protección y prevenir que en la celebración o ejecución de ciertos hechos actos o contratos no se altere el correcto funcionamiento del mercado conforme a las conductas ilícitas que indica el art. 3 del DL 211 de 1973.

Como bien lo ha caracterizado el propio TDLC al explicar el alcance de esta competencia no contenciosa, en la sentencia N° 117, de 29 de diciembre de 2011:

Vigésimo primero. Que, así, el procedimiento contemplado en el artículo 31 para el ejercicio de la potestad descrita en el artículo 18 N° 2 —procedimiento que la ley denomina como “no contencioso”— tiene por propósito culminar en un pronunciamiento en el que se definan los requisitos que deben operar para que una determinada conducta que se autoriza no genere efectos nocivos o contrarios a la libre competencia, sin analizar la culpabilidad de los intervinientes en el mismo, cuestión que está reservada al procedimiento contradictorio, en el que podría realizarse por el Tribunal un juicio de reproche a este respecto. Las resoluciones en procedimientos “no contenciosos”, responden a un fin tutelar-preventivo que, en el caso de consultas sobre operaciones de concentración que no se han materializado, tiene como trasfondo la aplicación de un análisis prospectivo sobre las condiciones del mercado y el impacto que la operación consultada pueda tener en las mismas.

## 2. La jurisdicción no contenciosa y los actos administrativos

En nuestro derecho la caracterización de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa se encuentra en el art. 817 CPC. Allí, siguiendo a la doctrina clásica, se declara que son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre las partes<sup>1</sup>.

En el caso del TDLC estas atribuciones implica el ejercicio de una serie de competencias administrativas que superan el esquema clásico de la simple ausencia de contienda entre partes, para instalarse directamente dentro del ejercicio de las potestades públicas que la ley asigna a los diversos órganos que conforman la compleja

<sup>1</sup> El criterio de la ausencia de contradicción tiene su origen en un texto de Marciano, contenido en el Digesto (D. 1.16.2 Pr. 1). De ahí pasó a *Las Partidas*, sirviendo luego de inspiración al legislador del siglo XIX. Sin embargo, la doctrina no acepta pacíficamente este criterio, puntualizando que también en el proceso contencioso podría darse la falta de contradicción. Sobre el tema, entre la abundante bibliografía, Fernández de Buján, Antonio, *La jurisdicción voluntaria*, Madrid: Civitas, 2001, pp. 57-101.

realidad jurídica del Estado<sup>2</sup>.

Tanto en el plano teórico como en el jurisprudencial la calificación de la jurisdicción voluntaria como una manifestación de la actividad administrativa tiene plena aceptación en nuestro medio. Entre otras sintetiza esta doctrina el fallo de la Corte Suprema, de 26 de octubre de 2012, al señalar,

Cuarto: Que en el caso de los asuntos judiciales no contenciosos, por tener éstos un carácter administrativo, donde sólo existe el interesado y un asunto a resolver, no cabe hablar de excepción de cosa juzgada, toda vez que no existen propiamente partes, ni procedimiento que lleve a la resolución de un conflicto de relevancia jurídica, como sucede en los asuntos contenciosos de naturaleza jurisdiccional (...)<sup>3</sup>.

Ahora, la consecuencia que la actividad desempeñada por el TDLC, fijando condiciones a la ejecución de ciertos hechos, actos y contratos, sea calificada de un acto administrativo implica que estamos frente a un acto cuyos efectos jurídicos están amparados por el principio de juridicidad que en este tema introduce reglas de comportamiento para los distintos actores del mercado que participan en la actividad imperada por estas condiciones.

Como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia constitucional,

entre los elementos propios del Estado de Derecho, se encuentra la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza legítima de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos vinculados a los actos realizados (TC, sentencia Rol N° 207, entre otras).

El carácter de acto administrativo de la actuación del TDLC imponiendo estas condiciones ha sido reconocido en su jurisprudencia y en la de la Corte Suprema, tal como lo establece la sentencia N° 117, de 29 de diciembre de

2011, al resolver:

Vigésimo cuarto. Que, a mayor abundamiento, el carácter consultivo y preventivo de las resoluciones dictadas conforme a los artículos 18 N° 2 y 31 —definido por la naturaleza no contenciosa que la propia ley atribuye a este procedimiento— ha sido expresamente reconocido por este mismo Tribunal en su Sentencia N° 86, al señalar que la potestad legal en que se originan “tiene una función preventiva ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia.

Por otra parte, la Excm. Corte Suprema, en su sentencia de fecha 27 de enero de 2009, recaída en causa Rol N° 4797-2008, ha establecido el carácter administrativo de dichas resoluciones, al declarar que “la atribución de fijar condiciones a hechos, actos o convenciones asociada a la potestad consultiva trae aparejados necesariamente límites para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ejercicio de dicha potestad administrativa”. El Tribunal Constitucional, finalmente, se ha pronunciado en el mismo sentido al afirmar que, de la lectura del artículo 18 del DL N° 211, “es posible concluir que —en principio— sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica” y que los

demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino que [...] se pronuncia sobre ciertas declaraciones REPUBLICA DE CHILE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA 20 y diligencias que [...] los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes” (Tribunal Constitucional, Rol N° 1448-2009, 9 de septiembre de 2010).

<sup>2</sup> Un estudio del tema con en nuestro sistema, Valdés Prieto, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 585-700.

<sup>3</sup> Corte Suprema, de 26 de octubre de 2012. Rol N° 11497-11, MJ 33564, Soto Hergutt, Sergio. En igual orientación, CS, 28 de abril de 2014. Rol N° 2260/2013. VLex N° 78446; CS, 10 de julio de 1935, RDJ, t. 32, sec. 1ª, p. 427.

### 3. El carácter imperativo de las Resolución del TDLC

El carácter imperativo de las condiciones que impone el TDLC se explica al provenir del ejercicio de una actividad jurídica que no es meramente consultiva, sino imperativa. Esto se aprecia con toda nitidez por el hecho que en estos casos el tribunal indicado impone a la Fiscalía Nacional Económica controlar el cumplimiento de las condiciones, para cumplir con la tutela del interés general que dicho ente de litigación pública detenta en el sistema de protección de la defensa de la libre competencia.

Ha ratificado esta naturaleza vinculante el TDLC, entre otras, en la sentencia N° 117, de 29 de diciembre de 2011, al resolver:

Vigésimo tercero. Que, en suma, cuando este Tribunal resuelve una consulta de conformidad con el artículo 18 N° 2, imponiendo a los intervinientes involucrados determinadas condiciones a las que deben someterse para que el hecho, acto o contrato de que se trate pueda materializarse —condiciones que, por lo demás, pueden no tener efecto alguno, toda vez que dichos intervinientes siempre pueden optar por no llevarlo a cabo en caso que lo estimen

más beneficioso o conveniente para sus intereses— lo que está haciendo es —en ejercicio de una potestad que se ha denominado como consultiva— imponer a tales intervinientes determinadas obligaciones de hacer o no hacer, potestativas, no sancionatorias, limitadoras de derechos, pero que no resuelven un conflicto entre partes ni realizan un juicio de reproche frente a la existencia de una eventual vulneración a la competencia.

Ha vuelto sobre el tema el TDLC en la sentencia N° 147, de 9 de diciembre de 2015, señalando que el cambio de las “condiciones” que no cuentan con un plazo predeterminado se debe realizar mediante la intervención de dicho órgano jurisdiccional, al exponer:

Centésimo sexto. Que, en materia de libre competencia, la autorización legal necesaria para modificar las medidas de este Tribunal está contenida en el artículo 32° del D.L. N° 211, que permite el cambio de las medidas cuando nuevos antecedentes permitan variar la calificación de competitivos o anticompetitivos de los actos objeto de las mismas.

### 4. El carácter constitutivo de las “condiciones”

El carácter vinculante de estas condiciones se debe, además, a la naturaleza constitutiva que tiene la resolución que las fija. Efectivamente, el estado jurídico del que nace esta singular protección jurídica para el funcionamiento del mercado proviene del pronunciamiento de una sentencia constitutiva, que se caracteriza por crear un estado jurídico que no existía antes de dicha resolución. La Corte Suprema describe este tipo de sentencia indicando que, “(...) por medio de tal sentencia se está creando o interviniendo una situación jurídica que el Derecho no reconocía, por lo que le reserva a los tribunales este poder por consideraciones de seguridad jurídica, cuando una pretensión legítima ha sido infundadamente resistida” (Corte Suprema, 3 de marzo de 2015, Rol N° 8318-14, MJ 40506).

Los efectos constitutivos de este tipo de resoluciones

se proyectan en los planos jurídico y económico, produciendo una serie de consecuencias respecto de la situación las personas vinculadas a esas “condiciones”, sobre los contratos u obligaciones que se puedan ejecutar en relación al tema objeto de esta regulación y respecto del modo como debe cesar sus efectos mediante la intervención del TDLC.

Para los sujetos imperados por esa sentencia constitutiva surge un estado jurídico que se prolonga en el tiempo. Para que lo anterior cese debe intervenir el TDLC o el cumplimiento del plazo o condiciones fijadas para ellas. Sólo con la terminación de ese estado se debe entender que las condiciones dejan de producir sus efectos, atendido el carácter constitutivo que se les ha atribuido por el mismo TDLC.

Constituye un aporte en este tema la sentencia del TDLC N° 147, ya referida, al declarar:

Centésimo tercero. Que, en primer término, en lo que dice relación con la pretensión de SMU de alzamiento de la Condición Tercera y, en subsidio, de ampliación del plazo de cumplimiento, cabe señalar: (i) que se trata de pretensiones constitutivas de carácter extintivo y modificatorio; y (ii) que por tanto, de ser acogidas, sólo pueden producir efectos hacia futuro, por las razones que a continuación se detallan; Centésimo cuarto. Que las medidas solicitadas son de naturaleza constitutiva porque son de aquellas que tienen por objeto un cambio en el estado jurídico existente en virtud de una norma legal que autoriza al juez a crear dicho cambio si concurren los presupuestos establecidos en la norma. En este sentido, Zafra señala que la sentencia constitutiva que se pronuncia sobre esas pretensiones es aquella que produce “uno de los tres momentos existenciales en una determinada situación jurídica: su nacimiento –o constitución estricta–, su modificación

o su extinción” (Zafra Valverde, José, Sentencia Constitutiva y Sentencia Dispositiva, Rialp, Pamplona, 1962, p. 74);

Centésimo quinto. Que, por regla general, las pretensiones constitutivas modificatorias están regidas por el principio *rebus sic stantibus*, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer principalmente su eficacia y justicia. Según Zafra, la posibilidad de dictar una nueva sentencia en estos casos se debe a “[...] un cambio operado en las circunstancias de hecho que dieron base a la constitución jurisdiccional –en casos en que la persistencia del efecto constitutivo está justificada en tanto en cuanto se mantienen idénticas las expresadas circunstancias–, remueve el estado de cosas creado por la primera sentencia, restableciendo el que existía con anterioridad a la misma” (Zafra Valverde, ob. cit., 213) (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, N° 147).

## 5. La omisión al no solicitar el cambio de circunstancias por el sujeto imperado por el acto del TDLC

En términos generales, el incumplimiento de las condiciones fijadas por el TDLC configura una conducta antijurídica que queda sujeta a las diversas sanciones que contempla el ordenamiento jurídico.

La transgresión a este tipo de resoluciones determina la infracción a un deber de conducta fijado por la autoridad competente, que puede configurar un acto ilícito que puede sancionar el TDLC aplicando una multa al infractor.

A modo de esquema, el incumplimiento la infracción a estos deberes impuestos por una resolución jurisdiccional del TDLC se vincula con las siguientes instituciones jurídicas procesales.

### 5.1. El incumplimiento de una carga procesal

Al agente económico vinculado a cumplir estas condiciones se le impone la carga procesal de instar por el cambio o cesación de las mismas a través del procedimiento previstos para ello. Como lo ha declarado el TDLC en la sentencia N° 117, de 29 de diciembre de

2011, esas condiciones son permanentes, puntualizando que existen dos formas para que dejen de surtir sus efectos o se modifiquen:

(i) que el propio Tribunal les fije un plazo o fecha de término al dictarlas (así ha ocurrido, por ejemplo, en la propia Resolución N° 1/2004, y en las Resoluciones N°s 9/2005, 22/2007 y 37/2011); o, (ii) que el Tribunal, posteriormente y en virtud de lo dispuesto en el artículo 32, inciso 1°, del D.L. N° 211, las modifique, reemplace o declare extinguidas, mediante una nueva resolución, también dictada en ejercicio de las atribuciones contempladas en el artículo 18 N° 2 y mediante la tramitación del procedimiento especial del artículo 31. Dicho término, modificación o reemplazo puede estar también contemplado en la propia resolución que se dicte, al indicar ésta, por ejemplo, que la conducta prohibida por la condición respectiva podrá realizarse previa consulta al Tribunal en un nuevo procedimiento del artículo 31, como ha sido decidido –por ejemplo– en las Resoluciones N° 37/2011, sobre la operación de concentración entre Lan y Tam; N° 34/2011, sobre la operación de



concentración entre Terpel Colombia y Copec; y N° 20/2007, sobre la operación de concentración entre GLR e Iberoamerican Radio Chile, entre otras. Todo lo anterior, como se ha dicho, sin perjuicio de la eventual prescripción de la acción para perseguir la infracción a que dé lugar su incumplimiento (TDLC, N° 117, 29 de diciembre de 2011).

Como se puede apreciar de la propia doctrina del TDLC, el agente económico imperado por esas condiciones tiene la carga de instar por su cambio, utilizando la vía procesal prevista para ello.

Ahora, la omisión de solicitar dicho cambio, supone a lo menos la infracción a una carga procesal, cuya consecuencia desfavorable debe ser soportada por el que la incumplió.

Como se sabe, la carga procesal —entendida en la clásica definición de Goldschmidt como el “imperativo del propio interés” (Goldschmidt, 2010<sup>4</sup>—, es uno de los instrumentos jurídicos al que se acude para justificar los efectos jurídicos desfavorables por la no realización de una determinada conducta o por la omisión en el ejercicio de un derecho en el proceso.

## 5.2. El incumplimiento del deber de colaboración y coherencia procesal

La omisión en la petición de solicitar un cambio o cese de las condiciones impuestas por el TDLC puede configurar también una infracción al deber de colaboración y coherencia procesal.

El deber de colaboración en materia procesal ha sido definido como “el conjunto de reglas de conducta, gobernadas por el imperativo ético, a las cuales deben ajustarse todos los sujetos del proceso”, que “proscribe la malicia, la mala fe y la deshonestidad como instrumentos

inaceptables para ganar los pleitos” (Bustamante Rúa, 2010, p. 98).

Dicho de otra forma, el principio de colaboración se encamina a que el proceso sea efectivamente un mecanismo para conseguir la justicia, evitando las posibles maniobras de que puedan servirse las partes en el ámbito procesal, para obtener una ventaja jurídica a toda costa, como puede acontecer con los agentes económicos que prescinden de las condiciones que les fija en su actuar el TDLC actuando por las vías de hecho.

Como lo expone Aguirrezabal, “el principio de colaboración procesal coloca al justiciable en un rol de cooperación con el servicio judicial, y encuentra su fundamento en las cargas y deberes que se imponen a las partes y a los terceros para que el proceso llegue a su fin solucionando la controversia. Se desarrolla a partir de una visión solidaria del proceso, que se asienta e implementa a partir de la buena fe y probidad procesal, con la finalidad de afianzar el buen comportamiento en los intervinientes y el resultado útil de la jurisdicción (Aguirrezabal, 2016, p. 517).

En cuanto al deber de coherencia se trata de una tendencia que viene enfatizando la necesidad de asignar valor a las conductas procesales, especialmente cuando se constata de ellas se aprecia una falta de colaboración entre las mismas o revelan un actuar negligente en las conductas que debían desplegar (Carreta, 2008). De un modo concreto, el control de la coherencia cobra importancia, cuando se trata de determinar, por ejemplo, la existencia una renuncia tácita en el ejercicio de un derecho, o para repeler la defensa judicial de una parte que no ha cumplido previamente con los deberes que su situación jurídica le imponía, para evitar una utilización del proceso con fines dolosos o abusivos.

---

<sup>4</sup> Conforme a la explicación de Goldschmidt, “puede concebirse el Derecho como un conjunto de imperativos que han de seguir los sometidos a las reglas jurídicas, pero también como una serie de normas que han de ser aplicadas por el juez. Esta última concepción es la adecuada para el *Derecho justicial*, y, por consiguiente, para el Derecho procesal civil. Desde este punto de vista, las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia de determinado alcance. Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente «relaciones jurídicas» (consideración «estática» del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino «situaciones jurídicas» (consideración dinámica del Derecho), es decir situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquéllas son derechos en sentido procesal —el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada—, y las últimas —las cargas—, «imperativos del propio interés», ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones. La situación jurídica se diferencia de la relación jurídica no sólo por su contenido, sino también porque depende, no de la «existencia», sino de la “evidencia” y muy especialmente de la prueba de sus presupuestos”.

Lo antes explicado en ningún caso conforma una novedad. Efectivamente el derecho histórico nos ha legado una serie de máximas que revelan que la falta de coherencia en el actuar permite aplicar sanciones jurídicas, tal como se aprecia de reglas ‘no será oído quien alega su propia torpeza’ (“*nemo auditur qui*

*propriam turpitudinem alegans*), en virtud de la cual nadie puede alegar la propia culpa en juicio. Y también de la que establece que “no puede uno actuar contra su propio error” (“*non potest quis venire contra errorem proprium*”) (Azón).

## 6. Conclusiones

El incumplimiento de una resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), que fija condiciones para ser cumplidas por determinados

agentes económicos, constituyen un acto imperativo y vinculante, cuya infracción por el sujeto imperado implica la comisión de un acto ilícito o antijurídico.

## Referencias

- Aguirrezábal Grünstein, M. (2016). Colaboración procesal y prueba en el procedimiento de reparación de los daños seguidos ante los tribunales ambientales. En J. Arancibia & A. Romero (Eds.), *La Prueba en la litigación pública* (pp. 247-285). Santiago: Librotecnia.
- Bustamante Rúa M. (2010). Principios del Derecho Procesal. En VV.AA., *Derecho Procesal Contemporáneo* (pp. 89-105). Medellín: Universidad De Medellín.
- Carretta Muñoz, F. (2008). Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia. En *Revista de Derecho*, Vol. XXI, 101-127.
- Domingo, R. & Rodríguez-Antolín B. (2000). *Reglas Jurídicas y Aforismos (con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente)*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Fernández De Buján, A. (2001). *La Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Civitas.
- Goldschmidt, J. (2010). *Derecho Procesal Civil* Tr. De La 2ª Ed. Alemana L. Prieto-Castro, (Nueva Edición A Cargo De J. López Barja De Quiroga). Madrid: Marcial Pons.
- Valdés Prieto, D. (2006). *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Corte Suprema de Justicia, 26 de octubre de 2012, rol N° 11497-11, MJ 33564.
- Corte Suprema de Justicia, 28 de abril De 2014, rol N° 2260/2013. Vlex N° 78446.
- Corte Suprema de Justicia, 10 de julio de 1935, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (RDJ), T. 32, sec. 1ª.
- Corte Suprema de Justicia, 3 de marzo de 2015, rol N° 8318-14, MJ 40506.
- Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 207.
- Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 1448-2009, 9 de septiembre de 2010.

**Rosa  
Rodríguez  
Martín-  
Retortillo**

Universidad de  
Los Andes, Chile  
rmrodriguez@uandes.cl

## **La duplicidad sancionadora y naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica en caso de accidente de trabajo en España Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2015<sup>1</sup>.**

### **The duplicity of sanctions and the nature of the liability of the legal person in case of work accident in Spain.**

### **Commentary to the Supreme Court Decision of December 15, 2015.**

**Resumen:** La duplicidad sancionadora que se aborda en la Sentencia cobra especial relevancia hoy en día en el ordenamiento jurídico español, pues desde 2010 está tipificada la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal, que también puede desplegar sus efectos en materia de accidentes de trabajo. Esta novedad en la realidad jurídica española plantea importantes dificultades para deslindar la conducta de la persona física y de la jurídica, y su implicación en el hecho delictivo. Además, debe tenerse en cuenta que responsabilidad penal y administrativa pueden coexistir en relación con un mismo hecho siempre que se proyecten sobre sujetos diferentes, por lo que la dificultad también vendrá dada por constatar que cada una de esas sanciones se dirige a un sujeto pasivo diferente. En definitiva, la complejidad técnica que presenta esta cuestión en la práctica es indudable, y habrá que esperar a sucesivas resoluciones para constatar qué línea mayoritaria sigue la jurisprudencia.

**Palabras clave:** responsabilidad, accidente, persona jurídica, duplicidad, sanción.

**Abstract:** The duplicity of sanctions that is analyzed in the Supreme Court Decision is especially relevant nowadays in the Spanish legal system. Since 2010 criminal liability of legal persons has been categorized in the Criminal Code, and it can also display its effects in the field of work accidents. This novelty in the Spanish legal reality raises important difficulties to define the behavior of the physical and legal person, and their involvement in the crime. Furthermore, it must be borne in mind/considered that criminal and administrative liability can coexist in relation to the same fact, provided that they are projected on different subjects. As a result, the difficulty will also come given the fact that each of these penalties goes to a different passive subject. In conclusion, the technical complexity of this question in practice is unquestionable, and it will be necessary to wait for successive Court Decisions in order to determine which majority line is followed by the jurisprudence.

**Keywords:** liability, accident, legal person, duplicity, sanction.

<sup>1</sup> Recurso de casación para la unificación de doctrina 34/2015.

## 1. Antecedentes del caso

### 1.1. Resumen de los hechos

El caso objeto de este comentario trae causa de un accidente ocurrido en el año 2003, en el marco de una actividad subcontratada. La empresa principal, DRAGADOS OFFSHORE S.A, contrató con PEMEX la construcción de una planta de prospección de gas, y a su vez, subcontrató con diferentes empresas la realización de los diversos trabajos que exigía tal obra de construcción. Entre ellas, se encontraba Tesifonte Cabrera S.A, una empresa especializada en ascensores.

El accidente se produjo en el centro de trabajo de DRAGADOS, situado en una localidad andaluza de Puerto Real (Cádiz). Se produjo un fallo en el grupo de tracción de los motores de una plataforma elevadora y en el dispositivo paracaídas. Se desplomó la cabina y trece trabajadores que prestaban servicios para distintas empresas sufrieron diversas lesiones.

La Inspección de Trabajo inició expediente administrativo sancionador contra DRAGADOS y pasó el tanto de culpa al Juzgado de Instrucción para que se iniciase el procedimiento penal, dados los indicios de ilícito penal que podían darse en la conducta de varios directivos. Como consecuencia de dichas diligencias, el expediente administrativo quedó paralizado. El procedimiento penal no se resolvió hasta 2013, esto es, diez años después, condenando a tres directivos y al empresario persona física. Por su parte, se reanudó el expediente administrativo y el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía impuso una sanción a DRAGADOS [concretamente, una multa de 415.000 euros<sup>2</sup> y otra de 30.050,61 euros<sup>3</sup>, por infringir dos preceptos del Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS)].

Pese a que DRAGADOS impugnó la resolución por la

que se le imponía dicha sanción, aquella fue confirmada en vía administrativa, por lo que la empresa decidió acudir a la vía jurisdiccional. De esta manera, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 26 de junio de 2014 estimó la demanda interpuesta por DRAGADOS y declaró nula la decisión del Consejo de Gobierno. Como consecuencia de dicha resolución, la Junta de Andalucía interpuso recurso de casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

### 1.2. Decisión del Tribunal

#### 1.2.1. Objeto del caso

En el pleito suscitado, el debate se orienta en torno a dos ejes: la prescripción de infracciones y la duplicidad sancionadora. Como se sabe, es doctrina constitucional consolidada que el principio *non bis in ídem* exige para desplegar sus efectos la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento (Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981, de 30 de enero). El problema que se plantea en este caso es que se impuso sanción administrativa a la empresa (DRAGADOS), tras haberse paralizado el expediente administrativo durante 10 años (que es lo que se prolongó el proceso penal contra determinadas personas físicas de la empresa). Sin embargo, la sanción penal recayó en otro sujeto pasivo, esto es, personas físicas concretas de la empresa, con lo que el requisito de la identidad subjetiva que impide sancionar dos veces por los mismos hechos, se quiebra.

En su argumentación, DRAGADOS entiende que no cabe la imposición de la sanción administrativa porque la infracción ya había prescrito. En este sentido, el artículo 4 de la LISOS establece para las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales unos plazos de prescripción: las leves prescriben al año, las graves a los tres años y las muy graves a los cinco años. DRAGADOS considera que el expediente administrativo se paralizó erróneamente, pues no había identidad subjetiva, por lo

<sup>2</sup> El artículo 13.10 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social señala que es infracción muy grave «no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores».

<sup>3</sup> El artículo 12.6 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social señala que es infracción grave «incumplir la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos, o no realizar el seguimiento de la misma, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales».

que entiende que mientras el proceso penal contra los directivos seguía su curso, la tramitación del expediente administrativo debió seguir adelante. Así, cuando se reanuda, habían transcurrido 10 años desde el accidente<sup>4</sup>, un plazo considerablemente superior al establecido en la norma para la prescripción de esas infracciones, por lo que argumenta que las multas no tienen validez al haber prescrito las infracciones.

No obstante, la Junta de Andalucía entiende que la paralización del expediente administrativo es correcta, pues entiende que «la identidad subjetiva no es imprescindible para proceder a la detención del procedimiento administrativo sancionador, con la consiguiente paralización del plazo de prescripción»<sup>5</sup>. Por otro lado, también alega que la prescripción no había sido alegada en la instancia.

### 1.2.2. Razonamiento del Tribunal

Respecto a los argumentos de las partes, el Tribunal Supremo lleva a cabo las siguientes consideraciones. En primer lugar, si bien es cierto que la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento) se exige para evitar la duplicidad sancionadora (principio *non bis in ídem*), la LISOS no la exige para proceder a la paralización en sentido estricto del expediente administrativo sancionador, por lo que se plantea si en un supuesto como este, dónde no hay identidad subjetiva, el expediente se debe paralizar o debe seguir su curso. La Sentencia recurrida, que es confirmada por el Tribunal Supremo, defiende que «la disparidad subjetiva permite imponer una sanción a los trabajadores (penal) y otra a la empresa (administrativa), no habría que haber paralizado el procedimiento administrativo y operará la prescripción de las infracciones»<sup>6</sup>. Para solventar esta cuestión, el Tribunal Supremo opta por una solución intermedia. Así, en alusión a lo dispuesto en el artículo 3.4 de la LISOS, que indica que «la comunicación

del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal»<sup>7</sup>, por lo que habrá que estar a cada caso concreto, y tratar de «determinar si la indagación penal posee una conexión directa con las conductas examinadas en el ámbito administrativo»<sup>8</sup>. Por tanto, «respecto de algunos supuestos será imprescindible la identidad subjetiva, pero no así en otros»<sup>9</sup>. En este caso, sobre la base de esa conexión directa, el Tribunal Supremo entiende que fue correcto paralizar el expediente administrativo sancionador.

En relación con la prescripción, que la Junta esgrime que no había sido alegada en instancia, el Tribunal señala que «la demanda se refería a ella en su motivo cuarto»<sup>10</sup>, pero de todas formas recuerda que «viene admitiéndose desde antiguo que la prescripción de las infracciones administrativas (por tanto, la extinción de la responsabilidad administrativa del sujeto infractor) es cuestión de orden público que puede ser apreciada de oficio, sin necesidad de invocación por el interesado y sin que éste pueda renunciar a sus efectos»<sup>11</sup>. En este sentido, al admitir que la paralización del expediente fue correcta, el argumento de la prescripción de infracciones no prosperaría.

Sin embargo, en virtud de lo expuesto, lo curioso -y ahí está la clave- es que los hechos investigados estaban fuera del dominio de DRAGADOS, ya que la infracción es imputable a la empresa subcontratada, esto es, Tesifonte Cabrera, respecto de la que, curiosamente, se archiva el expediente sancionador. Como señala la resolución judicial que se recurre, esto es, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 26 de junio de 2014<sup>12</sup>, «iniciada la tramitación del

<sup>4</sup> «El plazo de prescripción (de cinco años) se inicia el día del accidente (2 julio 2003), se suspende al comunicar la Inspección al Juzgado sus actuaciones (16 diciembre 2003) y se reactiva cuando la sentencia penal es notificada a la Administración (16 febrero 2013)». Fundamento de Derecho cuarto, punto 1, párrafo segundo.

<sup>5</sup> Fundamento de Derecho cuarto, punto 2, párrafo quinto.

<sup>6</sup> Fundamento de Derecho quinto, punto 2, párrafo decimotercero.

<sup>7</sup> Fundamento de Derecho cuarto, punto 2, párrafo octavo.

<sup>8</sup> Fundamento de Derecho cuarto, punto 2, párrafo noveno.

<sup>9</sup> Fundamento de Derecho cuarto, punto 2, párrafo noveno.

<sup>10</sup> Fundamento de Derecho cuarto, punto 2, párrafo segundo.

<sup>11</sup> Fundamento de Derecho cuarto, punto 2, párrafo segundo.

<sup>12</sup> Recurso de suplicación núm. 35/2013.

expediente sancionador administrativo, el órgano instructor nunca consideró que los hechos investigados pudieran alcanzar relevancia penal para DRAGADOS, pues entre otras cosas nunca dedujo tanto de culpa al órgano jurisdiccional competente, absteniéndose de continuar el procedimiento»<sup>13</sup>. Además, «sólo cabe continuar o iniciar el procedimiento sancionador gubernativo en la medida en que el proceso se archive mediante sobreseimiento o se resuelva mediante sentencia absolutoria, y aquí no hay ninguna de ambas resoluciones respecto a DRAGADOS»<sup>14</sup>. Por tanto, pese a entenderse que la Junta actuó correctamente al paralizar el expediente administrativo sancionador por concurrir el

elemento de la conexión directa, no puede proceder a su reanudación porque no se dan los presupuestos para hacerlo, ya que no hubo sobreseimiento del proceso ni se resolvió con sentencia absolutoria, con lo que la sanción a la empresa debe ser anulada. Aunque hay Sentencia condenatoria, esta se dirige a los directivos de la empresa, pero no a ella en sí misma, pues, entre otras cosas, en aquel momento las personas jurídicas no podían ser responsables penalmente.

El Tribunal desestima el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía y confirma la Sentencia recurrida, eximiendo a DRAGADOS de responsabilidad.

## 2. Comentario de la sentencia

La duplicidad sancionadora que se aborda en la Sentencia analizada cobra especial relevancia hoy en día en el ordenamiento jurídico español, pues está tipificada la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>15</sup>, que también puede desplegar sus efectos en materia de accidentes de trabajo. Cuando se planteó el conflicto, en el año 2003, las personas jurídicas carecían de dicha responsabilidad, dado que esta modificación se introdujo en el Código Penal (CP) en el año 2010, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que dio lugar al artículo 31 bis. Esta reforma fue matizada o ampliada en el año 2015, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. No obstante, en el caso que trata la Sentencia concurren dos tipos de sanciones en el marco de un accidente de trabajo, la penal que recae sobre los directivos de la empresa, y la administrativa a DRAGADOS, si bien es posteriormente anulada en sede jurisdiccional. Esta coexistencia de sanciones sería posible porque no hay identidad subjetiva, y más en este caso, en que no había base jurídica para sancionar penalmente a DRAGADOS.

Una primera cuestión que se plantea en el caso es que el expediente administrativo sancionador se paraliza por

la tramitación de un proceso penal, y ello pese a que el proceso penal no se dirige contra DRAGADOS, mientras que el expediente administrativo sí. Tal paralización sería operativa si se entendiera que hay identidad subjetiva, pero al dirigirse ambas sanciones –administrativa y penal– contra sujetos diferentes, la Sentencia plantea la cuestión de si el expediente administrativo contra DRAGADOS debería haber seguido su curso y no paralizarse, o detenerse como aquí ocurrió. La solución que aporta el Tribunal Supremo, una suerte de vía intermedia a la que antes se aludía, se orienta en el sentido de que no siempre debe concurrir la triple identidad para que el expediente sancionador se paralice. Puede que no haya identidad subjetiva, pero basta con que las actuaciones administrativas y las penales tengan una conexión directa. De concurrir esa conexión sí es posible la paralización, pues así se desprende del artículo 3.4 de la LISOS<sup>16</sup>. En este punto es donde discrepan la Sentencia recurrida y la del Tribunal Supremo, pues esta última reconoce la idoneidad de la paralización del expediente. Desde este primer planteamiento, entiendo que, al tratarse de sujetos distintos, el expediente administrativo debió paralizarse.

<sup>13</sup> Fundamento de Derecho segundo, párrafo noveno, de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 26 de junio de 2014, que es la Sentencia recurrida que el Tribunal Supremo confirma.

<sup>14</sup> Fundamento de Derecho segundo, párrafo décimo.

<sup>15</sup> En España, tras la reforma del CP, la responsabilidad penal de las personas jurídicas también puede alcanzar asuntos de accidente de trabajo, si se considera que los hechos tienen la entidad suficiente para hablar de ilícito penal.

<sup>16</sup> «La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal».

Por su parte, el otro eje en torno al que gira el caso, esto es, la cuestión relativa a la prescripción de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, tiene su fundamento en la interpretación que se dé al hecho de la correcta o incorrecta paralización de expediente administrativo. La paralización del expediente no requiere que concurra el elemento de la identidad subjetiva, dado que lo único que establece la norma a estos efectos es lo dispuesto en el artículo 7.2 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, que establece que «la comunicación trasladando el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal, cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, interrumpe la prescripción hasta que se notifique a la Administración la resolución judicial que recaiga, o hasta que el Ministerio Fiscal comunique su decisión de no ejercitar la acción penal». Pues bien, si se entiende que la decisión de paralizar el procedimiento administrativo fue correcta, se estaría produciendo una duplicidad sancionadora, pero admisible porque se trata de sujetos diferentes. Desde esa perspectiva, el cómputo del plazo de prescripción no se debería interrumpir, con lo que al reanudarse la tramitación del expediente las infracciones no han prescrito.

Hasta aquí se plantea una aparente contradicción: el expediente se paralizó correctamente debido a la mencionada conexión directa entre las actuaciones administrativas y penales, pero la consecuencia de dicha afirmación es que las infracciones no han prescrito, pues al haberse paralizado, el plazo se reanuda una vez concluido el proceso penal. Por tanto, no podría prosperar la petición de prescripción de infracciones que alega DRAGADOS.

No obstante, la clave a la hora de resolver el caso

a favor de la empresa se encuentra en otro punto. Concretamente, en la presunta responsabilidad solidaria de DRAGADOS en virtud del artículo 42.3 de la LISOS<sup>17</sup>. De acuerdo con esa norma, DRAGADOS debería responder si fuera titular del centro y además la actividad que desarrollase la empresa auxiliar fuera considerada como propia, esto es, imprescindible para su desarrollo productivo, requisito este último que no se cumple. Además, si no hay responsabilidad de quien tiene bajo su influencia el control de los hechos, esto es, la empresa subcontratada, no puede tenerla la principal. Argumenta la Sentencia que la empresa principal «no tiene como parte de su actividad productiva la instalación y reparación o mantenimiento de plataformas elevadoras»<sup>18</sup>, por lo que «como el responsable directo de las infracciones detectadas es la empresa auxiliar, a ella debe imponerse la sanción, sin que proceda solidaridad alguna»<sup>19</sup>.

Un caso que se planteó en un sentido parecido al que aquí se analiza, es la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 1 de julio de 2016<sup>20</sup>. Está estrechamente relacionada con el objeto de este estudio, dado que aquí tampoco había identidad subjetiva ni de hechos, pero sí «una evidente y clara conexión»<sup>21</sup> entre estos. En este caso un trabajador que prestaba servicios para la empresa Allonca Lugones, S.L., falleció como consecuencia de una descarga eléctrica. Se acreditó que la empresa no había evaluado los riesgos derivados de esa actividad, que el trabajador no tenía la formación requerida y carecía de medidas de seguridad para realizar trabajos con proximidad a la corriente eléctrica. En este caso se paralizó el procedimiento administrativo sancionador porque, aunque este se dirigía contra la empresa y las diligencias previas en el orden penal se dirigían contra tres directivos de la empresa, se constata que entre ambos incumplimientos hay una «evidente y clara conexión». Por tanto, tras la Sentencia penal condenatoria de los directivos, se reanuda el expediente administrativo y se impone a la empresa una

<sup>17</sup> Este precepto señala que «la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por esta Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal».

<sup>18</sup> Fundamento de Derecho quinto, punto 1, párrafo segundo.

<sup>19</sup> Fundamento de Derecho quinto, punto 1, párrafo segundo.

<sup>20</sup> Recurso de suplicación núm. 278/2016.

<sup>21</sup> Fundamento de Derecho tercero, párrafo noveno.

sanción de 40.986 euros por la infracción muy grave tipificada en el artículo 13.10 de la LISOS<sup>22</sup>. En este caso no se entienden prescritas las infracciones. La diferencia entre esta Sentencia y la del Tribunal Supremo, es que en el caso de la resolución de 2016, el accidente tuvo lugar bajo el dominio de la empresa, responsable directa de los hechos, mientras que en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo tal responsabilidad recaía en la empresa subcontratada, esto es, Tesifonte Cabrera.

Al hilo de lo expuesto, debe destacarse la dificultad que plantea, tras la reforma del CP, la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas en España, especialmente en casos de accidente de trabajo, donde también la reforma despliega sus efectos. En la Sentencia objeto de este comentario, que se resolvió en el año 2015, se destaca en relación con el tema de la triple identidad que no se puede aplicar la nueva legislación ya que el caso tuvo lugar en 2003 -en ella misma se indica que hasta 2010 no era posible accionar frente a personas jurídicas, por lo que los procedimientos penales no se dirigían frente a sociedades<sup>23</sup>-. Sin embargo, abre el debate sobre la naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica en estos casos, en que se produce un accidente de trabajo. Por un lado, en cuanto al sujeto pasivo, éste puede ser la persona física que tiene asignadas responsabilidades en la empresa (directivo, administrador, etc), o imputarse dicha responsabilidad al ente o persona jurídica. Los problemas interpretativos son diversos, pues cabe plantearse qué tipo de responsabilidad se trata, si es directa, es decir, que se atribuye también a la empresa por la mera actuación delictiva de la persona física; o si es indirecta, esto es, constatada la ilegalidad por la persona física, esta actúa en nombre de la persona jurídica, con su visto bueno y sin que la empresa haga nada para evitarlo. Podría pensarse que esta reforma contempla una responsabilidad indirecta, dado que prevé causas de atenuación o incluso de exención de dicha responsabilidad penal que dependen exclusivamente de la actuación de la persona jurídica, por lo que puede desvincularse de la conducta de la persona física. Incluso, por lo que respecta a las penas (artículo 33 CP), estas son propias de las personas jurídicas, como pueden ser la disolución de la persona

jurídica, clausura de locales, inhabilitación para obtener subvenciones, suspensión de actividades. No obstante, sobre este tema existe un amplio debate cuya solución no es unánime.

Si en el caso analizado DRAGADOS pudiera haber sido condenada penalmente, es lógico que la paralización del expediente administrativo no ofrecería dudas, pues al haber identidad subjetiva operaría el principio *non bis in idem*. El problema que plantea la reforma es hasta qué punto se desvincula la empresa de la conducta de sus directivos a efectos de responsabilidad penal.

El artículo 31 bis del CP, rubricado «personas jurídicas penalmente responsables», se refiere al ámbito objetivo y subjetivo de esta nueva figura. Distingue dos tipos de delitos, así como los sujetos que los pueden cometer: 1) «los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma»; y 2) «los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

Entre las circunstancias eximentes se encuentra el hecho de que la empresa cuente con el denominado *Compliance Penal* (Serrano, 2016), esto es, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (artículo 31 bis.2, 1º CP). A sus requisitos se refiere el artículo 31 bis.5 del CP, entre los que destaca establecer unos protocolos, un sistema disciplinario para el caso de incumplir el modelo, sistemas de verificación del mismo, etc. Es curioso pensar que

<sup>22</sup> Es infracción muy grave «no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores».

<sup>23</sup> Fundamento de Derecho cuarto, punto 1, párrafo cuarto.



si la empresa cuenta con ese programa de *compliance* penal ya queda liberada de responsabilidad, pues no se precisa el contenido o alcance que debe tener. Asimismo, la persona jurídica también quedará exenta de responsabilidad penal cuando cumple con todas sus obligaciones de vigilancia y pese a todo se comete el delito por la persona física, o cuando la persona física elude de forma fraudulenta los modelos de organización establecidos por la empresa.

En cuanto a las atenuantes (artículo 31 quater), se encuentra la confesión de la infracción con anterioridad de que el procedimiento se dirija contra ellas, colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado, o haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Debido a estas consideraciones surge la duda de si el modelo de responsabilidad de la persona jurídica que se configura en el CP se basa en el hecho propio o en el hecho ajeno. A priori, la actuación de la persona jurídica es independiente de la persona física, y autónoma con respecto a esta, si se entiende que aquella puede ser completamente diligente mientras que la persona física todo lo contrario. En este sentido, la empresa debe velar por sus intereses, para que la conducta de las personas físicas que componen su organización no implique para

ella consecuencias penales indeseadas. Sin embargo, se entiende que ese sistema configurado en el CP sigue el modelo vicarial o por hecho de otro, pues el artículo 31 bis indica que serán penalmente responsables de los delitos cometidos por personas físicas<sup>24</sup>. No obstante, las primeras Sentencias que atribuyen responsabilidad penal a personas jurídicas interpretan que rige el modelo de la responsabilidad por hecho propio o autorresponsabilidad. Se trata de las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016<sup>25</sup> y la de 16 de marzo de 2016<sup>26</sup>, no sin discrepancias entre los Magistrados<sup>27</sup>. De todos modos, esta cuestión no está exenta de polémica dado que las posiciones discrepantes que se reflejan en las Sentencias –que no son pocas– optan por el sistema de responsabilidad por hecho de otro o modelo de imputación.

Esta novedad en la realidad jurídica española plantea importantes dificultades para deslindar la conducta de la persona física y de la jurídica, y su implicación en el hecho delictivo. Además, debe tenerse en cuenta, como ya se ha explicado, que responsabilidad penal y administrativa pueden coexistir en relación con un mismo hecho siempre que se proyecten sobre sujetos diferentes, por lo que la dificultad también vendrá dada por constatar que cada una de esas sanciones se dirige a un sujeto pasivo diferente. En definitiva, la complejidad técnica que presenta esta cuestión en la práctica es indudable, y habrá que esperar a sucesivas resoluciones para constatar qué línea mayoritaria sigue la jurisprudencia.

<sup>24</sup> Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

<sup>25</sup> Número de Sentencia 154/2016. En ella se enjuicia el caso de tres empresas que participaron en delitos contra la salud pública, tráfico de cocaína escondida en maquinaria. Dada la amplia plantilla que tiene una de esas empresas, se modifica la pena de disolución de la persona jurídica, pero se mantiene la condena a una multa de 775 millones de euros.

<sup>26</sup> Número de Sentencia 221/2016. La Sentencia se refiere a una empresa dedicada a la actividad inmobiliaria, que fue condenada por un delito de estafa a pagar una multa de 24.000 euros y al cierre temporal de la oficina durante un plazo de seis meses.

<sup>27</sup> Las Sentencias cuentan con un Voto Particular, que acoge la opinión de siete Magistrados discrepantes.

## Bibliografía

- Del Rosal, B. (2016). Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado. *Diario La Ley* (8732), ref. D-133, La Ley.
- Gómez, V., y Navarro, J. (2016). La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español: una visión panorámica tras la reforma de 2015. *Revista Aranzadi Doctrinal* (1), 23-44.
- Serrano, O. (2016). Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; cómo conseguir la exención de responsabilidad penal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal. *Revista Aranzadi Doctrinal* (6), 191-214.
- Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. *Boletín Oficial del Estado* núm. 189, de 08 de Agosto de 2000.
- Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo. Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado* núm. 132, de 03 de Junio de 1998.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Código Penal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 281, de 24 de Noviembre de 1995.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Social (1 de julio de 2016). Recurso de suplicación núm. 278/2016. [MP Elena Pérez].
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (29 de febrero de 2016). Número de Sentencia 154/2016. [MP José Manuel Maza Martín].
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (16 de marzo de 2016). Número de Sentencia 221/2016. [MP Manuel Marchena Gómez].
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo Social (26 de junio de 2014). Recurso de suplicación núm. 35/2013. [MP José Joaquín Pérez-Beneyto Abad].
- Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

**Pablo  
Manterola  
Domínguez<sup>1</sup>**

**Universidad de  
Los Andes, Chile**

pmanterola@miuandes.cl

**Moreno Utrilla, David (2015). *La sindicación de bloqueo en las sociedades anónimas*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 559 páginas.**

Este libro, edición revisada de la tesis doctoral del autor, aborda los pactos de accionistas sobre transferencia de acciones. Sindicato de bloqueo designa fundamentalmente lo mismo que pacto sobre transferencia de acciones, terminología que Ugarte ha propuesto en su reciente monografía sobre la materia (*Pactos sobre transferencia de acciones*, Editorial Jurídica de Chile, 2016). La lectura del trabajo de Moreno no puede hacerse sin relación —en nuestro país— al de Ugarte: el ejercicio es interesante, porque ambos se refieren a una materia insuficientemente tratada y lo hacen sin haber leído el uno al otro, dado lo cercano de las fechas de publicación, de modo que permite al lector hacerse una idea cabal de esta figura, de tan frecuente uso práctico.

El autor descubre la complejidad de las relaciones entre los pactos parasociales —los pactos de accionistas, celebrados al margen del contrato de sociedad— y el estatuto social. Esta complejidad no se agota con afirmar una total subordinación de los pactos al contrato o al interés social, lo cual ha sido un tópico entre los autores que han abordado los contratos parasociales. En efecto, los pactos integran, modulan, corrigen e incluso derogan los estatutos, en las relaciones *inter partes*. Los pactos modelan el tipo social (sociedad anónima, de responsabilidad limitada, etc.) al concreto interés de sus accionistas; la influencia entre estatutos y pactos no es unilateral, sino recíproca.

De esta manera, las primeras doscientas páginas del libro permiten al lector remontarse, desde la sindicación de acciones, a la pregunta de qué es lo societario y qué lo extrasocietario. El criterio formal, es decir, la situación de una cláusula en el marco de los estatutos, es insuficiente para afirmar su carácter societario, y por ende, los instrumentos que quedan a disposición para su eficacia. El criterio ha de ser finalista, debe atenderse al contenido de la convención y a la función que cumple el pacto. Estos planteamientos, sin ser absolutamente originales (porque se trata de cuestiones ya abordadas por Fernández de la Gándara en *La atipicidad en derecho de sociedades*, de 1977), son un aporte al estado de la cuestión, en la medida en que contribuyen a negar la total subordinación de los pactos al contrato de sociedad. La relación entre ambos es compleja, y se caracteriza por una mutua interdependencia.

También es compleja —y aquí el aporte sí es original— la relación entre sindicación de voto y de bloqueo, o si se prefiere, entre pactos sobre transferencia de acciones y pactos sobre el ejercicio del voto. Hasta ahora, la doctrina (Ugarte entre nosotros) había destacado la accesoriedad de aquellos respecto de estos, pero también puede ocurrir que acuerdos sobre el voto se dirijan

<sup>1</sup> El autor actualmente cursa estudios de doctorado en la Universidad de los Andes, Chile, financiados por CONICYT (CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2016-21160198).

a garantizar la transferencia de acciones. Lo relevante es advertir que, más allá de la distinción entre acuerdos sobre el voto y acuerdos sobre la transferencia de acciones — una distinción en sí válida —, existen vasos comunicantes. Mientras el sindicato de voto se dirige a influir directamente en la sociedad, el sindicato de bloqueo se dirige a influir indirectamente (y, con frecuencia, tácitamente) en ella. Como se ve, las relaciones entre pacto de bloqueo, pacto sobre el voto y estatuto social nos conducen a la cuestión de la conexión entre los contratos.

El autor, desarrollando una tipología que hereda de Giorgio Oppo y más directamente de Antonio Nuzzo y Aránzazu Pérez Moriones, distingue pactos con función de cambio y pactos con función asociativa o pactos plurilaterales. Estos últimos han sido los más abundantemente tratados, y plantean la pregunta por su calificación jurídica. El autor se inclina por asignarles la naturaleza jurídica de sociedad atípica interna, o incluso externa cuando opera a través de órganos como un síndico o consejo de sindicación, y una junta de sindicados. Lo interesante, más que la solución en sí, es examinar —a propósito del contrato parasocial— los problemas de atipicidad que plantea la sindicación de acciones. De esta manera, el libro entronca con desarrollos como los de Girón Tena y Fernández de la Gándara, aunque aplicados a su objeto de estudio.

El autor aborda los distintos pactos de bloqueo ordenándolos por su contenido, e incursiona en su calificación jurídica con las herramientas de la dogmática privatista: las cláusulas de preferencia, consentimiento, rescate, acompañamiento y arrastre, se corresponden con conceptos como promesa, condición, plazo, oferta, tanteo u otros. Ha emprendido una tarea similar a la que se propuso Ugarte, aunque las conclusiones son diversas. Por ejemplo, me parece que Ugarte ha abordado con mayor profundidad los efectos de los derechos de acompañamiento y arrastre (*tag along* y *drag along*), cuya ejecución involucra a un tercero que ha formulado una oferta de compra. Por su parte, Moreno encuentra dificultades para arbitrar la manera en que estos derechos pueden cumplirse respecto del tercero, lo que le conduce a buscar fórmulas convencionales: las opciones de compra o venta (*call* y *put options*), y especialmente la cláusula penal. Debe destacarse que el libro aborde problemas ligados a los efectos de cada pacto: la calificación de las comunicaciones que exigen los derechos de acompañamiento y arrastre; los motivos que pueden invocarse en una cláusula de consentimiento,

y el plazo para pronunciarse; la duración del pacto y su terminación por denuncia *ad nutum*; entre otros.

En las obras sobre la sindicación de acciones, ha sido habitual dedicar un capítulo a los instrumentos o vehículos a través de los cuales se puede articular un pacto de accionistas, sobre todo para dotarlo de efectividad: el otorgamiento de poderes irrevocables, la constitución de derechos reales sobre las acciones o la aportación de acciones sindicadas a una sociedad *holding*. Este libro no es la excepción, pero introduce una novedad: además de abordar estos negocios en tanto instrumentos de eficacia, los aborda —si cabe hablar así— como instrumentos de incumplimiento. En efecto, hasta aquí solo se había observado que la prenda sobre acciones o el otorgamiento de un poder irrevocable pueden asegurar el sentido del voto o la transmisión de las acciones, pero, ¿no pueden transformarse también en un incumplimiento del contrato? El representante o el acreedor pignoraticio pueden frustrar el fin del acuerdo, sin que se haya operado una transferencia de las acciones. El autor aporta soluciones, varias de ellas elaboradas desde la buena fe contractual, que en otros pasajes se destaca como un principio de especial importancia en la materia.

La cuestión de los remedios al incumplimiento es, a mi juicio, el mayor desafío pendiente que plantean los pactos de accionistas. La pregunta es cómo se puede tutelar el crédito de los acreedores —en este caso, los accionistas sindicados respecto del que ha incumplido—, en un contexto en que la ejecución forzada puede ser tardía, la resolución insuficiente, la indemnización impracticable y los remedios societarios —al menos en principio— inadmisibles. La vía de escape a esta aporía serían fórmulas contractuales (especialmente la cláusula penal), pero es posible que no se hayan pactado o, en el caso concreto, no protejan en forma íntegra el interés de los accionistas sindicados.

Esta obra no ha resuelto definitivamente el problema, pero hace aportes en algunos frentes. El autor advierte que el cumplimiento forzado sí será en muchos casos una tutela eficaz, pues el fin que subyace a los pactos de bloqueo es con frecuencia un propósito no inmediato, y el cumplimiento forzado, aún diferido en el tiempo, puede tener sentido para los accionistas sindicados. Subsiste sin embargo la dificultad que entraña esa ejecución, cuando el incumplimiento consiste en vender una participación a un tercero, al que le es inoponible el pacto. Frente a esta

dificultad, mientras Ugarte ha explorado distintos caminos —la norma de nuestra Ley de Sociedades Anónimas plantea ciertas particularidades—, Moreno se limita a proponer como alternativa la indemnización de perjuicios. En cuanto a los remedios societarios, especialmente la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en junta con infracción al pacto, el autor defiende una postura abierta que ya ha sido promovida en España, y que cuenta con jurisprudencia a su favor: los pactos omnilaterales (es decir, suscritos por todos los socios) pueden ser oponibles a la sociedad en cuanto tal, por la vía de suponer lesionado el interés social, lo que a su vez constituye una de las causales de impugnación tasadas por la Ley de Sociedades de Capital española.

El libro acaba con un capítulo dedicado a la situación particular de los sindicatos de bloqueo en el marco de la sociedad cotizada. Como no es el tema central de estudio, se entiende que el tratamiento no sea completo: no se

explora suficientemente las relaciones entre pactos sobre transferencia de acciones y la obligación de formular una oferta pública de adquisición de acciones. Pero una referencia sí que era necesaria, dada la introducción, relativamente reciente, de requisitos de publicidad especiales para que los sindicatos de acciones adquieran eficacia aún entre accionistas.

Este es un trabajo cuya lectura resulta recomendable para quienes se dedican con una perspectiva académica al derecho de sociedades, pues esta entronca con la pregunta por la función de la autonomía de la voluntad en el marco societario. Por otra parte, el trabajo ofrece soluciones prácticas, por lo que resulta de interés para quienes deben estudiar este tipo de contratos en el ejercicio de la profesión. Esta obra, junto a la reciente monografía de Ugarte, permite contextualizar los problemas que plantean los pactos de accionistas.

## Rodrigo Guerra

Universidad de  
Los Andes, Chile  
rguerra@uandes.cl

### **Fernández, Gonzalo (2015). *El elemento subjetivo de justificación*. Buenos Aires: B de F. 213 páginas.**

La relevancia del elemento subjetivo de justificación en Derecho penal es incuestionable como materia de estudio. A lo largo de tiempo su importancia se ha visto reflejada en el ámbito de la legítima defensa, el estado de necesidad, entre otras justificantes, y ha llamado la atención de diferentes académicos en esta área de la disciplina.

El tratamiento inicial de esta materia en el derecho penal nacional y comparado exigió de la dogmática nacional una propuesta de interpretación capaz de enfrentar la hegemónica distinción entre elementos objetivos y subjetivos. Su campo de aplicación está dirigido a dicha clasificación para facilitar la comprensión de las causales de la justificación. Para un adecuado tratamiento de los elementos subjetivos se requiere de un análisis dogmático. Esto con el objeto de presentar un modelo analítico capaz de enfrentar la problemática.

El elemento subjetivo de tipo de justificación genera un interés transversal en los operados del sistema jurídico, que demanda el esfuerzo por ofrecer trabajos tendientes a exponer los actuales avances dogmáticos en la materia. Es en este sentido que la obra del abogado Gonzalo F. Fernández es una interesante contribución al estudio jurídico de la cuestión.

Su importancia y actualidad reside, entre otros elementos, en el tratamiento dogmático que realiza del modelo italiano, español, alemán y latinoamericano.

Además, se aprecia en el modelo latinoamericano un tratamiento sucinto y específico de la perspectiva argentina, chilena y brasileña. Por su parte, a través de las afirmaciones que ejecuta el autor se desprende su propia perspectiva de la materia en torno a los elementos subjetivos del tipo.

El objeto de estudio se define en las primeras páginas del libro. No tiene por finalidad ahondar en el examen de las distintas justificantes, mencionadas en el cuarto capítulo de la obra, sino por pretensión la rigurosa tarea de presentar un modelo interpretativo del elemento subjetivo de las justificantes. Resulta ser un estudio acotado y bien sistematizado que entrega al lector una visión general del contenido dogmático del elemento subjetivo de la justificación. Esto a través de un tratamiento de la problemática en relación al error, la antijuridicidad subjetiva y el desvalor del acto.

El orden en la estructura del trabajo proporciona una comprensión adecuada de la casuística que antecede la problemática. Por otra parte, en esta obra se indica de forma específica los presupuestos metodológicos con los cuales se pretende abordar el objetivo de la investigación. Ello en alusión a los siguientes conceptos: desvalor de acción, desvalor de resultado y justificación subjetiva.

El libro cuenta con cuatro capítulos. La primera parte del libro contiene los

tres primeros capítulos y el cuarto capítulo ocupa la segunda parte. En la primera parte del libro los tres primeros capítulos están enfocados en aspectos dogmáticos generales de la problemática. En cambio, el cuarto capítulo se centra de lleno en una propuesta de interpretación del sistema jurídico penal uruguayo.

En el primer capítulo el autor se refiere a la problemática que constituye el elemento subjetivo de justificación en el núcleo duro de la teoría general de delito. Esta problemática es un instituto de construcción dogmática que se ha visto sorteada en la doctrina nacional de Uruguay. De ahí que el autor establece con claridad por qué el elemento subjetivo es una prueba esencial para lograr coherencia en cualquier sistema interpretativo de la teoría del delito. Es interesante la descripción evolutiva que realiza de esta materia desde el Derecho Romano hasta su posterior desarrollo en el Derecho penal alemán.

El autor dispone que la realización efectiva del resultado incorpora en el injusto un elemento adicional que exalta el desvalor del ilícito. La exaltación del desvalor permite distinguir entre el delito tentado y consumado. Esto en atención a supuestos diferenciados en su punición. Dicha consideración es necesaria para obtener un concepto más preciso del desvalor de acción. Para orientar el contenido de este último concepto, el autor alude a un criterio de peligrosidad objetiva de la conducta en la producción del resultado típico. Ello con la finalidad de aceptar concepción objetiva en el desvalor de acción del agente.

En el segundo capítulo, el autor mediante el análisis de doctrina comparada, da a conocer los diferentes matices interpretativos que se presentan en el desarrollo y tratamiento conceptual de los elementos subjetivos de la justificación. Una de las cualidades destacables de la obra resulta ser que se ocupa de describir las principales tendencias dogmáticas en esta materia. El autor se encarga de ilustrar el objeto, estructura, organización y funciones de los elementos subjetivos considerando diferentes modelos del alemán. En efecto, incorpora un panorama general del modelo italiano y español e incluso incorpora el modelo jurídico chileno.

El tercer capítulo es el más descriptivo de la obra. Se dan a conocer diferentes perspectivas en lo tocante a la interpretación del elemento subjetivo de la justificación. Comienza con la interpretación voluntarista. Luego, el autor continúa describiendo la interpretación cognoscitiva.

Resalta el conocimiento eventual de la justificación en torno al concepto de deber y su posterior desarrollo en relación a la problemática del error. Rescatamos las observaciones que realiza respecto de la distinción entre los elementos subjetivos de la justificación y de los delitos culposos.

También se preocupa de desarrollar la problemática del error en la justificación, en especial, respecto el error de justificación directo e inverso y de permisión. Concluye señalando que en este apartado se logra exponer un esquema básico del elemento subjetivo de la justificación y sintetiza las peculiaridades del mismo tanto en el error directo de justificación como error de tipo permisivo.

El capítulo cuarto es el más reflexivo de la obra. Se da a conocer la mirada interpretativa del autor acerca de los elementos subjetivos de la justificante. El autor señala que dichos elementos tienen espacio en la medida que el propio legislador haga alusión a los mismos en el tipo. Esto con la finalidad de evitar una subjetivización excesiva en relación a la interpretación de los elementos subjetivos.

Concluido este apartado, el autor termina su obra por medio del estudio de un análisis del elemento subjetivo del estado de necesidad justificante y la legítima defensa en el sistema jurídico penal uruguayo. Revela la preocupación por erradicar incongruencia interpretativa en la exigencia del cumplimiento de los requisitos de las justificantes en cuestión. No deja de ser interesante el análisis particular de estas justificantes en torno a las hipótesis de error en el sistema jurídico penal uruguayo.

En síntesis, se trata de un trabajo convincente respecto del contenido de los elementos subjetivos de la justificación. Aborda de manera sistemática, íntegra y cuidadosa su tratamiento no solo en el ordenamiento jurídico penal uruguayo sino también en la dogmática comparada. Es una obra de referencia para cualquier interesado en profundizar en la materia. No afecta su aporte el hecho que el trabajo no tenga por finalidad abarcar la problemática que suscita la regulación jurídico penal de los diferentes modelos que trata en un sentido estrictamente dogmático. El libro cumple con la propuesta del autor y deriva en un instrumento adecuado para acercarse a la interpretación de los elementos subjetivos de las justificantes.

## Tania Gajardo Orellana<sup>1</sup>

tgajardo@minpublico.cl

### **Mayordomo Rodrigo, Virginia (2008). *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*. Madrid: Iustel. 286 páginas.**

1. La obra de Virginia Mayordomo Rodrigo, profesora asociada doctora de la Universidad del País Vasco, trata acerca de un tema que tuvo un período de efervescencia en España en el año 2008, y que hoy en día vemos que comienza a ser objeto de interés en Chile, se trata de los delitos asociados a la inmigración, especialmente los de tráfico ilegal de migrantes y el de inmigración ilegal.

2. La autora propone una visión del tema desde diferentes perspectivas muy interesantes para nuestro país, ya que, desde los compromisos asumidos por España tanto en el contexto de las Naciones Unidas como en el de la Unión Europea, analiza cómo se han tipificado e incluso se han ido modificando estos tipos penales en la legislación española, con discusiones sumamente interesantes acerca de problemas comunes a la regulación penal de semejantes conductas.

3. Este enfoque se aleja de los manuales de Derecho penal especial que, cuando contienen estos delitos, se quedan en la descripción de los elementos de cada tipo, sin profundizar en el bien jurídico afectado, ni en las obligaciones que los Estados intentan cumplir al sancionarlos. Otro factor destacable es la distinción y tratamiento de las obligaciones de tipificación y sanción, propia de las convenciones como la de Palermo, de aquellas relativas a la tutela de derechos humanos. Las primeras obligan a

perseguir ciertos delitos, mientras que las segundas distinguen el deber de abstención del Estado y distintas técnicas de control de cumplimiento de los mismos.

4. El texto analiza en profundidad el artículo 318 bis del Código penal español, desde su tipificación el año 2000 y sus reformas de los años 2003 y 2007. El artículo 318 bis del Código español comenzó tipificando el tráfico ilegal de migrantes hacia España, imponiendo una pena básica de seis meses a tres años de prisión más multa. Desde el año 2000, fecha en que comenzó a aplicarse el tipo penal, las discusiones versaban acerca de si lo relevante era la protección del sistema migratorio o los derechos de los extranjeros vulnerados. Con la reforma del año 2003, se agregó al tráfico ilícito de migrantes la inmigración clandestina, siendo la promoción o facilitación de cualquiera de estas conductas lo sancionado por el 318 bis. Se estableció también que esta promoción o facilitación debía ser directa o indirecta y se aumentó la pena a prisión de 4 a 8 años. La reforma del año 2007 amplió la persecución penal de esta figura a los tráficos ilícitos de migrantes e inmigración clandestina a cualquier país de la Unión Europea. En cuanto a la ley de Extranjería, analiza en particular el artículo 59, el que faculta a la autoridad administrativa para eximir al extranjero que está en situación

<sup>1</sup> La autora actualmente cursa estudios de doctorado en la Universidad de los Andes, Chile, Convenio Interinstitucional del Ministerio Público con la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile.



irregular de responsabilidad administrativa, en los casos en que coopere con la persecución de redes de tráfico de personas.

El Código Penal español contemplaba desde antes del artículo 318 bis, en los artículos 312 y 313 las figuras de tráfico ilegal de mano de obra e inmigración ilegal de trabajadores. La disposición española del artículo 318 bis combina en parte nuestros tipos penales de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, artículos 411 quáter y 411 bis del Código penal chileno, esto porque entre las figuras agravadas de tráfico ilegal de migrantes contempla la finalidad de explotación sexual. La autora llama la atención de la confusión que implica no separar adecuadamente la trata del tráfico, y a su vez el tráfico de la inmigración clandestina, lo que ha quedado más confuso aún con las últimas modificaciones que critica en la obra. En España, para la autora, la discusión se ha centrado en dos visiones, la primera considera la migración como un factor que afecta al orden socioeconómico, lo que amerita la protección penal del sistema migratorio, y la segunda postula la necesidad de garantizar a los extranjeros migrantes un mínimo de estatus jurídico de reconocimiento de derechos, en el marco del orden jurídico del Estado. Las reflexiones en torno a estas posturas son el aporte fundamental de la obra, ya que el libro busca contestar a la luz de los textos internacionales qué bien protege la norma que sanciona el tráfico ilícito de migrantes. Y profundiza en la compleja delimitación de la tutela del sistema migratorio estatal o de los derechos de los migrantes.

5. Para llegar a la conclusión de que lo que realmente protege la tipificación del delito de tráfico ilícito de migrantes del artículo 318 bis son los derechos de los migrantes, la autora en el primer capítulo trata acerca de “Los instrumentos internacionales para la erradicación de la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”. Divide la exposición entre el ámbito universal, de Naciones Unidas, y el europeo, con las convenciones de la Unión. Pormenorizadamente explica la Convención de Palermo en contra de la criminalidad organizada y sus protocolos, especialmente el protocolo en contra del tráfico ilícito de migrantes. En el segundo capítulo aborda el derecho internacional en la materia, se refiere ahí a los tratados de derechos humanos y las técnicas de control sobre ellos. Valora las técnicas de control de cumplimiento de estas convenciones como las relatorías de derechos humanos, en las que por ejemplo en materia de

migración se analiza pormenorizadamente la situación de los migrantes en cada país, y así se califica si dicho país está o no cumpliendo con lo suscrito. El tercer capítulo lo dedica al tráfico ilegal de migrantes y a la inmigración clandestina, en el Derecho español. Termina con los capítulos cuarto y quinto dedicados a los informes presentados por España ante los órganos de control de Naciones Unidas y Amnistía Internacional, respectivamente.

6. Esta última parte, al igual que la descripción exhaustiva en el primer capítulo de las normas de las Convenciones internacionales, exceden lo fundamental de la obra, desviando incluso un poco la atención del lector. Lo principal y valioso de la obra que se presenta es la toma de postura acerca del sentido de este “nuevo delito” de tráfico ilícito de migrantes, en el que la autora se muestra partidaria de la protección de los derechos de los inmigrantes por sobre el sistema migratorio del Estado. Esto tal cual está tipificado hoy en día el tráfico de migrantes en el Derecho español.

7. La obra es relevante para el Chile actual, en el que la oleada migratoria ha traído distintos tipos de dificultades y cuestionamientos, entre ellos lógicamente el jurídico, con la incorporación en abril del año 2011 del delito de tráfico ilícito de migrantes en el artículo 411 bis del Código Penal, el que a la fecha presenta muchos más ingresos en el sistema penal que la propia trata de personas, y que subsiste junto al delito de ingreso ilegal del vetusto Decreto Ley de extranjería, provocando diversas interrogantes en Chile muy similares a las que plantea la autora en el año 2008 en España.

8. Su propuesta interesa desde la realidad jurídica chilena del artículo 411 bis del Código Penal, el que tiene casi 6 años de aplicación y su interpretación a la fecha ha seguido a Palermo. Se trata de un delito que jurisprudencialmente ha sido vinculado directamente a la protección del sistema migratorio, y así se ha perseguido y sancionado al que lucra con la promoción o facilitación de la entrada ilegal de personas a nuestro país. Así tenemos sentencias condenatorias por la promoción o facilitación de la entrada al país de forma ilegal, de las más variadas formas, todas con la misma posibilidad de vulnerar el sistema migratorio. Se sanciona igualmente al que lucra con la promoción o facilitación de la entrada al país en forma clandestina como a quien lo hace de forma visible engañando al control de la autoridad migratoria. Se sigue al pie de la letra Palermo, interpretando el concepto de “entrada ilegal” como “toda aquella que no cumple con

las exigencias legales de entrada a un Estado”, concepto que también es analizado por la autora en la obra. En Chile al igual que en España tenemos situaciones de tráfico ilícito de migrantes agravadas, configuradas por el riesgo para el migrante en cuanto a su vida o salud, o si este es menor de edad, siguiendo en todo esto a Palermo. En España se presentan más agravantes que las nuestras incluida una hipótesis de explotación sexual, que como ya se dijo, en Chile se considera trata. Tal cual está descrito el tipo penal en Chile, y como se ha aplicado, parece ser que protege al sistema migratorio, sin vinculación alguna con los derechos de los ciudadanos migrantes, a tal punto que, en Chile junto al artículo 411 bis del Código Penal, sigue vigente el delito de ingreso ilegal, con el que podría sancionarse incluso a las “víctimas” del tráfico ilícito de migrantes o sujetos traficados<sup>2</sup>.

9. Nuestro país ha suscrito múltiples Convenciones de DDHH, además de las de crimen organizado transnacional ya tratadas, y estas fueron parte de la historia de la Ley N° 20.507 que tipificó la trata de personas y el tráfico de migrantes, como fuente inspiradora de la trata de personas. Las convenciones de derechos humanos y especialmente las que dicen relación con migrantes, no fueron la fuente que inspiró al tráfico ilícito de migrantes, ya que este siempre se vio desde la óptica del Estado y del control fronterizo, en otras palabras, desde la óptica de la Convención de Palermo. Lo que no obsta a que llegue un momento no muy lejano, en el que haya que replantearse la situación, sobre todo considerando los cambios que traerá la nueva ley de migraciones, y la necesidad social que al día de hoy implica para nuestro país el que los migrantes puedan ejercer

efectiva y libremente sus derechos.

10. La toma de postura de la autora por la protección del ejercicio de los derechos de los ciudadanos extranjeros, avalada por su examen del Derecho internacional y del Derecho español, resulta de fundamental lectura en Chile hoy en día, en donde hemos aplicado un art. 411 bis centrado en Palermo, sin cuestionarnos si el sistema migratorio merece el nivel más alto de protección, o si lo que en realidad debemos proteger es al migrante de las redes de traficantes que lucran con sus ingresos ilegales, dejándolos en una posición desmejorada y de vulnerabilidad. No es casual que nuestra legislación penal considere como fuente inspiradora principal, al igual que la española las convenciones en contra de la criminalidad organizada, específicamente Palermo, y no sean centrales en las discusiones sobre este tipo penal las convenciones que protegen los derechos de los migrantes. La autora destaca que, cada Estado debe proveerse de normas para controlar sus fronteras, lo que no necesariamente amerita que se haga a través del Derecho penal. Las irregularidades también se pueden solucionar a través de sanciones de tipo administrativas, específicamente respecto de la inmigración ilegal.

Finalmente, parece ser un libro de lectura imperativa para quienes estén ocupados de los temas que están surgiendo en Chile a raíz de la migración, ya que nos presenta discusiones que ya se dieron en un país con larga tradición migratoria y que muy probablemente se comenzarán a dar en nuestro país.

---

<sup>2</sup> Se hace la diferencia porque se ha considerado que al ser el sistema migratorio lo protegido por la norma del 411 bis del Código Penal, no habría víctimas, sino sujetos traficados. Ahora bien, en los incisos segundo y tercero, en donde se castiga más gravemente cuando se afecta o se pone en peligro la vida o la salud de los sujetos, entendemos que hay víctimas y se transforma en pluriofensivo.