



Universidad de

**los Andes**



**FACULTAD  
DE DERECHO**

# REVISTA JURÍDICA DIGITAL UANDES

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

**2018** | Volumen 2  
Núm. 2

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



# Índice

## Artículos

- Crisis matrimoniales y la reforma de las reglas domésticas españolas de competencia judicial internacional: paso adelante o paso atrás** 1-17  
Javier Maseda Rodríguez
- Apuntes sobre la aequitas en la tradición canónica medieval** 18-32  
Javier Facco
- La auditoría externa como instrumento de fiscalización privada de la administración social** 33-64  
Javiera Vela Dupré
- Mediación en derecho administrativo** 65-79  
Carla Esplugues Barona
- La mediación conciliatoria de los conflictos civiles y comerciales en Italia: un análisis jurídico y empírico** 80-92  
Maurizio Onza
- El concepto de persona y su papel en nuestro sistema legal. Análisis crítico del fallo del tribunal constitucional que declaró la constitucionalidad de la ley que despenalizó el aborto en tres causales** 93-114  
Alberto Lyon Puelma

## Comentarios de Jurisprudencia

- Partidas adicionales como obra extraordinaria en un contrato de valor fijo Comentario a la sentencia de la Corte Suprema (Tercera Sala), de 7 de junio de 2017** 115-122  
María Sara Rodríguez Pinto
- Sobre la despenalización del aborto en tres causales y la paradoja constitucional: Comentario sentencia Tribunal Constitucional rol n° 3729 (3751)-17-cpt** 123-163  
Gonzalo García Palominos
- El derecho al juicio en el proceso penal de los parlamentarios imputados por delito** 164-169  
Alejandro Romero Seguel, José Ignacio Martínez Estay
- Quiebra fraudulenta y desasimio de bienes Comentario de la SCA de Santiago de 10 de agosto del año 2016 (Rol N°2127-2016)** 170-180  
Roberto Contreras Puelles
- ¿Cómo definir a la persona en el derecho chileno? (Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de agosto de 2017. Rol N° 3729-17)** 181-188  
Pablo Cornejo
- La doctrina de la Corte Suprema en materia de culpa infraccional de las personas jurídicas colectivas por daños al medioambiente (Comentario a la sentencia de casación de 13 de diciembre de 2016, Rol N° 17.736-2016)** 189-199  
Óscar Olivares Jatib

## Comentarios

**La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos**

**200-214**

Eduardo Vio Grossi

## Recensiones

**Ugarte Vial, Fernando (2018) Juicio Ejecutivo de cobro de Impuesto Territorial. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 294 páginas.**

**215-216**

Alberto González Vidal

**Javier  
Maseda  
Rodríguez**

**Universidad de  
Santiago de  
Compostela,  
España**

javier.maseda@usc.es

Recibido: 19.02.18

Aceptado: 1.08.18

## **Crisis matrimoniales y la reforma de las reglas domésticas españolas de competencia judicial internacional: paso adelante o paso atrás**

### **Matrimonial proceedings and the amendment of Spanish domestic rules of international jurisdiction: step forward or step back**

**Resumen:** Este trabajo tiene por objeto analizar la reciente reforma de las normas domésticas españolas de competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales. Estas reglas son aplicables en ciertos casos aun cuando la vinculación de los operadores jurídicos españoles (y de los Estados miembros de la UE) por el *Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*. Se examina la nueva normativa doméstica en su comparación con la derogada, con la intención de determinar si mejora el sistema o, por contrario, no había razón para modificar el régimen anterior.

**Palabras clave:** Crisis matrimoniales internacionales; competencia judicial internacional; normativa doméstica española; Reglamento (CE) 2001/2003.

**Abstract:** The purpose of this paper is to analyze briefly the recent amendment of the Spanish domestic rules of international jurisdiction in matrimonial matters. They are applicable in certain cases even despite the applicability for Spain (and all the Member States of the EU) of the *Council Regulation (EC) 2201/2003, of 27 November 2003, concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) 1347/2000*. This essay analyzes the new domestic Spanish rules in comparison with the repealed ones, in order to determine the improvement of the system or, on the contrary, the absence of reason to modify the previous regime.

**Keywords:** Matrimonial proceedings; International jurisdiction; Spanish domestic rules; Regulation (EC) 2201/2003.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, así como de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea (UE), la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales, esto es, en relación a las causas matrimoniales de separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial, se determina, como es sabido, y dentro del conjunto de medidas elaboradas en sede de cooperación judicial en materia civil en orden al establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE, por el *Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*<sup>1</sup>.

Aplicable desde el 01 de marzo de 2005 (art. 72 R. 2201), el Reglamento 2201/2003 constituye el régimen regulador preferente a la hora de determinar la competencia judicial internacional de las autoridades españolas y del resto de Estados miembros, con la excepción de Dinamarca, en las causas de divorcio, separación judicial y nulidad del matrimonio<sup>2</sup>: no solo deroga el anterior *Reglamento (CE) núm. 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*

*sobre los hijos comunes*<sup>3</sup>, encargado de estas cuestiones desde el 01 de marzo de 2001 hasta la entrada en vigor del actual instrumento (Considerando núm. 28 R. 2201; art. 71 R. 2201), también prevalece sobre cualquier Convenio bilateral o multilateral existente entre los Estados UE, regulando esta materia (Fernández y Sánchez, 2016, p. 449).

La consulta de las disposiciones del Reglamento 2201/2003 permitirá al Tribunal o autoridad española, así como a cualquier otro juez o autoridad de un Estado miembro, determinar si disfruta (o no) de competencia judicial internacional respecto de una demanda de separación judicial o de disolución del vínculo conyugal. Y lo hará a partir de una serie de foros exclusivos de competencia judicial internacional (Fernández y Sánchez, 2016, p. 450)<sup>4</sup>, recogidos básicamente en los arts. 3 a 5 R. 2201, que operan de manera alternativa y no jerárquica<sup>5</sup>, que son verificables de oficio (Fernández y Sánchez, 2016, p. 450)<sup>6</sup>, y que tienen un alcance objetivo, entre los que no figura ninguno basado en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, ni expreso ni tácito (Palao, 2014, p. 469)<sup>7</sup>: se fundamentan, principalmente y como puede verse en el art. 3 R. 2201, en los criterios de la residencia habitual de los cónyuges, residencia habitual del demandante o del demandado, y nacionalidad común

<sup>1</sup> DOUE L 338/1, de 23 de diciembre de 2003. Se está trabajando en varias modificaciones en este Reglamento 2201/2003, que pueden consultarse en *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)* (COM (2016) 411 Final), que afectan básicamente a la responsabilidad parental, y no a las crisis matrimoniales, que es donde se enmarca este trabajo.

<sup>2</sup> Actúan correctamente los operadores jurídicos españoles, aplicando el Reglamento 2201/2003 y desechando el Derecho nacional o autónomo, en la *Sent. AP de Barcelona de 31 de enero de 2014* (JUR 2014\52492), respecto de unos litigantes de Senegal; en la *Sent. AP de Guadalajara de 02 de mayo de 2013* (AC 2013\1325), respecto de cónyuges ecuatorianos; o en *Sent. AP de Barcelona de 30 de junio de 2015* (AC 2015\1435), respecto de una demanda de divorcio y medidas parentales entre cónyuges de nacionalidad distinta y sin residencia habitual común en España, reconociendo la demandante no haber residido durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda. No lo hacen, en cambio, en otras resoluciones, donde aplican el régimen doméstico ignorando la existencia del Reglamento 2201/2003; así, por ejemplo, en la *Sent. AP de Girona de 09 de septiembre de 2013* (JUR 2013\348015), respecto de unos cónyuges marroquíes; *Sent. AP de Barcelona de 16 de mayo de 2006*, respecto de unos cónyuges chilenos con residencia habitual en España; o en *Auto AP de Álava de 28 de noviembre de 2007* (JUR 2008\38696), en relación a un divorcio entre un demandado con residencia habitual en Cuba y un demandante residente en España.

<sup>3</sup> DOCE L 160/19, de 30 de junio de 2000.

<sup>4</sup> En cualquier caso, no debe confundirse este término: *exclusivo* tiene equivalencia con *limitativo*, en el sentido de que no pueden operar más foros que los referidos en el Reglamento 2201/2003, y no con un supuesto carácter jerárquico o privilegiado; así, Gaudemet-Tallon, H., "Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: "Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs", *Journ. dr. int.*, 2001-II, pp. 381-430, espec. p. 395.

<sup>5</sup> En la práctica, por ejemplo, el *Auto AP de Barcelona de 25 de julio de 2011* (JUR 2011\307654), respecto de un divorcio entre cónyuges españoles con residencia habitual en Bolivia.

<sup>6</sup> Lo indica, por ejemplo, el *t* (JUR 2011\199446).

<sup>7</sup> Véase, asimismo, Considerando núm. 31 del "Informe Explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia Matrimonial", Borrás Rodríguez, A., DOUE C 221/27, de 16 de julio de 1998.

de los cónyuges (Sánchez, 2013, p. 33)<sup>8</sup>.

Regulador exclusivamente de las cuestiones de competencia judicial internacional relativas a la relajación o disolución del vínculo matrimonial, no se ocupa el Reglamento 2201/2003, en cambio, de la competencia judicial internacional en materias vinculadas a las crisis matrimoniales, como son las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales de la disolución del matrimonio u otras posibles medidas principales o accesorias, así como el régimen económico matrimonial, el uso de la vivienda común, los alimentos para los hijos o la pensión compensatoria. Cada una de estas cuestiones disfruta de su propio régimen aplicable a la hora de determinar la competencia judicial internacional de un juez o autoridad de un Estado miembro; o, lo que es lo mismo, la eventual competencia judicial internacional de un tribunal comunitario a partir del Reglamento 2201/2003 respecto de una eventual demanda relativa a la crisis matrimonial, no supone necesariamente su

competencia tampoco para aquellas otras cuestiones litigiosas que frecuentemente acompañan a la demanda de separación judicial y/o divorcio, sometidas, en cada caso, a su régimen aplicable correspondiente. De ahí que se hable de la dispersión internacional del pleito como uno de los caracteres del derecho internacional privado comunitario de familia (Orejudo Prieto, 2014, par. II.1.A)<sup>9</sup>.

Ahora bien, la aplicación del Reglamento 2201/2003 a la hora de determinar la competencia judicial internacional en relación a las causas matrimoniales de separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial no va a suponer, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, como tampoco desde la óptica de cualquier otro ordenamiento jurídico de un Estado UE, la eliminación y eventual juego de los foros autónomos, nacionales o domésticos sobre competencia en materia de crisis matrimoniales. Tal es lo que dispone el art. 7 R. 2201 cuando habla de los foros nacionales dentro de lo que el legislador europeo entiende como “la competencia

<sup>8</sup> Muchas de las referencias de este trabajo se dirigen genéricamente a la competencia judicial internacional de jueces y Tribunales. No obstante, los criterios de competencia del Reglamento 2201/2003 resultan asimismo aplicables a la hora de determinar la competencia de las autoridades nacionales que, en este ámbito, tengan funciones equivalentes a las propias de una autoridad judicial (por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español, los notarios, en tanto que, de acuerdo con el art. 54 Ley Notarial y los arts. 82 y 87 Código civil español, pueden separar o divorciar de mutuo acuerdo, siempre que los cónyuges no tengan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos). Repárese, en este sentido, en la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)*, cuando, a lo largo del texto, propone la supresión de las referencias a jueces, Tribunales, órganos, resoluciones o autoridades judiciales por un genérico autoridades.

<sup>9</sup> Criticando esta fragmentación, Sánchez (2013, p. 44), Arenas (2004, pp. 139-140) y, desarrollando esta cuestión, pp. 65-109. Lo vemos respecto de la custodia de los hijos, cuya competencia se determina a partir del Reglamento 2201/2003 en lo que es su parte relativa a responsabilidad parental, regulada por medio de reglas de competencia distintas de aquéllas propias de las crisis matrimoniales (por ejemplo, *Sent. AP de Cantabria de 13 de junio de 2008*, JUR 2008\329565, en relación a un divorcio entre cónyuges peruanos y competencia respecto de los derechos de visita de los abuelos sobre los menores), así como del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*. Y así sucede también respecto de las obligaciones alimenticias y las pensiones posteriores al divorcio (por ejemplo, el *Auto AP de Valencia de 14 de enero de 2003*, JUR 2003\92936, o el *Auto AP de Cádiz de 15 de septiembre de 2005* JUR 2006\30518), regulada la competencia judicial internacional por medio del *Reglamento (CE) núm. 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* (DOUE L 7/1, de 10 de enero de 2009). En la práctica, por ejemplo, *Auto AP de Valencia de 14 de enero de 2003*, JUR 2003\92936, en relación a un exequatur de una sentencia alemana, el tribunal desechó, en lo que ahora interesa, la aplicación del Reglamento 1347/2000 al excluir este los alimentos y pensión compensatoria; o, en el mismo sentido, *Auto AP de Cádiz de 15 de septiembre de 2005*, JUR 2006\30518). Téngase en cuenta, asimismo, la nueva normativa europea reguladora de los regímenes económico-matrimoniales, que, en régimen de cooperación reforzada, recoge el *Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas*, DOUE L 183/30, de 08 de julio de 2016). Con todo, consciente el legislador europeo de esta realidad, son habituales las reglas que favorecen la acumulación de causas ante un mismo órgano jurisdiccional o autoridad (por ejemplo, art. 8 R. 2201, que permite reclamar por cuestiones relativas a responsabilidad parental ante aquellos Tribunales que resulten competentes en materia de crisis matrimoniales; o, en el mismo sentido, art. 3.c o 4.c.i R. 4/2009, esta vez respecto de reclamaciones de alimentos y pensión compensatoria).

residual”, al considerar que,

si de los arts. 3, 4 y 5 (del R. 2201) no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado. (Fernández y Sánchez, 2016, p. 451).

El art. 7 R. 2201, dedicado a la competencia residual, dice así al completo:

1.- Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado. 2.- Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos Estados.

El régimen autónomo español de competencia judicial internacional en la materia se halla representado por el art. 22 ter LOPJ y, especialmente, por el art. 22 quater c) LOPJ, tras reforma operada por la *Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*<sup>10</sup>, que sustituyen a los anteriores arts. 22.2 y 22.3 LOPJ y que vienen a establecer lo siguiente: además de “cuando el demandado tenga su domicilio en España” (art. 22 ter LOPJ), los Tribunales españoles serán competentes

en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o

cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española (art. 22 quater c LOPJ).

El régimen anterior a la reforma, por su parte, concedía competencia judicial internacional a los Tribunales españoles en

materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro (art. 22.3 LOPJ anterior).

Y “con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España” (art. 22.2 LOPJ anterior).

Expuesto lo anterior, este trabajo se va a ocupar de analizar brevemente la mayor o menor bondad de la reciente reforma de las normas domésticas españolas de competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales en su comparación con la derogada, con la intención de determinar si mejora el sistema o, por contrario, no existía necesidad alguna de modificar un régimen anterior que funcionaba correctamente. Para ello, analizaremos, en primer lugar, en qué supuestos cabe la posibilidad de valorar la competencia judicial

<sup>10</sup> BOE de 22 de julio de 2015.

internacional de los tribunales españoles en esta materia a partir de sus foros autónomos, aun cuando su vinculación al Reglamento 2201/2003 (punto I); y, en segundo término, veremos cómo se proyectan los nuevos

foros de competencia en materia de crisis matrimoniales en comparación con los anteriores, a fin de determinar su mayor o menor bondad (punto II).

## 1. Aplicación de los foros domésticos de competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales

### 1.1. Carácter *inter partes* del Reglamento 2201/2003

La vinculación de los operadores jurídicos de los Estados miembros por las distintas normativas comunitarias no va a suponer necesariamente la inaplicación de las reglas nacionales o domésticas relativas a la materia que se trate: la supervivencia de las normas autónomas va a depender, con carácter general, de la naturaleza universal o *inter partes* de la normativa comunitaria vigente. En aquellos casos en los que la norma comunitaria viene revestida de carácter universal, esto es, ausente la exigencia de reciprocidad, únicamente sus reglas, y nunca las propias del derecho doméstico, resultarán aplicables al caso, lo que va a suponer que el operador jurídico va a valorar su eventual competencia judicial internacional a partir solo de las reglas del Reglamento correspondiente. Es lo que sucede, por ejemplo, con el Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones alimenticias, cuyo ámbito de aplicación espacial es universal, al disponer que “el hecho de que el demandado tenga su residencia habitual en un Estado tercero debería dejar de ser causa de inaplicación de las reglas comunitarias de competencia, y, en adelante, debería excluirse toda remisión a las reglas de competencia del Derecho nacional” (Considerando núm. 15 R. 4/2009)<sup>11</sup>.

Por el contrario, otros instrumentos se ubican en el ámbito de los regímenes *inter partes*, lo que deja espacio a

la aplicación del derecho autónomo respecto de aquellas situaciones consideradas como extracomunitarias de acuerdo con las reglas de cada instrumento y en contraposición a las definidas como intracomunitarias. Es lo que sucede, por ejemplo, con el *Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*<sup>12</sup>: al margen de las excepciones correspondientes, el domicilio del demandado en un Estado parte, que es el criterio empleado por el legislador comunitario como determinante de su ámbito de aplicación espacial, obliga al operador jurídico del Estado UE a valorar su competencia de acuerdo con las reglas del Reglamento 1215/2012, empleando las reglas de su derecho autónomo, en cambio, de ubicarse el domicilio del demandado en un tercer Estado (arts. 4 a 6 R. 1215). En cualquier caso, en instrumentos como este, el domicilio del demandado no opera realmente como un criterio determinante de su aplicabilidad, sino, de manera más apropiada, como un criterio de selección de normas (las propias del instrumento o aquellas de derecho autónomo) a partir de las cuales el órgano jurisdiccional de un Estado UE va a valorar su competencia: la evaluación del ámbito espacial parte de la aplicabilidad del instrumento que se trate, esto es, solo tiene sentido una vez que se ha

<sup>11</sup> Así, respecto de instrumentos como el Reglamento 4/2009 que no condicionan la aplicabilidad de sus normas a la domiciliación/residencia habitual del demandado en un Estado UE, véase: Rodríguez (2010), especialmente par. II.1; Ancel y Muir (2010, p. 480); o Garau (2011, p. 134). También es así en sede de ley aplicable, por ejemplo, el *Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)* (DOCE L 177, de 4 de julio de 2008), cuando su art. 2 Roma I habla de su ámbito de aplicación universal, al disponer que “la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”.

<sup>12</sup> *Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (DOCE L-351/1, de 20 de diciembre de 2012).

decidido la aplicación de tal régimen, lo que sucede tras la verificación de su ámbito material y temporal<sup>13</sup>.

El Reglamento 2201/2003 regulador de la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales se encuentra dentro de este segundo grupo de normas comunitarias, lo que implica la existencia de un espacio para el juego de los foros domésticos en este ámbito. Es lo que se deduce de lo expuesto en los arts. 6 y 7 R. 2201, dedicados a la determinación del ámbito de aplicación espacial de este instrumento. El art. 6 R. 2201, relativo al “carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3, 4 y 5”, establece que “un cónyuge que: ... tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien... sea nacional de un Estado miembro... sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5”, mientras que su art. 7 R. 2201, relativo, como vimos, a “la competencia residual”, estima que, “si de los arts. 3, 4 y 5 (del R. 2201) no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado”.

Como veremos a continuación, no es sencilla la interpretación de los arts. 6 y 7 R. 2001, propiciada fundamentalmente por una redacción bastante confusa del precepto. De ahí que en la *Propuesta de modificación del Reglamento 2201/2003* se haya modificado el tenor de estos artículos, refundiéndolos en uno solo, lo que, aunque el ámbito de aplicación espacial del Reglamento 2201/2003 se mantiene inalterado, sin duda ayuda a su comprensión. El tenor propuesto de un eventual futuro art. 6 R. 2201, dedicado asimismo a la “competencia residual”, establece que:

1.- Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ninguna autoridad de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado miembro. 2.- El apartado 1 no se aplicará al demandado que: a) tenga su residencia habitual en el

territorio de un Estado miembro, o bien b) sea nacional de un Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos Estados miembros. 3.- Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de dicho Estado miembro, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos Estados.

#### 1.2. Aplicabilidad de las reglas domésticas de competencia judicial internacional: la competencia subsidiaria

De acuerdo con lo expuesto en el art. 6 R. 2201, los cónyuges residentes en un Estado miembro, con independencia de su nacionalidad, o aquellos que tengan nacionalidad de un Estado miembro, con independencia de su residencia, solo pueden ser llamados ante los tribunales o autoridades de otro Estado miembro a partir de las reglas del Reglamento 2201/2003, básicamente, los foros de competencia recogidos en el art. 3 R. 2201. En consecuencia y respecto de estos casos, los órganos jurisdiccionales o autoridades de un Estado UE valorarán su competencia judicial internacional respecto de una demanda de separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial a partir, pues y exclusivamente, de las reglas del Reglamento 2201/2003.

Piénsese, en este sentido y por ejemplo, en un matrimonio celebrado en España entre un nacional español y una nacional belga, que llevan residiendo varios años en una ciudad española y en el que, por las desavenencias surgidas, el cónyuge extranjero decide regresar a su país de origen, donde fija su nueva residencia habitual, mientras que el cónyuge español solicita disolución del vínculo ante los tribunales españoles. Tanto la nacionalidad comunitaria del cónyuge requerido, como lo sería también su residencia habitual

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, Fernández y Sánchez (2016, p. 73), cuando entienden que “en puridad, el Reglamento (1215 o 44) se aplica espacialmente en todos los supuestos...; sin embargo, no siempre se aplican sus normas”.

en un Estado parte, obligan al operador jurídico español a valorar su competencia exclusivamente a partir de los arts. 3 a 5 R. 2201: en este caso, la competencia judicial internacional vendría concedida a partir de la verificación en territorio español de la última residencia habitual de los cónyuges cuando uno de ellos, el nacional español, en nuestro caso, todavía reside allí en el momento de presentación de la demanda (art. 3.1.a R. 2201). El privilegio de la nacionalidad que hace el Reglamento 2201/2003 va a suponer, en consecuencia, que un cónyuge con nacionalidad de un Estado miembro solo pueda ser requerido ante las autoridades de otro Estado miembro a partir de los arts. 3 a 5 R. 2201, aun cuando ningún otro elemento conecte a este cónyuge con la UE: sería el caso de un cónyuge chileno, casado con una nacional española, que lleva varios años viviendo en Santiago de Chile, y que, por los motivos que sean (trabajo habitualmente) se instala en un Estado europeo (Francia, por ejemplo) donde decide solicitar el divorcio de su esposa española. Del mismo modo, el privilegio de la residencia habitual que hace el Reglamento 2201/2003 va a suponer, en esta misma línea, que un cónyuge con nacionalidad de un tercer Estado y residente en la UE solo pueda ser requerido ante las autoridades de otro Estado miembro a partir de los arts. 3 a 5 R. 2201, aunque ninguno de los cónyuges tenga nacionalidad comunitaria: sería el caso de un cónyuge chileno, casado con una nacional también de este país, que llevan varios años viviendo en Madrid, y que, por los motivos que sean (trabajo habitualmente), uno de ellos se instala en Francia, por ejemplo, donde decide solicitar el divorcio de su otro cónyuge también chileno.

Fuera de estos casos del art. 6 R. 2201, dejarían de operar exclusivamente las reglas del Reglamento 2201/2003, para entrar en juego, en concurrencia, los foros de competencia judicial internacional del derecho doméstico. O, lo que es lo mismo, si los cónyuges con residencia habitual o nacionalidad de un Estado miembro solo pueden ser llamados ante los tribunales de otro

Estado miembro a partir de las reglas del Reglamento 2201/2003, el derecho doméstico va a poder operar frente a nacionales de su propio Estado o frente a quienes ni residan ni tengan la nacionalidad de un Estado miembro: en este tipo de casos, las reglas del Reglamento 2201/2003 concurren con las propias del derecho autónomo (en el caso español, con el art. 22 quater c LOPJ 2015), esto es, el Reglamento 2201/2003 resulta asimismo aplicable, si bien no con carácter exclusivo (Garcimartín, 2014, p. 158)<sup>14</sup>. Ahora bien, a la hora de decidir en esta concurrencia de las reglas del Reglamento 2201/2003 con los foros domésticos de competencia judicial internacional cuáles son los criterios finalmente aplicables por parte del operador jurídico del Estado UE ante el que se interpuso la demanda, debemos seguir lo dispuesto en la *STJCE de 29 de noviembre de 2007, Sundelind v. López*<sup>15</sup>, cuando entiende que la aplicación del Reglamento 2201/2003 en estos supuestos de concurrencia de regímenes va a “depende[r] ...de si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente en virtud de los artículos 3 a 5 del Reglamento 2201/2003”<sup>16</sup>. Ello significa que la aplicación del derecho autónomo solo se produciría frente a nacionales de su propio Estado o frente a quienes ni residan ni tengan la nacionalidad de un Estado miembro, y ello, siempre que ninguna regla de competencia del Reglamento 2201/2003 conceda competencia a ningún juez o autoridad comunitaria, tal como dispone el art. 7 R. 2201 relativo a las competencias residuales en combinación con la referida resolución<sup>17</sup>.

Piénsese, en este sentido, en aquel matrimonio entre dos nacionales chilenos (ecuatorianos, argentinos, uruguayos...) que llevan varios años trabajando en Europa, que fijan, meses después del enlace, su residencia habitual en Santiago de Chile para iniciar una nueva vida en su país de origen. El marido regresa posteriormente a España por motivos de trabajo, donde fija su nueva residencia, y en el que, pasados varios años y por las desavenencias surgidas por la distancia, solicita

<sup>14</sup> También Arenas (2004, p. 167) y González (2011-2013, pp. 153-154).

<sup>15</sup> *STJCE de 29 de noviembre de 2007, As. C-68/07, Sundelind v. López*.

<sup>16</sup> Sobre ello, Requejo (2008).

<sup>17</sup> Sánchez (2013, p. 38).

disolución del vínculo ante los tribunales españoles. En este último caso, la nacionalidad de un tercer Estado del cónyuge requerido, así como su residencia habitual también en un tercer Estado, invitan a la valoración de la competencia de los tribunales españoles a partir de sus foros domésticos, que, sin embargo y en orden a deshacer la concurrencia con las reglas del Reglamento 2201/2003, solo operarían si ningún “órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente en virtud de los artículos 3 a 5 del Reglamento 2201/2003” (*STJCE de 29 de noviembre de 2007, Sundelind v. López*). Dado que la competencia judicial internacional vendría atribuida esta vez por el hecho de la residencia habitual del demandante chileno en España después de haber residido allí desde al menos un año antes de la presentación de la demanda (art. 3.1.a R. 2201) o, incluso, por la residencia habitual de uno de los cónyuges chilenos en España de ser un caso de demanda conjunta (art. 3.1.a R. 2201), no operarían finalmente los foros domésticos en este supuesto.

Sí lo harían, en cambio, en aquel otro supuesto de un matrimonio celebrado en Marruecos entre un nacional español y una nacional marroquí, que fijan su residencia habitual en la ciudad marroquí de Casablanca y en el que, por las desavenencias surgidas, el cónyuge español regresa a su país de origen, en el que establece su nueva residencia habitual, e inmediatamente, solicita disolución del vínculo ante los Tribunales españoles. Dado que, de presentar un divorcio contencioso y no por mutuo acuerdo, ninguna de las reglas del Reglamento 2201/2003 concede competencia a ningún juez comunitario para resolver la disolución de este matrimonio, y partiendo de que el cónyuge requerido no es nacional comunitario ni tiene residencia habitual en un Estado miembro (art. 6 R. 2201), la valoración de la competencia judicial internacional debería hacerse a partir de las normas autónomas españolas, en el caso, de la LOPJ. Operaría asimismo el derecho autónomo en el supuesto de demanda de divorcio interpuesta ante un tribunal español respecto de dos cónyuges estadounidenses que contrajeron matrimonio en los Estados Unidos, que vivieron en España y que ahora desenvuelven su vida en

los Estados Unidos.

Es lo que sucede, por ejemplo, en la *Sent. AP de Girona de 12 de marzo de 2013*<sup>18</sup>, respecto de un divorcio entre cónyuges rusos residentes en Rusia; en el *Auto AP de Madrid de 25 de enero de 2008*<sup>19</sup>, en relación a un divorcio contencioso entre demandante de Ecuador residente en España y demandada residente en Ecuador; o en la *Sent. AP de Asturias de 16 de julio de 2009*<sup>20</sup>, respecto de disolución matrimonial entre marido italiano y esposa española casados en Gibraltar.

Así pues, como estamos viendo y en la consideración de la aplicación de un instrumento comunitario como es el Reglamento 2201/2003, resulta irrelevante tanto la nacionalidad de los cónyuges perteneciente a un Estado no miembro (chilena, en nuestro ejemplo), como el hecho de que el cónyuge demandado, siendo el demandante nacional comunitario o residente en un Estado miembro, tenga su residencia habitual y/o domicilio en un Estado no miembro (Santiago de Chile, en nuestro ejemplo). Téngase en cuenta, por lo que respecta a la residencia o domicilio del cónyuge (chileno) demandado en un tercer Estado, que la *STJCE de 29 de noviembre de 2007, Sundelind v. López*, deja claro que la aplicación del Reglamento 2201/2003 no va a “depende[r] ...de las circunstancias del demandado, sino de si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente en virtud de los artículos 3 a 5 del Reglamento 2201/2003” (FD 25); o, lo que es lo mismo, la residencia o domicilio del cónyuge demandado en un tercer Estado no produce “una norma general por la que la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en asuntos relativos al divorcio respecto de un demandado que no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y que no es nacional de un Estado miembro, esté regida, en todos los casos, por el Derecho nacional” (FD 24; Garcimartín, 2014, p. 158).

Así se observa, por ejemplo, en la *Sent. AP de Barcelona de 18 de diciembre de 2013*<sup>21</sup>, respecto de un divorcio entre cónyuges búlgaros, o en el *Auto AP de Madrid de*

<sup>18</sup> JUR 2013\163496.

<sup>19</sup> JUR 2008\98362.

<sup>20</sup> JUR 2009\351055.

<sup>21</sup> JUR 2014\20409.

21 de noviembre de 2008<sup>22</sup>, en relación a una disolución del vínculo entre cónyuges español y argentino con domicilio y residencia habitual en Argentina, que solicitan el divorcio por mutuo acuerdo al amparo del art. 777 LEC española. Por el contrario, opera incorrectamente el tribunal español en el *Auto AP de Madrid de 01 de junio de 2011*<sup>23</sup>, en relación a una mujer chilena que solicitó divorcio ante los tribunales españoles al tener residencia el demandante en España desde hacía más de un año inmediatamente antes de presentar la demanda (art. 3.1.a R. 2201), al considerarse incompetentes con base, además de por la nacionalidad común de los cónyuges de un tercer Estado, en la inaplicabilidad del Reglamento al hallarse el demandado domiciliado fuera de la UE.

Del mismo modo, y así como la nacionalidad comunitaria de cualquiera de los cónyuges va a suponer que solo podrán ser requeridos ante los tribunales de otro Estado miembro a partir de las reglas del Reglamento 2201/2003, la nacionalidad de un tercer Estado del cónyuge requerido o de ambos no implica necesariamente la inaplicación del instrumento comunitario y, con ello, una eventual introducción del juego de los foros domésticos de competencia: basta con que alguna regla de competencia del Reglamento 2201/2003 conceda competencia a algún juez comunitario (arts. 6 y 7 R. 2201)<sup>24</sup>.

Mucha práctica jurisdiccional española aplica correctamente las reglas del Reglamento 2201/2003 a este tipo de supuestos, como sucede, por ejemplo, en la *Sent. AP de Barcelona de 31 de enero de 2014*<sup>25</sup>, respecto de unos litigantes de Senegal; en la *Sent. AP*

*de Guadalajara de 02 de mayo de 2013*<sup>26</sup>, respecto de cónyuges ecuatorianos; o en el *Auto AP de Valladolid de 10 de abril de 2007*<sup>27</sup>, que resuelve un divorcio entre cónyuges marroquíes. Sin embargo, no opera correctamente en otros casos, como sucede en la *Sent. AP de Girona de 23 de noviembre de 2012*<sup>28</sup>, respecto del divorcio entre cónyuges marroquíes; en el *Auto AP de Madrid de 01 de junio de 2011*<sup>29</sup>, divorcio entre cónyuges chilenos; o el *Auto AP de Bizkaia de 20 de julio de 2010*<sup>30</sup>, respecto de un divorcio entre cónyuges de nacionalidad peruana, en los que se ignora la aplicación del Reglamento 2201/2003 con base en el erróneo argumento de no ostentar ninguno de los cónyuges la nacionalidad de un Estado miembro.

En fin, partiendo de que los arts. 6 y 7 R. 2201 determinan en qué casos el operador jurídico de un Estado UE va a valorar su competencia exclusivamente a partir de los foros del Reglamento 2201/2003 y aquellos otros en los que cabe su valoración a partir de las reglas del derecho nacional o propio, no resulta correcta la utilización simultánea de los criterios de competencia del Reglamento 2201/2003 y del derecho doméstico como base de atribución de competencia judicial internacional a un tribunal o autoridad comunitaria en aquellos casos en los que el régimen aplicable a este aspecto solo es el instrumento comunitario<sup>31</sup>: cuando solamente una de las normativas conforma el régimen aplicable, en este caso, el Reglamento 2201/2003, no tiene sentido emplear los foros del derecho autónomo (españoles, en nuestro caso) a modo de argumento de refuerzo de la competencia ya atribuida por el otro instrumento<sup>32</sup>.

<sup>22</sup> JUR 2009\73491.

<sup>23</sup> JUR 2011\247156. Al respecto, véase González (2012).

<sup>24</sup> González (2011-2013, p. 143).

<sup>25</sup> JUR 2014\52492.

<sup>26</sup> AC 2013\1325.

<sup>27</sup> JUR 2007\262864.

<sup>28</sup> JUR 2013\17020.

<sup>29</sup> JUR 2011\247156.

<sup>30</sup> JUR 2010\409486.

<sup>31</sup> Es lo que sucedió, por ejemplo, en el *Auto AP de Barcelona de 22/10/2012* (JUR 2013\10415), en relación a un divorcio por mutuo acuerdo de un matrimonio celebrado en Brasil. No es correcto afirmar la competencia en los términos de que "tanto la LOPJ, en su art. 22, como el Reglamento 2201/2003... en su artículo 3º, proclaman la competencia de los Tribunales españoles para conocer de los procedimientos de nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en nuestro país al tiempo de la demanda".

<sup>32</sup> Criticando esta práctica, que pone en cuestión el principio de primacía del Derecho comunitario (*STJUE de 15/07/2010, As. C-256/09, Purrucker*), González (2011-2013, p. 143).

## 2. Operatividad de los foros domésticos españoles en materia de separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial: comparativa con el régimen anterior

### 2.1. Régimen autónomo español anterior a la reforma

Como veíamos, vigente el Reglamento 2201/2003 (o en anterior Reglamento 1347/2000), el sistema doméstico de foros de competencia judicial internacional anterior a la reforma operada por la *Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio*, concedía competencia judicial internacional a los tribunales españoles en “materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro” (art. 22.3 LOPJ anterior), y, “con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los juzgados o tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España” (art. 22.2 LOPJ anterior).

De los foros domésticos expuestos, resultaba inoperativo el foro de la residencia habitual de ambos cónyuges en España al tiempo de demanda del art. 22.3 LOPJ, al estar desactivado por el Reglamento 2201/2001, en tanto que ya recogido como uno de los criterios atributivos de competencia judicial internacional en el art. 3 R. 2201<sup>33</sup>. Igual suerte corría el criterio de la nacionalidad española común de los cónyuges, atributivo de competencia a favor de los tribunales españoles, según disponía el art. 22.3 LOPJ, cualquiera que sea su lugar de residencia y siempre que promoviesen su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, en tanto que ya recogido, al igual que antes,

como uno de los criterios atributivos de competencia judicial internacional en el art. 3 R. 2201 (Calvo y Carrascosa, 2014-2015, p. 203 y Sánchez, 2013, p. 40, nota 38). Lo mismo podía decirse del criterio del domicilio del demandado en España del art. 22.2 LOPJ, ubicable genéricamente también en un art. 3 R. 2201 que emplea el foro del lugar de residencia habitual del demandado (Sánchez, 2013, p. 40, nota 38 y Cano, 2002, p. 74).

Sí resultaban operativos, por el contrario, aun cuando la vigencia del Reglamento 2201/2003 y en los casos permitidos por este instrumento, el foro de la nacionalidad española del demandante con residencia habitual en España del art. 22.3 LOPJ, así como cuando ambos cónyuges se hubiesen sometido expresa o tácitamente a los tribunales españoles del art. 22.2 LOPJ.

Respecto del primero, es cierto que el art. 3 R. 2201 recoge el foro de “la residencia habitual del demandante...que sea nacional del Estado miembro en cuestión”. Sin embargo, mientras que este art. 3 R. 2201 exige que este demandante nacional del Estado miembro de interposición de la demanda “haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda”, el art. 22.3 LOPJ no establecía referencia temporal alguna, de manera que un tribunal español podía conocer de interponer la demanda un demandante español aun cuando llevase menos de seis meses residiendo en España (Garcimartín, 2012, p. 137 y Palao, 2014, p. 466). Otra cosa es que pudiera ser considerado este criterio de competencia como exorbitante al fundamentarse en la persona del actor y no del demandado, generando una suerte de *forum actoris* de difícil encaje con los principios de tutela judicial

<sup>33</sup> Así, Calvo y Carrascosa (2014-2015, p 203), Sánchez (2013, p. 40, nota 38) y Cano (2002, p. 74). En la práctica, de manera equivocada, *Auto Aud. Prov. de Barcelona de 25 de enero de 2005* (JUR 2005\54635), respecto de una separación contenciosa entre cónyuges de nacionalidad argelina residentes en España, empleando el órgano jurisdiccional español el art. 22.3 LOPJ para valorar su competencia en vez del Reglamento 2201/2003.

efectiva de la otra parte, así como que pudiera resultar contrario al principio de no discriminación comunitario en tanto que beneficiaba exclusivamente al demandante español (Calvo, 2014-2015, p. 203 y Garcimartín, 2014, p. 158)<sup>34</sup>.

Por lo que respecta a la competencia de los tribunales españoles con base en la elección tácita o expresa de su jurisdicción por parte de los cónyuges<sup>35</sup>, distintos argumentos avalaban esta posibilidad.

Por un lado, nada en la LOPJ prohibía el ejercicio de la autonomía de la voluntad en este ámbito de las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio<sup>36</sup>: la alternatividad presidía la relación entre los foros especiales de competencia del art. 22.3 LOPJ y los foros generales del art. 22.2 LOPJ, de modo que un tribunal español no competente con base en un foro especial podía basar su competencia en los foros generales, tanto por el domicilio del demandado en España como, en lo que ahora interesa, por la elección expresa o tácita de su jurisdicción. Por otro, y aun cuando la tradición de exclusión de las materias propias del derecho de familia del ejercicio de la autonomía de la voluntad, a nivel internacional la tendencia era la contraria, lo que favorecía una interpretación amplia del art. 22.3 LOPJ en lo que a este criterio se refería: sirva de muestra la posibilidad de elegir los tribunales competentes en materia de obligaciones alimenticias recogida en el art. 4 R. 4/2009, la posibilidad que ofrece el art. 5 R. 1259

estableciendo que “los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, o la posibilidad de elección de foro del art. 5 R. 650 en materia de sucesiones internacionales<sup>37</sup>.

Finalmente, y en lo que a sumisión expresa se refiere, no era obstáculo a este ejercicio lo dispuesto en el art. 769.4 LEC cuando entendía (entiende) nulos “los acuerdos de las partes que se opongan a lo dispuesto en este artículo”. Este precepto tiene como función la distribución territorial interna de la competencia entre los órganos jurisdiccionales españoles una vez atribuida la competencia judicial internacional a la jurisdicción española con base en los foros relativos a la competencia judicial internacional. O, lo que es lo mismo, este precepto solo resulta operativo tras la aplicación de las normas de competencia judicial internacional, de manera que la restricción recogida en su tenor al ejercicio de la autonomía de la voluntad solo tiene sentido a la hora de la distribución territorial interna de la competencia, no a la hora de la atribución de la competencia judicial internacional, incluso cuando esta atribución de competencia judicial internacional se realizase con base en el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Recuérdese que, con carácter general, la atribución de la competencia judicial internacional a partir de lo dispuesto en el Reglamento 2201/2003 (o de la LOPJ) se dirige a la jurisdicción española en su conjunto, esto es, la identificación del concreto juez o tribunal español territorialmente competente no corresponde a este instrumento, sino al derecho procesal autónomo de

<sup>34</sup> En la práctica, véase *Sent. AP de Valencia de 03 de julio de 2003* (JUR 2003\212530), donde conocieron los Tribunales españoles en relación a una reclamación de nulidad de un matrimonio celebrado en La Habana entre el actor de nacionalidad española y la demandada de nacionalidad cubana; o *Auto AP de Sevilla de 09 de julio de 1999*.

<sup>35</sup> En la práctica, por ejemplo, *Sent. AP de Madrid de 04 de noviembre de 1999* (AC 1999\2347), en relación a un caso de separación matrimonial en el que la competencia del Tribunal español se fundamenta en el art. 22.2 LOPJ ya que el demandante dirige demanda ante Juzgado español y la demandada que se somete tácitamente al formular reconvencción solicitando como medida cautelar la separación; también, *Sent. AP de Logroño de 03 de diciembre de 1997* (REDI, 2000, p. 154); o *Sent. AP de Asturias de 12 de diciembre de 1994* (AC 1994/2180). También, *Sent. TSJ de Cataluña de 09 de enero de 2006* (RJ/2006/3879); o *Auto AP de Madrid de 21 de febrero de 1997* (RJ/1997/234).

<sup>36</sup> Así, Calvo (2014-2015, p. 203); Cano (2002, p. 74); Palao (2014, p. 466) y Sabido (2013, p. 516).

<sup>37</sup> *Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo* (DOUE L 201, de 27 de julio de 2012); *Reglamento (UE) núm. 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial* (DOUE L 343, de 29 de diciembre de 2010).

cada Estado miembro<sup>38</sup>, en nuestro caso, al art. 769 LEC (y, complementariamente, al art. 50 LEC) (Rodríguez, 2004, pp. 263-265 y Arenas, 2004, p. 58)<sup>39</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, esta restricción del art. 769.4 LEC no impediría a los cónyuges la elección de la jurisdicción española a la hora de resolver su crisis matrimonial. En consecuencia, la jurisdicción española en su conjunto tendría competencia judicial internacional de ser elegida por los cónyuges, tanto de resultar seleccionada esta jurisdicción española con carácter general como de elegir las partes un concreto tribunal español competente. No obstante, la autonomía de la voluntad no serviría para identificar el concreto tribunal español territorialmente competente, sino que para ello habría que acudir a los criterios objetivos territoriales recogidos en el referido art. 769 LEC, entre los que no se encuentra la autonomía de la voluntad, lo que puede suponer la competencia de un órgano jurisdiccional español distinto del elegido por los cónyuges: la elección por parte de unos cónyuges chilenos de los tribunales de Madrid, por ejemplo, para resolver su divorcio, haría competentes internacionalmente a los tribunales españoles, pero no necesariamente a los de Madrid. Únicamente de no concurrir en territorio español ninguno de los vínculos territoriales recogidos en el art. 769 LEC, sí debería seguir conociendo, a título de órgano jurisdiccional español territorialmente competente, el

tribunal elegido por los cónyuges (Arenas, 2004, pp. 39 y 61-62 y Sánchez, 2013, p. 40, nota 38)<sup>40</sup>.

En fin, nada impediría tampoco la sumisión tácita a favor de los tribunales españoles en tanto que la LOPJ, al margen de los argumentos ya expuestos, no exigía en orden a su operatividad la residencia habitual de ninguno de los cónyuges en España (Garcimartín, 2014, p. 158)<sup>41</sup>.

## 2.2. Régimen autónomo español tras la reforma

Si conforme a la LOPJ anterior seguían siendo operativos, aun cuando la vigencia del Reglamento 2201/2003 y como vimos, el foro de la nacionalidad española del demandante con residencia habitual en España del art. 22.3 LOPJ, así como el foro basado en el sometimiento de ambos cónyuges a los Tribunales españoles del art. 22.2 LOPJ, el panorama es muy distinto tras la reforma de la LOPJ.

Lo que hace esta reforma de 2015, además de mantener la competencia general de los tribunales españoles cuando “el demandado tenga su domicilio en España” (art. 22 ter LOPJ 2015), es transformar un genérico art. 22.3 LOPJ, que recoge la mayoría de los foros especiales del derecho autónomo español, en una serie de preceptos dirigidos cada uno de ellos a una materia diferente, entre los que se encuentra un art. 22 quater LOPJ 2015 dedicado “a las relaciones personales

<sup>38</sup> Por ejemplo *Auto AP de Madrid de 13 de marzo de 2006* (JUR 2006\149140); más dudas, *Auto AP de Madrid de 20 de enero de 2009* (JUR 2009\158145). Siendo esta la regla general, tiene sus excepciones, esto es, en ciertos casos las reglas de competencia judicial internacional juegan asimismo como criterios de distribución territorial interna de la competencia. Es lo que sucede en relación al art. 5 R. 2201, relativo a la conversión de la separación judicial en divorcio: al atribuir competencia judicial internacional para la conversión al “órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una resolución sobre la separación judicial”, identifica directamente al concreto órgano jurisdiccional del Estado miembro, operando como criterio de competencia judicial internacional y territorial interno; y ello, aun cuando se haya perdido el vínculo que fundamentó la competencia de los tribunales españoles y, con ello, la regla de competencia territorial española (así, Rodríguez, 2004, pp. 264-265). Y, en otras materias, por ejemplo, con el art. 8.1 *Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (DOCE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012), relativo a las competencias derivadas en supuestos de pluralidad de demandados.

<sup>39</sup> Respecto del art. 769 LEC, véase, por ejemplo, Pérez (2000).

<sup>40</sup> También cuando la competencia de la jurisdicción española se base en la conexión subjetiva de la nacionalidad española común de ambos cónyuges del art. 3.1.b R. 2201: si no concurren en España ninguno de los criterios territoriales del art. 769 LEC, podría atribuirse competencia territorial interna al Tribunal español del domicilio que señale el demandante, respetando así el efecto útil del Derecho comunitario y el principio de tutela judicial efectiva y siempre con el límite del abuso de derecho. Al respecto, Rodríguez (2004, p. 264); González (2001, pp. 359-361) y Arenas (2004, p. 62). Asimismo, con carácter general, Amores (1989, p. 122 y nota 25) o Virgós y Garcimartín (2007, p. 55). En la práctica, sobre estas cuestiones, véase *STC 61/2000, de 13/03/2000* (BOE de 14 de abril de 2000) o la *STJCE de 15 de mayo de 1990*, As. C-365/88, *Kongress Agentur Hagen GmbH v. Zeehaghe BV*.

<sup>41</sup> En la práctica, véase *Auto AP de Madrid de 21 de noviembre de 2008* (JUR 2009\73491), respecto de la solicitud de divorcio por mutuo acuerdo entre un cónyuge español y otro argentino, con domicilio y residencia en Argentina, a través del art. 777 LEC.

y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones”: de acuerdo con su tenor, el legislador español atribuye competencia judicial internacional a los tribunales españoles, como vimos,

siempre que ningún otro tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española.

El tenor de este precepto, en combinación con lo dispuesto en el Reglamento 2201/2003, conlleva la inoperatividad práctica de este art. 22 quater c LOPJ 2015.

Primero. Porque este art. 22 quater c LOPJ, como puede verse, no es sino una copia de los foros del Reglamento 2201/2003, cuyos criterios son trasladados por el legislador español a la hora de confeccionar la regla autónoma, de manera que no solo los foros se solapan, sino que se les resta operatividad (Fernández y Sánchez, 2016, p. 451). Por un lado, con la copia se consigue seguir haciendo inaplicables los foros de derecho autónomo que ya recogía el anterior art. 22.3 LOPJ, que ahora se mantienen en el art. 22 quater c LOPJ y que ya

eran idénticos a los propios del Reglamento 2201/2003, en tanto que la competencia atribuida ex Reglamento implica la imposibilidad de que un operador jurídico comunitario pueda atender a sus foros de derecho nacional para justificar su competencia a título de competencia subsidiaria<sup>42</sup>. Por otro, con la copia de los foros del Reglamento 2201/2003 también se modifican aquellos otros criterios de derecho doméstico recogidos en la versión anterior de la LOPJ que sí diferían de los ofertados por el instrumento comunitario, eliminando cualquier posibilidad de aplicar el art. 22 quater c LOPJ 2015 para hacer competentes a los tribunales españoles ex art. 7 R. 2201. Es lo que sucede, por ejemplo, al eliminar la ausencia de referencia temporal que era propia del art. 22.3 LOPJ y condicionar ahora la residencia habitual a un plazo mínimo de seis meses en España para los demandantes españoles, equiparándolo así al foro del art. 3.1.a R. 2201 y, con ello, haciendo imposible poder fundamentar la competencia en el derecho autónomo con base en un criterio antes operativo y que podía resultar útil en algunas ocasiones<sup>43</sup>. Y todo ello sin entrar en los inexplicables defectos formales recogidos en un precepto copiado, como sucede en este art. 22 quater c LOPJ cuando hace referencia a “que el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda”, y no *antes*, lo que podría ser calificado como un *lapsus calami* que debe corregirse por vía interpretativa (Garcimartín, 2015, par. VII.1.).

Segundo. Porque emplear criterios de competencia semejantes en los foros domésticos generales (art. 22 bis LOPJ) y en los especiales (art. 22 quater c LOPJ) supone restar aplicación a estos últimos. Tiene poco sentido decir que el art. 22 quater c LOPJ se aplica “en defecto de los criterios anteriores”, esto es, como subsidiario del foro general del domicilio (residencia habitual) del demandado en España, para más tarde establecer como criterio

<sup>42</sup> Esto no sucede con otros instrumentos comunitarios, como con el Reglamento 1215/2012. Como vimos, las reglas de Reglamento son aplicables, con carácter general, a la hora de valorar la competencia respecto de demandados domiciliados en Estados UE, mientras que las reglas de derecho autónomo operarían respecto de demandados en terceros Estados (arts. 4 a 6 R. 1215). Pensemos en un art. 22 quinquies b LOPJ cuando hace competentes a los tribunales españoles “en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español” (o el art. 22 quinquies a LOPJ, que hace lo propio “en materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España”): aunque emplean criterios semejantes a los arts. 7.2 o 7.1 R. 1215, obligaciones extracontractuales y contractuales, respectivamente, son plenamente operativos respecto de demandados domiciliados en terceros Estados.

<sup>43</sup> En este sentido, Garcimartín (2014, p. 158) o Garcimartín (2015, par. VII.1), cuando entiende la utilidad del precepto anterior al cubrir ciertos casos sociológicamente relevantes.

de conexión del foro especial la residencia habitual del demandado en territorio español o la residencia habitual de ambos cónyuges en España (Garcimartín, 2015, par. VII.1.).

Tercero. Si bien puede ser legítimo copiar los criterios de competencia empleados por un instrumento comunitario, no puede olvidarse que el foro doméstico creado no es una norma multilateral, sino unilateral, de modo que tiene poco sentido proceder a una copia sin matices o sin reflexión. Es lo que sucede con la exigencia que establece el art. 22 quater c LOPJ de conceder competencia a los tribunales españoles de verificarse en España algunos de los criterios empleados en el precepto y seguidamente condicionarla al hecho de que “ningún otro tribunal extranjero tenga competencia”, que puede tener sentido en el ámbito de un Reglamento 2201/2003 que apela al juego residual de los foros de competencia domésticos, pero que no lo tiene en el ámbito del derecho nacional (Fernández y Sánchez, 2016, p. 451 y Garcimartín, 2015, par. VII.1.). Los foros especiales por razón de la materia tienen su razón de ser a la hora de poder atribuir competencia a los tribunales españoles con base en vínculos de proximidad con el ordenamiento jurídico español cuando no se verifica en territorio español el criterio de competencia general, esto es, el domicilio del demandado en España: difícilmente un tribunal español podrá conocer, de condicionar su competencia al hecho de que ningún tribunal extranjero sea competente, cuando lo habitual es que los tribunales extranjeros del domicilio del demandado (que no está en España) sí lo sean. Ello implicaría, además, que un tribunal español, competente por el art. 3 R. 2201 respecto de una reclamación de separación judicial y/o divorcio, no pudiese conocer de la liquidación de su régimen económico matrimonial, cuyos criterios de competencia en el derecho doméstico español son los mismos que para las causas matrimoniales, por el hecho de que otro

tribunal extranjero pudiera ser competente. Recuérdese, al respecto, que, dado que el legislador español trasladó los criterios de competencia del Reglamento 2201/2003 al derecho autónomo y que lo hizo sin modificar el título original de su foro de competencia doméstico (“relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges”), extendió esos mismos foros a materias que quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003, las patrimoniales, reguladas ahora por el derecho doméstico a la espera de la aplicación de los reglamentos comunitarios correspondientes<sup>44</sup>. Una condición como la referida elimina cualquier posibilidad de consideración del art. 22 quater c LOPJ, además de resultar inconsistente con los instrumentos comunitarios, lo que podría aconsejar, como mejor respuesta, su no existencia<sup>45</sup>.

Cuarto. Porque el criterio de sumisión expresa del actual art. 22 bis LOPJ, que podía tener operatividad como foro residual al hilo del art. 7 R. 2201, deja de tenerla desde el momento en que el legislador español incluyó como condición de aplicación que se trate de materias “en que una norma expresamente lo permita”, lo que no sucede respecto de las crisis matrimoniales.

Piénsese que la aplicación de los diferentes reglamentos comunitarios, que incluyen la regulación de la sumisión expresa en su articulado, deja poco margen de actuación en este ámbito al derecho doméstico, más todavía cuando estos instrumentos comunitarios tienen un carácter universal o, de no tenerlo, sí conceden excepcionalmente a algunos de sus preceptos, entre los que se encuentran habitualmente los reguladores del ejercicio de la autonomía de la voluntad, este carácter. Es lo que sucede con el art. 25 R. 1215, aplicable a las cláusulas de jurisdicción en materia civil y mercantil con independencia del domicilio de las partes (Dickinson y Lein, 2015, pp. 282-283); de los arts. 4 y 5 R. 4/2009, en

<sup>44</sup> Véanse las notas anteriores en su referencia al el *Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales*.

<sup>45</sup> Véase, sobre este punto, Garcimartín (2015, par. VII.1.), cuando estima que una lectura constitucional de la norma llevaría a una *interpretatio abrogans* de esa condición y tratarla como “un despiste legislativo que se debe tener por no puesto”. También, Fernández y Sánchez (2016, p. 451), cuando entienden que esta mención resulta “literalmente absurda en su generalidad”.

sede de obligaciones alimenticias; o del art. 5 R. 650 en materia de sucesiones internacionales. El art. 22 bis LOPJ podría operar, en consecuencia, en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges o de establecimiento de la filiación, en tanto que no hay regulación comunitaria o, habiéndola, todavía no es aplicable, como es el caso de las relaciones patrimoniales entre cónyuges; o, en lo que ahora interesa, como foro residual en materia de crisis matrimoniales operativo ex art. 7 R. 2201<sup>46</sup>.

Pues bien, al incluir el legislador español como condición de aplicación del art. 22 bis LOPJ que se trate de materias “en que una norma expresamente lo permita”, resta utilidad a este precepto al expulsarlo de los pocos márgenes libres que le quedaban por la impronta del derecho comunitario en tanto que no existe norma expresa alguna que permita el juego de la autonomía de la voluntad en esta materia (Garcimartín, 2015, par. VII.1.). Con todo, no es muy claro el art. 22 bis LOPJ a la hora de decidir en qué materias podría operar la sumisión en el derecho doméstico, esto es, en qué materias existe (o no) una norma que “expresamente lo permita”, cuando solo establece que “no surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los artículos 22 quáter, 22 quinquies, 22 sexies y 22 septies”.

Sí operaría en el ámbito del art. 22 quinquies LOPJ, dedicado a materias de corte patrimonial. Tal es así

porque el art. 22 bis.1 LOPJ dispone que “la sumisión a los tribunales españoles en las materias contempladas en las letras d) y e) del artículo 22 quinquies sólo será válida si se fundamenta en un acuerdo de sumisión posterior a que surja la controversia, o ambos contratantes tuvieran ya su domicilio o residencia habitual en España en el momento de celebración del contrato o el demandante fuera el consumidor, asegurado o tomador del seguro”, con lo que viene a establecer una limitación al juego de la sumisión expresa en materias de consumo y seguros que, *a sensu contrario*, significa su operatividad sin límites en el resto de materias de este art. 22 quinquies LOPJ, más todavía cuando este precepto viene encabezado por la expresión “en defecto de sumisión expresa o tácita y aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, los tribunales españoles serán competentes”. No operaría la sumisión expresa del art. 22 bis LOPJ, en cambio, en las materias del art. 22 quater LOPJ, dedicado al derecho de la persona y la familia, con la excepción de la materia relativa a sucesiones, donde se admite una prorrogación de foro con restricciones, entre las que se encuentran las crisis matrimoniales del art. 22 quater c LOPJ: no solo porque este artículo viene encabezado de manera distinta que el art. 22 quinquies LOPJ, al emplear el legislador el tenor de “en defecto de los criterios anteriores, los Tribunales españoles serán competentes”, también porque, frente al principio dispositivo de la materia patrimonial, el principio inquisitivo preside el derecho de familia<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Hasta la aplicación del *Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales*, que se producirá a partir del 29 de enero de 2019 (art. 69), deben seguir aplicándose las reglas de derecho autónomo español relativas a la competencia judicial internacional, la ley aplicable, y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico-matrimoniales. Por otra parte, y dado que el art. 26 R. 1215 en materia civil y mercantil no hace referencia alguna a la domiciliación de las partes en un caso de sumisión tácita, ciertos autores consideran su aplicabilidad con independencia del domicilio de cualquiera de las partes en un Estado UE (así Fernández y Sánchez, 2016, p. 89) frente a otros que entienden operativo el precepto solo respecto de demandados con domicilio en la UE (así, Garcimartín, 2014, p. 193), de modo que, en este último caso, sí podría operar el art. 22 bis LOPJ.

<sup>47</sup> Respecto de estos argumentos, véase Fernández y Sánchez (2016, p. 114), que añaden, además, la ausencia de justificación de esta limitación o ausencia del juego de la autonomía de la voluntad en materias de derecho de la persona o familia.

## Conclusiones

Tiene poco sentido proceder a una modificación tan importante de las reglas de competencia judicial internacional del derecho doméstico español como la operada recientemente como para elaborar, con carácter general, unas normas, muchas de ellas no solo muy defectuosas técnicamente, sino de recorrido muy corto o prácticamente nulo. No decimos que el anterior sistema de competencia doméstico perfilado básicamente en el art. 22 LOPJ no mereciese modificaciones (*derogatio fori*, foro de necesidad, pluralidad de demandados...), sino que las exigía de manera más puntual y menos global, en tanto que venía cubriendo las necesidades básicas que a un régimen autónomo de competencia judicial

internacional se le requiere. Lo que sucede con el art. 22 quater c LOPJ en materia de crisis matrimoniales no es más un ejemplo de lo expuesto, desafortunadamente no único (competencias exclusivas, foro relativo a las obligaciones contractuales, foro de filiación...), lo que cuestiona la bondad de una reforma tanto a nivel global como puntual, más todavía cuando, a nuestro entender, no mejora necesariamente el régimen anterior de competencia judicial internacional, tampoco y en lo que ahora interesa, en sede de causas matrimoniales. No resulta extraño pensar, pues, que para este viaje tal vez no hacían falta tantas alforjas.

## Referencias

- Amores Conradi, M. (1989). La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ. *REDI*, 41, 113-156.
- Ancel, B. & Muir Watt, H. (2010). Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. *Rev. cr. dr. int. pr.*, 3, 457-484.
- Arenas García, R. (2004). *Crisis matrimoniales internacionales (nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español): De Conflictu Legum*. Santiago de Compostela: USC.
- Borrás Rodríguez, A. (1998). Informe Explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial. DOUE C 221/27, de 16 de julio de 1998.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. (2014-2015). *Derecho internacional privado II* (15ª ed.). Granada: Comares.
- Cano Bazaga, E. (2002). El derecho de familia comunitario: la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental. *Anuario de Derecho Europeo*, (2), 67-89.
- Dickinson, A. & Lein, E. (Eds.). (2015). *The Brussels I Regulation Recast*. Oxford.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S. (2016). *Derecho internacional privado* (9ª ed.). Madrid: Civitas, Thomson Reuters.
- Garau Sobrino, F. (2011). Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias. ¿Hacia un Derecho internacional privado extravagante? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3 (2), 130-144.
- Garcimartín Alférez, F.J. (2012). *Derecho internacional privado*. Madrid: Civitas, Thomson-Reuters.
- Garcimartín Alférez, F.J. (2014). *Derecho internacional privado* (2ª ed.). Madrid: Civitas, Thomson-Reuters.
- Garcimartín Alférez, F.J. (28 de septiembre de 2015). La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. *Diario La Ley*, (8614) pp. 1-8.

- Gaudemet-Tallon, H. (2001). Le Reglement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: «Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs». *Journ. dr. int.*, 2, 381-430.
- González Beilfuss, C. (2001). La adaptación de las normas de competencia territorial: arts. 50, 52 y 54 de la nueva LEC. *AEDipr.*, 339-363.
- González Beilfuss, C. (2012). Nota al AAP de Madrid (Sección 24) de 1 de junio de 2011. *REDI*, 208-211.
- González Beilfuss, C. (2011-2013). La nulidad, separación y divorcio en el Derecho Internacional Privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable. *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2011-2013*, 135-194.
- Orejudo Prieto de los Mozos, P. (2014). Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional). *La Ley Unión Europea*, 5-22.
- Palao Moreno, G. (2014). Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad. En *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2013* (pp. 451-531). Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.
- Pérez Martín, A.J. (2000). Art. 769. En A.M. Lorca Navarrete (Dir.). *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (pp. 4077-4085). Valladolid: Lex Nova.
- Requejo Isidro, M. (2008). Regulation (EC) 2201/03 and its personal scope: ECJ, November 29, 2007 Case C-68/07, Sundenlind López. En A. Bonomi & P. Volken (Eds.). *Yearbook of Private International Law* (pp. 579-591). Sellier European Law Publishers.
- Rodríguez Pineau, E. (2004). Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España. *AEDipr.*, 261-286.
- Rodríguez Vázquez, M.A. (2010). La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 19, 1-30.
- Sabido Rodríguez, M. (2013). La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea: Su proyección en Derecho Internacional Privado español. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 499-534.
- Sánchez Jiménez, M.A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (jurisdicción y ley aplicable)*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J. (2007). *Derecho procesal civil internacional: litigación internacional* (2ª ed.). Madrid: Civitas.

**Javier  
Facco**

**Universidad  
Nacional de  
Rosario, Argentina**

javierfacco@yahoo.com.ar

Recibido: 17.01.18

Aceptado: 07.07.18

## **Apuntes sobre la *aequitas* en la tradición canónica medieval**

### **Notes about *aequitas* in the Medieval Canonical Tradition**

**Resumen:** La equidad surge en la Edad Media como concepto clave para intentar la unidad jurídica y del derecho en el contexto de una sociedad en la que la Iglesia impregna todo el ordenamiento humano desde el derecho canónico. El concepto dicho, que se muestra notablemente polivalente, se irá decantando con significados analógicos e irá permeando también el derecho “secular”. Así, en la alta Edad Media, la *aequitas* —con justificada pretensión de ordenar la realidad en su conjunto— será principio inspirador del orden social al hacer posible conservar la paz y la concordia.

**Palabras clave:** *Aequitas canonica*; derecho canónico medieval; historia del derecho canónico.

**Abstract:** Equity arises in the Middle Ages as a key concept as an intend to achieve judicial and law unity. Equity appeared in a social context where the canon law influenced the whole the human code. The aforementioned concept, outstanding for its versatility, would start to be polished by analogical meanings, and it will also permeate the “secular” law. Furthermore, equity has the justified pretention of ordering society as a whole. In that way, *aequitas* will be the inspiring beginning of the social order as it will keep peace and concord.

**Keywords:** *Aequitas canonica*, Medieval canon law; canon law history.

El *ius commune* ha sido la elaboración jurídica más conspicua de la baja Edad Media (siglos XI-XV) y considerado el *substractum* jurídico general de Europa occidental (Margadant, 1986, p. 146). El mismo se forjó sobre la base del derecho romano justiniano y del derecho canónico, sus dos componentes principales, gracias a la labor académica de civilistas y canonistas cuyo centro residió en las *Universitates* (a su vez, vinculadas al desarrollo de la civilización comunal).

En todo caso, como lo advierte Ennio Cortese, el *ius commune* es una expresión cargada de ambigüedades, entre otros factores, dado el carácter dual de este conjunto no exento de tensiones en la difícil tarea de compatibilizar sus dos ingredientes constitutivos, habida cuenta de la diversidad de origen (distintas fuentes y ordenamientos en los que abrevaba cada una de sus partes) y de los diferentes

territorios a los que se aplicaba o se pretendía aplicar tal denominación (Cortese, 2013)<sup>1</sup>.

Al margen de esta necesaria advertencia en la reconstrucción histórica del concepto, en un plano puramente ideal y dogmático su configuración fundada en la relación entre *leges romanas* y cánones eclesiásticos responde a la analogía con el estrecho vínculo mantenido en la concepción cristiana entre cuerpo (derecho romano) y alma (derecho canónico). Bartolo de Saxoferrato, por ejemplo, sostenía que el primero le prestaba autoridad al derecho común, mientras que el segundo le confería santidad. Así como la vida humana en la concepción medieval solo era perfecta por la armonía entre cuerpo y espíritu, el *utrumque ius* (uno y otro derecho) era el reflejo normativo de la *utrumque vitae* (una y otra vida: terrenal y eterna).

Un dato cierto es que la expresión *ius commune* pone de resalto la dicotomía entre un plexo de normas generales (no ciertamente homogéneas), por un lado, y los derechos particulares/especiales/locales (de origen estatutario o consuetudinario), por el otro (Cortese, 2013, p. 823). La compleja dialéctica entre ambos se resolvía asignando una función supletoria al *ius commune*, conforme a la cual oficiaba de ordenamiento subsidiario de los *iura propria* (nótese la importancia del uso del plural en esta expresión), es decir, restando como depositario

de reglas, conceptos, *rationes* y principios disponibles para la resolución de los casos cuando la ausencia de alguna norma especial o local lo aconsejaba.

De las diversas soluciones que ofrecían ambos derechos, los juristas medievales en muchas ocasiones prefirieron las canónicas, toda vez que el antiguo derecho justiniano había devenido anacrónico en ciertas materias a la luz del sentir de la época. En efecto, el derecho canónico representaba un modelo más actual y adaptado, fruto del estudio de los canonistas de Bolonia. Cabe tener presente que este derecho canónico no se limitó a regular materias eclesiásticas, sino que, en virtud del poder indirecto que ejercían los papas en orden a la salvación de las almas, abordó además cuestiones temporales<sup>2</sup>.

Ahora bien, conviene primero trazar un sucinto diagnóstico del contexto cultural imperante en los primeros siglos de la Edad Media, que se caracterizó por el quiebre de la unidad política, la dispersión normativa y la consecuente superposición de ordenamientos jurídicos vigentes. La resultante de todo ello se concretó en una respuesta de la Iglesia que intervino en materias seculares con el fin de uniformar y clarificar el derecho aplicable e infundió a este efecto una sólida doctrina moral que debía ser observada por todos los fieles.

<sup>1</sup> Nótese cómo este autor enseña que la concepción de matriz idealista propuesta por Francesco Calasso desde 1934 proyecta la imagen dogmática sobre el plano histórico y a partir de allí postula un sistema de *ius commune* universal destinado a imperar sobre todo el mundo cristiano desde los comienzos del segundo milenio. Añade Cortese que semejante trasposición podría ser adecuada para el *Regnum Italiae* que Calasso toma como modelo para su reconstrucción (en el territorio del centro-norte de la península itálica donde los dos cetros, real e imperial, estaban concentrados en la misma mano, y, por lo tanto, el *corpus* justiniano podía transformarse en el nuevo derecho común cuando allí se aceptaba sin discusiones su vigencia). Empero, en otros ambientes (tales como las Galias, la península ibérica, Inglaterra e incluso en el Reino de Sicilia), en los cuales la legitimación *ratione Imperii* de las *leges* entraba en conflicto con la plena soberanía de esos reinos, la aplicación de estas en tanto *ius commune* no podía ser acogida tan fácilmente.

<sup>2</sup> La salvación de las almas era una preocupación central para el hombre medieval y ha tenido hondas repercusiones en todas las dimensiones de su existencia. Al respecto puede verse: Campitelli, A. (2007). *Europeenses: Presupposti storici e genesi del diritto comune*. Bari: Cacucci; Ascheri, M. (2007). *Il diritto dal Tardo Impero romano all'Alto Medioevo* (extracto de M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto medievale*). Turín: Giappichelli; y, para un cuadro sistemático y ampliamente documentado del periodo *subexamine*: Calasso, F. (1954). *Medio Evo del Diritto*, 1, Milán: Giuffrè. Hay un estudio específico del derecho italiano en Di Simone, M. R. (2007). *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*. Turín: Giappichelli.

## 1. Fractura de la unidad político-jurídica y profusión de ordenamientos vigentes en la alta Edad Media

En el curso de algo más de mil años, entre la caída del Imperio romano de Occidente (476 d.C.) y el primer desembarco de los conquistadores en América (1492 d.C.), no se conoce el desarrollo de ordenamientos jurídicos unitarios en Europa. Sin embargo, esta situación fue más acuciante durante la alta Edad Media (siglos V-X), cuando luego de las invasiones bárbaras se recibieron múltiples instituciones y leyes nacidas de exigencias disímiles (*diversitas legum*) (Gatto, 2003, p. 145).

Con la caída del Imperio romano de Occidente, Bizancio resta como la heredera de Roma (*romanorum legum*), tal como lo atestiguan el *Codex Theodosianum* (438-439 d.C.) y en el siglo sucesivo la compilación justiniana. En la península itálica, por ejemplo, la introducción de los códigos de Justiniano constituyó un problema sumamente complejo que no resulta fácil abordar en esta sede. Sin embargo, es posible fijar una fecha como verdadero *terminus* inicial de su vigencia en el territorio italiano: la *Pragmatica Sanctio* del 13 de agosto del año 554, cuando por expreso requerimiento del papa Vigilio (*pro petitione Vigili*) la península (que había sido reconquistada durante un breve tiempo por los bizantinos con lo que se restauró la autoridad imperial) acoge en su versión más actual el derecho que anteriormente había tenido origen en Roma (Schipani, 2005, p. XV). Empero, será efímero este retorno del derecho romano en Italia,

pues en el año 568 d.C. bajo la dominación de los longobardos comenzará un difícil y dramático episodio (Gatto, 2003, p. 146)<sup>3</sup>.

Así fue que los distintos dominadores introdujeron las fuentes de sus propios derechos. Tal es el caso de las denominadas leyes romano-bárbaras (*lex romana Visigothorum* y *lex romana Burgundiorum*), aunque diluidas por la presencia de algunos resabios del derecho romano del período precedente. Por su parte, Teodorico “el Grande” (493-526 d.C.) con su *Edictum* del año 503, a diferencia de la *lex* adoptada por los visigodos y borgoñeses, propone una *lex* derivada del *ius edicendi* que le fuera conferido por el emperador de Oriente, respecto de quien se reputa *Magistratus*<sup>4</sup>.

La ruptura jurídica se consumará definitivamente con el cuerpo de normas introducidas por los longobardos, cuando el rey Rotario (*rex gentis Langobardorum*) promulga el edicto conocido con su nombre el 22 de noviembre del año 643. Esta fue la más completa de las legislaciones bárbaras, donde se condensó una suma de leyes cuyo significado se encontraba ligado casi totalmente a la cultura y civilización germánica, más allá de que la obra haya sido el resultado de la labor de compiladores romanos y eclesiásticos<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> En este sentido precisa con agudeza S. Schipani (2005, p. XV): “[F]atti storici e istituzionali diversi, e in primo luogo il regno dei Longobardi, con la sua capitale a Pavia, conquistata nel 572, rallentarono questo superamento in parte della penisola che risultò divisa, e ne resero la vicenda più articolata”. Para profundizar sobre la influencia ejercida por el derecho bizantino en el territorio itálico remitimos a Brandileone (1929).

<sup>4</sup> A este respecto puntualiza Gatto (2003, p. 146) que fue bien diversa la finalidad perseguida por Teodorico, quien intentó fusionar la condición jurídica de romanos y bárbaros. Así, en el *Proemio* del *Edictum Theodorici regis* subraya que *barbari romanique* debían observar por igual las normas del edicto. El mismo fue una excepción frente a las otras leyes romano-bárbaras, ya que se apartaba del principio de personalidad y consagraba el de territorialidad. Esto no era casual considerando que tenía por principal objeto regular problemas territoriales en los lugares donde convivían romanos y bárbaros.

<sup>5</sup> El edicto de Rotario fue la primera recolección escrita de leyes de los longobardos. Redactado en latín pero con muchas palabras lombardas (con inflexiones latinizadas), es un importante documento para el estudio de esta lengua. Según el principio de la personalidad de la ley, el edicto era solo aplicable a la población italiana de origen longobardo; la de origen romano seguía rigiéndose por el derecho codificado en el Digesto. En esencia, el edicto de Rotario buscaba recomponer las relaciones entre ciudadanos sustituyendo las venganzas privadas (*faidas*) por resarcimientos o compensaciones pecuniarias. Para mayor detalle véase A. Cavanna (1968); M. Tosi (1982) y, en especial, G. Astuti (1975).

Un primer intento de restablecer la unidad política que se había fragmentado desde la caída de Roma, aunque de breve duración, se registra a partir de la fundación del Sacro Imperio Romano, cuando en la Navidad del 800 el pontífice León III coronó emperador al rey de los francos Carlo Magno. Desde este momento se otorgan una serie de *Capitularia*<sup>6</sup> que se adicionaban a las leyes populares de ciertos reinos (*Capitula legibus addenda*)<sup>7</sup> y a cuya observancia se encontraban obligados todos los súbditos del Imperio. El objetivo era asegurar la unidad política, sometiendo a todos los individuos que habitaban los territorios del Imperio a una organización administrativa uniforme<sup>8</sup>. El emperador encarnaba no solo las atribuciones propias del poder secular, sino que además se auto-titulaba el representante de Dios en la tierra y, por lo tanto, su competencia pretendía extenderse a materias espirituales, aunando así la suma de prerrogativas tanto en el campo civil como religioso.

Veamos, por ejemplo, el *Capitula italicum* que recoge los *capitularia* carolingios relativos al Reino itálico (*Regnum italiae*) (Cortese, 2000, p. 142). En él se evidencia la necesidad de contemporizar la ley en función de los territorios y los pueblos a los cuales resultaba aplicable, dado el contraste entre las numerosas leyes populares y el complejo unitario imperial<sup>9</sup>. En todo caso, la tensión entre la ansiada unidad política y el particularismo jurídico favoreció una compleja articulación de la cual brotarán los primeros gérmenes del *ius commune* en el tentativo de subvenir a las peculiares exigencias y aspiraciones de los diversos pueblos<sup>10</sup>. No obstante, los tiempos todavía no habían madurado lo suficiente y será recién cuando las estructuras eclesiásticas logren consolidarse e institucionalizarse que podrá hablarse de un orden jurídico más o menos unitario en el mundo medieval. Así, a inicios del segundo milenio de la era cristiana, a la par del florecimiento del derecho civil, comienza a darse un desarrollo orgánico del ordenamiento jurídico eclesiástico<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Los soberanos carolingios tuvieron una relevante producción normativa, pese a las escasas exigencias de una vida simple como la de entonces. Sus normas eran designadas con el término *capitularia*, porque no aparecían aisladamente como preceptos singulares, sino bajo la forma de series más o menos extensas (y no siempre homogéneas) de breves capítulos. Con ello se habría operado un cambio radical en el lenguaje legislativo y así, la palabra *lex* quedó reservada para indicar los complejos normativos populares, desapareció el vocablo *edictum* y se atenuó gradualmente el uso de *decretum* o *decretio*, *praeceptum* o *praeceptio* (nombres provenientes de la Antigüedad romana) (Cortese, 2000, p. 128).

<sup>7</sup> Los *capitularia* fueron especificándose (en particular luego de la muerte de Carlo Magno en el año 814) en categorías diversificadas según su función. Los *capitularia ecclesiastica* contenían providencias relativas al clero, las iglesias y los monasterios (y se oponían a los *capitularia mundana* que se referían al mundo laico); los *capitularia missorum* establecían las instrucciones que debían observar los *missidominici* (funcionarios enviados a la periferia para representar al soberano en tareas de gobierno, jurisdicción y control); y los *capitularia legibus addita* o *addenda* tenían la importante finalidad de modificar y actualizar (*rectius*: adaptar a la voluntad del soberano) las *leges* populares ancestrales (fundadas en viejas costumbres y tradiciones de diversos grupos étnicos germanos) (Cortese, 2000, p. 127). Para ampliar sobre el punto, ver Ganshof (1958), con una tabla de los *capitularia* estudiados y un índice alfabético general; y Astuti (1958), la voz *Capitolari*.

<sup>8</sup> En términos generales, el intento unificador es puesto de relieve por Schipani (2005, pp. XV-XVI), cuando explica que la coronación como emperador de Carlo Magno: "... aveva posto in movimento una dinamica unificatrice di quell'agglomerato di popoli e istituzioni che si era venuto concentrando sotto il potere del sovrano franco, dinamica che apriva alla riflessione sulla prospettiva della *lex communis*, e quindi della *lex Romana*".

<sup>9</sup> En este sentido, Agobardo, siendo obispo de Lyon en el año 813, en una epístola dirigida a Ludovico Pio (*Liber Apologeticus Pro Filiis Ludovici Pii Imperatoris Adversus Patrem*) manifiesta su preocupación por dicha cuestión, individualizando la contraposición entre la pretendida unidad imperial y la pluralidad de normas vigentes. A fin de superar el contraste jurídico derivado de la *diversitas legum*, Agobardo propone elegir la *lex Francorum* como *communis lex* tanto para los itálicos como para los germanos (Gatto, 2003, p. 147), (Cortese, 2000, p. 139). Sobre la controversial figura de Agobardo *vid.* Bressolles (1949) y Rubellin (2003).

<sup>10</sup> Concluida la experiencia del Imperio carolingio en el año 843, una nueva tentativa de unificación política se dio con la coronación de Otón I el Grande en el año 962, y la problemática que derivó definida como *renovatio* o *traslatio Imperii de Grecis in Germanos*.

<sup>11</sup> Entre los siglos XI y XII se constata una primera sistematización de la producción normativa de matriz eclesiástica, de la cual son un patente ejemplo la *Lex romana canonice compta*, la *Collectio Anselmo dedicata* y el *Decretum di Burcardo*. Además hay una notable actividad normativa con las *collectiones* de Anselmo de Lucca, del cardenal Deusdedit y de Bonizone de Sutri. Así quedarán sentadas las bases del derecho canónico, cuyos estudios se revelarán con gran fervor especialmente en Italia y Francia (en esta última sobre todo a partir de Ivone di Chartres, a quien se le atribuyen tres *collectiones*: el *Decretum*, la *Panormia* y la *Tripartita*, surgidas entre fines del siglo XI e inicios del siglo XII).

## 2. La polémica entre Martino y Búlgaro en torno a la relación *ius/aequitas*

Religión y fe han tenido decisiva importancia durante la *Media Aetas*. Los predicamentos morales de la Iglesia abrazaban la vida del hombre en todas las dimensiones de su existencia y entraron a formar parte de la doctrina cristiana como imperativos de la conducta humana. Entre tales postulados ético-jurídicos de la doctrina cristiana, orgánicamente proclamada y sostenida por la Iglesia<sup>12</sup>, tenía asignado un rango primordial la *aequitas*, concebida como el principio fundamental inspirador del orden social<sup>13</sup>.

Es oportuno ahora recordar una polémica surgida en el seno de la Escuela de Bolonia entre dos célebres doctores que sucedieron a su fundador, Irnerio<sup>14</sup>. Se trata de la discusión entre Martino y Búlgaro con respecto al problema de la relación entre equidad y derecho, a la cual ambos juristas deben su fama.

Búlgaro sostuvo una posición que predicaba la observancia rígida del *ius scriptum*, sin consideración

alguna a la gravitación normativa que podía tener el concepto de *aequitas*. Martino, por el contrario, partiendo de una idea metajurídica de la equidad, afirmaba su predominancia absoluta sobre las reglas positivas y, por ende, reconocía al juez amplísimas facultades para no tener en cuenta tales reglas (si eran contrarias a los principios equitativos) y para crear libremente otras nuevas (Piano- Mortari, 1979, p. 62).

La diferencia de fondo entre Búlgaro y Martino estaba dada por el hecho de que el primero presuponía la equidad como inherente al *ius*, mientras que el segundo pretendía ejercitar sobre el *ius* un control equitativo externo y heterónimo. Este control, sin embargo, no debía ser realizado mediante la superposición de un abstracto concepto de equidad extraño al complejo del *ius civile*, sino por medio de una noción prudentemente inferida de las normas justinianas (Piano-Mortari, 1979, p. 63)<sup>15</sup>. La *aequitas*, así, daba lugar a la formación de un sistema orgánico, animado por un perenne y uniforme

<sup>12</sup> En la Antigüedad tardía —enseña Schipani (2005, p. XVIII) (*premissa*)— las recopilaciones de textos jurídicos de sello cristiano se limitaron a los actos legislativos (cánones, concilios, decretales, etc.), mientras que a partir de la *Concordia discordantium canonum*, conocida como *Drecreto de Graciano* (c. 1140), el objetivo de armonizar dichos textos expresa la adopción de un método y actividad doctrinal que se concreta en la construcción de casos de escuela, tanto en los *dicta Gratiani*, como en las conexiones con textos de derecho romano.

<sup>13</sup> En el Medioevo se entiende que la función del derecho no debía ser simplemente utilitaria, sino tender a la realización de una justicia efectiva y universalmente compartida. En Roma, el término *aequitas* aludía a la *praxis* de recurrir a los remedios no escritos propuestos por los juristas y aplicados por el pretor para la solución de las controversias (D. 1,1,7,1 [Papiniano *libro II. Definitionum*] donde se define el *ius praetorium* u *honorarium* por sus funciones supletorias y correctivas: *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum* [El derecho pretoriano es aquel que los pretores introdujeron para complementar o suplir o corregir (enmendar) el derecho civil, por razones de pública utilidad. También es llamado derecho honorario en virtud del honor que supone el encargo de los pretores].

<sup>14</sup> Con Irnerio se considera que nace la Escuela de Bolonia (o de los glosadores) en la segunda mitad del siglo XI. Las enseñanzas de Irnerio fueron proseguidas por los “cuatro doctores”: Búlgaro (“boca de áureas sentencias”), Martino (“del gran conocimiento de las leyes”), Hugo (“que capta el espíritu de las leyes”) y Giacomo o Iacopo (designado por el propio Irnerio como su sucesor); quienes continuaron el magisterio de su fundador y permitieron que la escuela no quedase reducida a un fugaz episodio ligado exclusivamente a su persona. (Schipani, 2005, p. XVI; Cortese, 2000, p. 261).

<sup>15</sup> Es oportuno recordar el tipo de actividad que realizaban los glosadores. Ellos —enseña Schipani (2005, p. XVI)— trabajaban aclarando los textos de Justiniano con anotaciones al margen (*glossae*) que explicaban el sentido de las palabras utilizadas, mediante una red de llamadas y cotejos con otros usos presentes al interior de la obra de Justiniano. Luego, estaban los casos expuestos, reformulados y examinados (*casus*), las reglas que podían colegirse de ellos (*regulae*), e inclusive breves síntesis a modo de epílogo (*summae*). El texto resultaba así envuelto en una serie de escolios sobre la base de vinculaciones (principalmente con otros puntos del mismo) que orientaban su lectura e interpretación. Del texto asimismo se inferían los *dogmata*, es decir —en palabras de Azón— los *principia et radices super quibus regulariter constituitur fundamentum*. La *Glossa* de Acursio (año 1260) concluye esta época reuniendo y fijando los frutos de un siglo de ingente esfuerzo doctrinario.

carácter racional<sup>16</sup>.

La representación más acotada y eficaz del valor de la *aequitas* canónica está contenida en el lacónico enunciado *nihil aliud est aequitas quam Deus* [nada más es la equidad que Dios], cuya autoría habría correspondido al propio Martino, su defensor más férreo<sup>17</sup>. Dicha expresión se inserta en el fragmento que en lo pertinente transcribimos:

*...quia iusticiae fons et origo est aequitas, videamus prius quid sis aequitas. Aequitas est rerum convenientia quae in paribus causis paria iura desiderat. Item Deus, qui secundum hoc quod desiderat, aequitas dicitur. Nichil autem est aequitas quam Deus. Si talis aequitas in voluntate hominis est perpetuo, iusticia dicitur. Quae talis voluntas redacta in praeceptionem, sive scripta, sive consuetudinaria, ius dicitur.*

[Toda vez que la equidad es fuente y origen de la justicia, veamos en primer lugar en qué consiste. La equidad es aquella armonía de hechos que exige un igual tratamiento jurídico para quienes se encuentran en paridad de condiciones. Dios mismo puede ser

calificado como equidad. La equidad, en efecto, no es otra cosa que Dios. Esta equidad deviene justicia en el momento en el cual la voluntad humana se apropia de ella. Voluntad que, si se concreta en preceptos (escritos o transmitidos por la tradición oral reiterada por el uso), viene considerada derecho].

El pasaje citado expresa las aspiraciones de la civilización medieval de constituirse bajo un orden unitario. Y esto se realiza mediante un mecanismo donde Dios es la garantía de dicho orden y la equidad la dimensión ordenadora, es decir, el instrumento de la acción divina que desciende gradualmente desde el plano metafísico (representado por la divinidad), pasando por el físico (las cosas, la naturaleza) hasta llegar al nivel de lo humano (la voluntad de los hombres). La equidad se traduce en justicia (es su fuente u origen) y se manifiesta, en definitiva, en un sistema de normas escritas o consuetudinarias (el orden normativo)<sup>18</sup>. En suma, la equidad impregna el universo cósmico e histórico con lo que se llega al extremo de afirmarse que “todo es *aequitas*” (Dios, la naturaleza, la justicia y el derecho) (Grossi 2004, p. 176, nt. 125)<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Sin embargo, Azón endilgó a Martino el hecho de extraer la noción de equidad arbitrariamente de su propia conciencia, de inventarla *ex ingenio suo*; de sostener, en fin, una equidad personal *in corde retenta*, una *aequitas ficta, bursalis* y *capitanea* (destinada a prevalecer sobre la ley). Esta imagen de la “equidad gosiana” gozó de predicamento en la historiografía desde el siglo XVIII y fue canonizada por Savigny (Cortese, 2000, p. 262).

<sup>17</sup> Ha sido Kantorowicz (1938, p. 53) quien atribuyó la expresión *nihil aliud est aequitas quam Deus* al glosador Martino Gosia.

<sup>18</sup> Adviértase que el pensamiento de Martino es coherente con el método de la escuela de los glosadores. Apunta Cortese (2000, p. 262) que preferir la *aequitas* canónica al *rigor* secular en ciertos institutos significaba aplicar los mecanismos del *utrumque ius*, es decir, la integración del derecho civil y del canónico en el sistema unitario del *ius commune*. En análogo sentido, la labor de *interpretatio* actuada por los juristas medievales ha sido concebida como un “...momento di sutura tra autorità e ragione, e tra logica ed *aequitas*” (Gambaro & Sacco, 2008, p. 188).

<sup>19</sup> La noción medieval de *aequitas* no es un mero concepto ético, sino la misma linfa del ordenamiento que impregna la ley, la obra de los intérpretes y la resolución de los juicios, y que coincide con el orden o estructura de la realidad tal como ha sido querida y creada por Dios: *aequitas in rebus ipsis percipitur* [la equidad se capta, se deduce de la naturaleza misma de las cosas] (Cortese, 1964, p. 30, nt. 71).

### 3. El orden unitario medieval y la *aequitas* cristiana

Es momento de precisar el alcance de la *aequitas* según el parecer de los juristas medievales seguidores de la dirección doctrinaria inaugurada por Martino. Según esta corriente, amén de la *aequitas* positiva (expresamente acogida en el ordenamiento por el legislador [*aequitascripta* o *constituta*]), era imperativa (*cogente*) aquella que —aunque no estuviere codificada (*aequitasrudis*)— al menos podía ser inferida por analogía de otras *leges* (Cortese, 1964, p. 32, nt. 12-13).

Empero, fuerza recordar que el procedimiento interpretativo analógico se encontraba previsto de manera explícita por Justiniano y, por lo tanto, era un principio interno del derecho vigente. Por consiguiente, la equidad que podía prevalecer sobre el *ius strictum* en todo caso podía ser considerada en sentido lato una *aequitas* positiva; pues, aunque fuera *non scripta*, nunca se hallaba determinada sobre la base de principios creados libremente por el intérprete, sino extraídos de las leyes por medio de regulares procedimientos hermenéuticos previstos en el ordenamiento normativo (Piano-Mortari, 1979, p. 65)<sup>20</sup>.

Con tales alcances la *aequitas* tenía asignado un valor central en el pensamiento medieval, hasta el punto de que se ha afirmado que la idea de un *ius naturale* impreso por Dios en las conciencias de los hombres *semper aequum ac bonum* y por tanto inmutable e inviolable,

debía representar el punto más firme que —frente al derrumbe de la civilización antigua— podía ofrecer el canon eterno de lo justo y de lo injusto. Encuadrado este concepto en el sistema normativo concebido por la Iglesia, la idea cristiana se acentúa y perdura como dominante, mientras que paralelamente las tendencias helénicas irán destiñéndose y perdiendo fuerza (Calasso, 1954, p. 333)<sup>21</sup>.

Tales exigencias ideales que provenían de un estado de cosas concreto, se reflejaron claramente en la nueva *aequitas* que exalta la Iglesia<sup>22</sup>. La *aequitas* para la Iglesia no importa solamente —como a menudo se piensa— un sentimiento de bondad, moderación e indulgencia que atempera el rigor de la ley escrita, sino además un principio de orden gobernado por una *ratio* (*aequitatis ratione*) (Calasso, 1954, p. 334).

Es muy importante este concepto de “orden” (*ordo*) que entraña la *aequitas* cristiana. Evidentemente la *aequitas* así concebida desempeñaba un rol directivo innegable, por cuanto servía para asegurar la unidad del sistema y justificaba el control ejercido por la Iglesia sobre el mismo. Con una expresión muy gráfica se ha dicho que la *aequitas* hacía las veces de “anillo de conjunción” entre el derecho natural y el derecho civil en el marco de un sistema normativo unitario (Cortese, 2000, p. 271).

<sup>20</sup> El autor arriba a otra conclusión: presuponiendo que dentro de tales límites deben ser comprendidas las posiciones de Martino, no puede sorprender “...la insistenza, in altrepole, sulla certezza dell'*aequitas munita di adminicula*, riferibile chiaramente a concetti predisposti dal diritto positivo” (p. 66).

<sup>21</sup> El autor recupera la idea de *aequitas* como uno de los cimientos sobre los que se ha edificado el sistema de derecho común en los siglos XII-XV. El período áureo de esta construcción arranca con el surgir de la nueva figura del jurista integral (no solo civilista o canonista), experto *quo ad utrumque ius* (Calasso, 1966, p. 68).

<sup>22</sup> En el pensamiento medieval la equidad se presentaba también en la tradición retórica bajo la especie de un par de definiciones. La primera proviene de Cicerón (*Topica*, 4,23), quien la define como un principio de igualdad o proporcionalidad (*aequitas = aequalitas*) que exige identidad de tratamiento jurídico en presencia de idénticas *fattispecie* concretas (*in paribuscausis paria iura desiderat*). La segunda, que aparece en los antiguos tratados medievales y en las célebres *Questiones de iuris subtilitatibus* (obra jurídica de paternidad ignota, pero atribuida a Iñerius en la edición de Fitting, H. (1894). *Questiones de iuris subtilitatibus des Iñerius* (Reimpresión de 1977). Berlín: Walter de Gruyter & Co., p. 54 [I, 3]), describe la *aequitas* —en sentido particular— como la correspondencia del acto jurídico con su causa; en lenguaje actual se podría decir, con el esquema típico de la *fattispecie* (v.gr., si el vendedor entrega la cosa, la equidad exige que el comprador pague el precio, y viceversa). Esta “causa natural” no es una creación de la ley sino reside en los hechos mismos, en la “naturaleza” de las relaciones, es expresión en suma del derecho natural. Los doctores medievales designaban a esta especie, *aequitas rudis* (“en bruto”), y era tarea del legislador darle forma, dotarla de autoridad y comprenderla en el acto volitivo (la ley). Así, la *aequitas rudis* se convertía en *aequitas constituta* y transformaba el derecho natural en derecho civil (*Topica* 2,9). Para todo Cortese (2000, p. 270).

En suma, se trataba de un elemento positivo y constructivo, sobre el cual la Iglesia enseñaba que debía fundarse el gobierno de los pueblos y en cuyo nombre se condenaban las injusticias cometidas por los hombres. En otras palabras, *aequitas* era el principio en virtud del cual podía ser conservada la paz y la concordia; evocaba una justicia que respondía a los preceptos divinos (proclamada solemnemente por un sínodo de la edad carolingia como *aequitas et iustitia populi christiani*). Así, con frecuencia se aprecia en documentos eclesiásticos (e inclusive seculares) el empleo de binomios como: *iustitia et aequitas*, *veritas et aequitas*, *aequitas et ratio* (Calasso, 1954, p. 334).

Ya en los albores del cristianismo de época visigoda, luego del derrumbe del Imperio romano de Occidente, Isidoro de Sevilla (c. 556-630 d.C.)<sup>24</sup> definía como *aequus* aquello que *est secundum naturam iustus dictus* (*Originum sive etymologiarum libri viginti*, X, 7) (Palazzo, 2002, p. 41). Integrando esta definición con la de *lex* y de *consuetudo*, aparece esencialmente formulado el concepto de *aequitas* prohijado por la Iglesia, donde *secundum naturam* equivale a *secundum Deum*. La *aequitas*, en suma, es la adecuación final de cada norma humana al precepto de Dios, por la actuación de la *iustitia* sobre la Tierra (Calasso, 1954, p. 336)<sup>25</sup>.

## 4. Carácter emblemático del *iudicium aequitatis*

La concepción medieval, fundada en la necesidad de que el derecho positivo no estuviera en contradicción con los valores éticos y religiosos del cristianismo, determinó que el *ius* quedara subordinado a la *aequitas*. En los *capitularia* carolingios encontramos ya afirmada la exigencia de racionalidad (*rationabilitas*) a la cual debía someterse el legislador, quien debía inspirarse tanto en la justicia como en la razón para dar fundamento a las leyes<sup>26</sup>.

Este efecto omnicompreensivo de la *aequitas* cristiana ya viene icásticamente representado por un instituto cuyos orígenes se remontan a la alta Edad Media: el *iudicium aequitatis*<sup>27</sup>. En el Imperio carolingio esta modalidad de juzgamiento se desarrollaba en el *Palatium regis*: el tribunal que debía pronunciarse de manera definitiva en las litis que habían sido resueltas anteriormente por otros jueces. Las causas sometidas

<sup>23</sup> Así, la *iustitia* coincide con la *divina voluntas*: *Divinam voluntatem vocamus iustitiam* [a la Divina voluntad llamamos justicia]; y de la *iustitia* la *aequitas* es la *fons et origo* [fuente y origen], conforme se lee en una glosa de la época (Fedele, 1966, p. 148).

<sup>24</sup> En época visigoda fue notable la influencia de las *Etymologiae*. En España sirvieron de base para la enseñanza y en el resto de Europa constituyeron un documento clave para conocer la cultura latina. Sin embargo, comparando los extractos que evidencian su fondo romanista con las colecciones justinianas o con obras anteriores de la jurisprudencia romana, se aprecia un retroceso en términos cualitativos. Con todo "...gracias a ese pequeño compendio se conservó en gran parte el conocimiento del Derecho romano en la primera parte de la Edad Media" (Riaza, 1998, p. 32; Riaza, 1932).

<sup>25</sup> Y coherentemente con ello, la *fides* era concebida por Isidoro de Sevilla como lealtad a la palabra dada (*fit quod dicitur*), siguiendo las huellas de Cicerón (*De officiis* 1,7,23; *De re publica*, 4,7,21; *Ad familiae* 16,10,2) y luego de San Agustín (*Sermones* 49,2: *fides appellata est ab eo quia fit quod dicitur* [se ha llamado *fides* por el hecho de que se hace lo que se dice]). En este sentido, en un fragmento de las *Etymologiae* (8,2,4) se afirma que: "*Nomen fidei inde est dictum, si omino fiat quod dictum est au t̄promissum, et inde fides vocata ab eo quod fit illud quod inter Deum et hominem hinc et foedus* [Se ha dado el nombre de *fides* cuando se ha llevado a cabo totalmente lo que se ha dicho o prometido y por eso se ha llamado *fides*, por el hecho de que se hace aquello que se acordó entre uno y otro, por ejemplo entre Dios y el hombre: de aquí también *foedus*]".

<sup>26</sup> A este respecto Piano Mortari (1979, p. 27) recuerda que el requisito de la *rationabilitas*, es decir, de la conformidad de la costumbre a la razón (entendida como correspondencia con los principios de la verdad emanados de leyes divinas y naturales), reconocía ciertos rastros en algunos pasajes de las fuentes jurídicas romanas. Empero, la Iglesia al introducir el principio de la *adprobatio* hizo necesario que la autoridad eclesiástica verificara en toda norma consuetudinaria su concordancia intrínseca con la *iustitia*, la *aequitas* y la *rationabilitas*, como *conditio sine qua non* para que la misma pudiere adquirir el valor de una regla jurídica. Con ello se sentaron las bases para una "...teoría de la consuetudine tutta diversa da quella ereditata dal diritto romano e dai diritti germanici".

<sup>27</sup> Para ampliar, *vid.* el completo estudio de E. Kaufmann (1959).

al *iudicium aequitatis* debían decidirse con arreglo a la equidad, según los criterios de justicia y racionalidad derivados de los preceptos cristianos y sin atender al derecho vigente cuando las normas positivas estuvieran en discordancia con dichos preceptos. De tal guisa, el *Palatium regis*, presidido por el emperador y compuesto tanto por laicos como por eclesiásticos, se erigía como el máximo órgano jurisdiccional de un imperio que se proclamaba sostenedor y defensor de la Iglesia.

Es sumamente relevante la idea superior que anima esta institución: *ut et coram Deo propter iustitiam et coram hominibus propter legum observationem cunctis placeret* [frente a Dios debe ejecutarse la justicia y frente a los hombres corresponde la observancia de todas las leyes que a ellos convienen]. El *iudicium aequitatis* se lleva a cabo, por tanto, no solamente basado en las *leges* (derecho positivo), sino además con fundamento en la *iustitia* que emana inmediatamente de los preceptos divinos<sup>28</sup>.

Así, toda vez que la controversia que se decide definitivamente en la instancia del *iudicium aequitatis*

hubiese sido previamente juzgada en base a una norma no contenida en las *leges mundanae* [leyes temporales] o bien con una crueldad que no se compadecía con la *christianitatis rectitudo vel sancta auctoritas* [cristiana rectitud y santa autoridad], entonces debía intervenir la *moderatio regis* [moderación regia] sustentada en el consejo de hombres *qui utramque legem nossent et Dei magis quam humanarum legum statuta metuerent* [que tengan igualmente versación en uno y otro derecho y teman más a la ley divina que a las leyes humanas] y debía reexaminarse la causa, procurando conservar en la medida de lo posible *utramque legem* [ambas leyes, tanto la ley divina como la ley civil]; pero si esto no era factible, el sumo criterio debía ser: *lex saeculi merito comprimeretur, iustitia Dei conservatur* [la ley secular debía ceder y la justicia divina ser preservada]<sup>29</sup>.

Sobre tales premisas, el Supremo Tribunal carolingio entendía que rendía la más alta justicia a los pueblos armonizando la *iustitia Dei*. Y en su concepción, la *aequitas* era equivalente a esta armonía divina (Calasso, 1954, p. 336).

<sup>28</sup> Esta forma de revisión de los procesos se realizaba en todas las *contentiones alibi ortae* [contiendas originadas en otra instancia] para decidir las definitivamente y reconducir *ad aequitatis tramitem* aquellas causas *perversae iudicatae* [incorrectamente juzgadas] (Piano-Mortari, 1979, p. 28).

<sup>29</sup> Ver: Hincmaro de Reims (1884, pp. 54-56), *Admonitio hincmari. Remorum archiepiscopi. Ad episcopos et ad regem karolomannum per Capitula*, en el capítulo § XXI: “Le comte du palais, parmi ses attributions presque innombrables n’en vait pas de plus importante que de terminer, selon la justice et la raison, tous les procès légaux qui, nés ailleurs, étaient apportés au palais pour y recevoir une solution conforme à l’équité, et aussi de réformer les jugements mal prononcés; de manière à plaire à tous: à Dieu, par sa justice, aux hommes, par son respect des lois. Un cas se présentait-il, que les lois séculières n’eussent pas prévu dans leurs décisions ou sur lequel la coutume païenne eût statué plus cruellement que ne le comportent la justice chrétienne et la sainte autorité de l’Eglise, on en remettait l’examen au roi, afin qu’avec l’assistance de personnes également versées dans l’un et l’autre droit et craignant la loi de Dieu plus que les lois humaines, il en décidât de façon à concilier ces législations toutes les fois qu’elles pouvaient l’être; si cela était impossible, la loi du siècle devait, comme il convient, céder devant la justice de Dieu”.

## 5. Simbiosis de la *bona fides* con la *aequitas*

En el contexto descrito en los apartados anteriores la *bona fides* ingresa en un proceso en virtud del cual comienza a diluirse el contenido fraguado durante el derecho romano clásico por obra de los juristas en la determinación de aplicaciones operativas concretas. La *aequitas* cristiana, a su turno, identificada con la ausencia de pecado y el correlativo valor sagrado que adquiere el respeto por la palabra dada —en una suerte de proceso osmótico— termina absorbiendo a la buena fe<sup>30</sup>.

La *aequitas*<sup>31</sup>, con un neto fundamento teológico, resulta así enriquecida y con una relevante gravitación en la evolución posterior del pensamiento jurídico. En estos términos, la *aequitas* se contrapone al *ius strictum*<sup>32</sup>. El

*rigor iuris* de este último conlleva un exceso de severidad que puede ser útil en ciertos casos (“*quando ad terrorem proceditur excedendo in aponendo poenae modum*”). La *aequitas*, en contraposición al *ius strictum*, es configurada como *iustitia dulcore misericordiae temperata*<sup>33</sup>.

Esta es, en definitiva, la intelección canónica de la *aequitas*, según la cual podía conducir a una desaplicación del derecho vigente toda vez que la regla jurídica contrastare con la *misericordia*<sup>34</sup>. En este sentido, para algunos autores la *aequitas* ha dado vida a una suerte de ordenamiento paralelo con una función correctiva semejante a la que tenía el *ius honorarium* en la experiencia romana<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Los doctores medievales identifican la *aequitas* con la *bona fides*. Así, por ejemplo, Benincasius, *Ad tit. De actionibus interpr.*, 198 n. 109 y 112: “*Bona fides nihil aliud est quam aequitas iuris gentium*” y “... *bonae fidei dicitur ratione aequitatis*”.

<sup>31</sup> Gordley (2000, p. 108): “Baldus identified good faith with equity and with conscience. But he gave special attention to one particular requirement of equity and good faith: the requirement that no one should be enriched at another’s expense. This principle looks like the principle of equality which, according to Aristotle and Thomas Aquinas, is the foundation of commutative justice. Baldus called it ‘the rule of rules in the life of conscience’”.

<sup>32</sup> Roesenerus, *Thesaurus*, 122 par. 6; Calvinus, *Lexicon*, 119: “*Bona fides alias aequum et bonum significat*”.

<sup>33</sup> La expresión pertenece a Benincasius, *Ad Tit. De actionibus interpr.*, 198 n. 120 y 123.

<sup>34</sup> Para ampliar sobre el punto *vid.* Caron (1971).

<sup>35</sup> Así R. Fiori (2007, p. 33) traza una comparación con otras experiencias que en la historia fundaron sistemas separados del derecho civil; por ejemplo, la *equity* inglesa, concebida en sus orígenes como un “derecho de gracia regio” para atemperar la rigidez del *common law*, y administrada hasta el siglo XVI por los cancilleres eclesiásticos.

## 6. Los predicados de la moral cristiana y el valor espiritual de la buena fe

El hecho de que con el objeto de captar la esencia de la *bona fides* los juristas medievales hayan recurrido a una serie heterogénea de palabras (*constantia, veritas, iustitia, natura, conscientia*), refleja la extraordinaria complejidad del terreno en el cual pervivió la *bona fides* en edad intermedia. Lo cierto es que desde la comprensión del derecho canónico, el instituto jurídico de la buena fe quedará indisolublemente ligado a la ausencia de pecado y se traducirá en un estado de conciencia del individuo<sup>36</sup>.

La Iglesia atribuía valor moral a la promesa o al consentimiento, porque la mentira era considerada un pecado (catalogada por los teólogos como “pecado de la lengua”)<sup>37</sup>. La idea del pecado (o, mejor dicho, del *periculum* que su comisión conlleva) representa el nuevo principio informador del concepto canónico de la *bona*

*fides* (Albisetti, 1980, p. 172). La buena fe se inscribe en un marco teológico-moral en cabal sintonía con los principios fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico de la Iglesia, entre los cuales se encuentra la *ratio vitandi peccati* o bien el riesgo que corre la *salus animae*. Así, se acrecentó el factor espiritual de la buena fe que adquirió una fuerte carga de eticidad y se situó en una dimensión axiológica compatible con la moral cristiana.

El cristianismo habría influido, a través del derecho canónico, en esta suerte de espiritualización del contrato, consistente en la valorización preeminente o exclusiva de la voluntad subjetiva de los contratantes, la cual tendría fuerza obligatoria por sí misma, pues por motivos ético-religiosos era menester que el hombre respetase la palabra empeñada<sup>38</sup>.

## 7. Persistencia de cierta valencia técnica de la *bona fides* en el pensamiento canónico medieval

En todo caso, la explicitada dimensión teológico-moral no agotaba *in totum* la noción de la buena fe en el derecho canónico clásico. Si bien es verdad que los canonistas tendieron a valorizar el aspecto fiduciario de dicha noción identificándola con la ausencia de pecado, no renunciaron a utilizar —aunque más no sea de manera instrumental— en sus construcciones teóricas,

el concepto estrictamente jurídico de la buena fe (Scavo-Lombardo, 1995).

En efecto, más allá del relativo desvanecimiento experimentado por la buena fe en el derecho canónico, la misma fue objeto de tratamiento en dos sectores jurídicos bien delimitados: a) en orden a la protección

<sup>36</sup> En el pensamiento filosófico medieval la dicotomía *peccatum-officium* fue enormemente fecunda a partir de las reflexiones de San Agustín y Santo Tomás de Aquino. Se logra captar el significado de ambos términos en un conocido texto de Cicerón (*De Officiis* 3,35,95) donde se trata el caso del depósito de una espada por alguien que la reclama después de haber sido declarado demente (*insanus*). Habida cuenta del peligro que un arma puede significar en manos de alguien que tiene sus facultades mentales alteradas, devolvérsela sería un *peccatum* (una acción cuanto menos imprudente), mientras que negarse a la restitución es un deber moral (*officium*) que ha de observarse (Giménez-Candela, 2006, p. 133).

<sup>37</sup> En las fuentes jurídicas romanas ya se advierte el sentido de *peccare* como falta cometida por impericia o imprudencia (D. 19,2,9,5; D. 50,13,6); pero también como delito o incumplimiento de las leyes (D. 44,7,52 pr.; D. 44,7,52,8; D. 47,10,18 pr.; D. 50,16,131,1 y D. 50,16,244), en cuyo caso *peccator* equivale a *delinquens* (J. 4,18,4,8). En los textos literarios *peccatum* aparece también usado en el sentido de “falta, acción culpable o crimen”, “ofensa moral” o “error” en textos de Cicerón (Ac. 1,37; *Fin.* 3,32; *Tusc.* 3,47; *Fin.* 4,40; de *Orat.* 1,124), Varrón (L. 9,10; 10,60), Tito Livio (23, 18,13; 42, 60, 5) y Ovidio (*Fast.* 2,522).

<sup>38</sup> La particular óptica del derecho canónico se funda en la preocupación por tutelar la *salus animae* y por ello se conjuraba el *mendacium* (Fedele, 1937, p. 5).

posesoria, a la hora de calificar la prescripción adquisitiva o usucapión<sup>39</sup>; y b) con respecto a la legitimación y eficacia de los *nuda pacta* [pactos desprovistos de forma]<sup>40</sup>.

En ambos campos la buena fe conservó una definida precisión técnica y los juristas de la edad intermedia apoyaron sus construcciones en dos textos de época romana. Uno de ellos perteneciente al jurista Trifonino, del cual era posible extraer el principio por el cual en todas las relaciones negociales la *bona fides* importaba la observancia de un deber de lealtad en el comportamiento, contrapuesto al *fraus* y al *dolus*<sup>41</sup>. El otro texto corresponde a Modestino, donde a propósito de la *emptio*, la *bona fides* es delineada según una doble perspectiva que presupone situaciones psicológicas diversas: ignorancia del comprador que la cosa fuese ajena, o convicción del comprador de que quien enajenó la cosa tuviese el *ius vendendi*<sup>42</sup>.

También puede mencionarse como una contribución relevante del derecho canónico, siempre con fundamento en la noción subjetiva de buena fe, la relativa a los efectos del matrimonio putativo en miras a la situación jurídica del cónyuge inocente, es decir, de aquel que ignora la existencia de un impedimento para contraer válidamente matrimonio<sup>43</sup>.

En suma, las elaboraciones formuladas en torno al concepto de buena fe en el derecho canónico ponen de realce la armónica simbiosis entre lo moral y lo jurídico que constituye la impronta más característica del mundo medieval, donde el *civis* no es separable del *fidelis*. Un mundo en el que la experiencia jurídica es al mismo tiempo una experiencia ética y el derecho constituye una derivación de precisos presupuestos religiosos (Grossi, 1966, p. 113).

<sup>39</sup> Confrontar sobre el punto la primera monografía aparecida en escena de F. Ruffini (1892). En materia de prescripción adquisitiva la buena fe subjetiva se torna un estado de conciencia individual, requiriendo no solo la mera ignorancia (como en el derecho romano), sino además la convicción íntima y subjetiva de la ausencia de pecado, de estar actuando correctamente y no lesionar una regla jurídica o un derecho ajeno. De esta manera el derecho canónico (en virtud de su fundamento moral) propugna un principio contrario al que por razones de certeza y seguridad se había acuñado en el derecho romano: *mala fides superveniens nocet*. Se mantiene así la exigencia de la continuidad de la buena fe durante todo el tiempo necesario para la usucapión. Ver V. Kluger (2004, p. 96). En este mismo sentido se enrola el Código de Derecho Canónico promulgado por la Autoridad del Sumo Pontífice Juan Pablo II (Roma, 25 de enero de 1983), cuando en su canon 198 preceptúa que: “*Nulla valet praescriptio, nisi bona fide nitatur, non solum initio, sed toto decursu temporis ad praescriptionem requisiti, salvo praescriptio can. 1362*” [Ninguna prescripción tiene validez si no se funda en la buena fe, no sólo al comienzo sino durante todo el decurso de tiempo requerido para la misma, salvo lo establecido en el canon 1362].

<sup>40</sup> Los canonistas postulan la validez de los *nuda pacta*, es decir, con absoluta independencia de la observancia de formas (escrituración, entrega, palmada), posición que ya se venía perfilando en el derecho bizantino con base en la *fides* y el respeto a la palabra dada. El tratamiento conferido por el *ius canonicum* a la buena fe provoca una subversión del viejo adagio formulado por Ulpiano: “*ex nudo pacto actio non nascitur o non parit*” (D. 2,14,7,4). Por ello se ha señalado que “...en el derecho romano de todas las épocas, el consensualismo es un principio excepcional” (Guzmán-Brito, 1966, p. 120).

<sup>41</sup> D. 16,3,31,1 Trifonino *libro IX. Disputationum*: “Ocurre aquí también otra consideración, ¿debemos estimar la buena fe solamente en aquellos entre quienes se contrató, sin atender a ninguna cosa extrínseca, o también con respecto a las demás personas a quienes pertenece lo que se trata? Por ejemplo, un ladrón depositó en poder de Seyo, que ignoraba la malicia del que los depositaba, los despojos que me quitó; ¿deberá acaso Seyo restituirlos al ladrón, o a mí? Si atendemos al que por sí da y recibe, esta es la buena fe, que reciba la cosa depositada el que la dio; si a la equidad de todo el caso, que se consuma en virtud de todas las personas que intervienen en este negocio, se me han de devolver a mí, a quien se quitaron por acto muy criminal; y apruebo que esta sea la justicia, la cual da a cada uno lo suyo, de suerte que no sea segregado de la reclamación más justa de alguna persona. Pero si yo no compareciera para reclamarlos, han de ser no obstante restituidos al que los depositó, aunque los depositó mal adquiridos; lo que escribe también Marcelo respecto al poseedor de mala fe y al ratero. Mas si ignorando el ladrón al hijo o al esclavo de quien hubiese hurtado una cosa, la depositó en poder del padre o del señor de aquel, que lo ignoraba, ni aun por derecho de genes existirá el depósito; cuya eficacia es esta, que a otro, no al dueño, se dé para guardarla como ajena la cosa propia de él mismo. Y si una cosa mía, que me hurtó ignorándolo yo, la hubiere un ratero depositado en mí, ignorando también ahora su delito, con razón se dirá, que no se verifica depósito, porque no es de buena fe que sea compelido el dueño a restituir su propia cosa a un ladrón; pero aun si también en este caso hubiera sido entregada como por causa de depósito por el dueño que lo ignorase, competirá sin embargo la condición de lo dado no habiendo sido debido” [Nota del autor: Se transcribe solo la versión en español del fragmento debido a su extensión].

<sup>42</sup> D. 50,16,109 Modestinus *libro V. Pandectarum*. “*Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse* [Se considera que es comprador “de buena fe” el que ignoró que la cosa era ajena, o creyó que el que la vendió tenía derecho para venderla, por ejemplo, que era procurador o tutor].

<sup>43</sup> Así en el citado Código de Derecho Canónico (1983), el canon 1061 § 3 dispone que: “El matrimonio inválido se llama putativo, si fue celebrado de buena fe al menos por uno de los contrayentes, hasta que ambos adquieran conocimiento cierto de la nulidad”. Respecto de este canon se ha dicho que reclama “...in modo palese la nota impostazione canonistica secondo la quale la *bona fides* appare elemento essenziale e qualificante del cosiddetto matrimonio putativo” (Albisetti, 1980, p. 1). Para ahondar en la materia se puede ver M. López Alarcón (1998).

## 8. Colofón

La *aequitas* canónica, en razón de la compleja realidad medieval en la que se inscribe y de la que intenta dar cuenta, es un concepto altamente polivalente. En un intento de síntesis es dable individualizar en el término una significación genérica (A) y dos acepciones específicas (B, i-ii).

A) Por una parte, la *aequitas* hace referencia a la noción acuñada y utilizada por los glosadores (canonistas-civilistas) como una de las piedras angulares del sistema de derecho común. A la luz de las concepciones predicadas por la Iglesia, en la tarea que la misma asume de reducir a unidad (*reductio ad unum*) la íntegra realidad de entonces, se afirma que “todo es *aequitas*”. De aquí se colige que la *aequitas* no solo fue considerada un canon especulativo, sino un principio de origen divino con pretensiones de ordenar la realidad en su conjunto. Esto suponía “la adecuación final de cada norma humana al precepto de Dios” y como consecuencia “podía ser conservada la paz y la concordia sobre la tierra”.

B) Amén de esta acepción general, la *aequitas* canónica encierra en sí dos sentidos específicos que con el transcurrir del tiempo terminaron secularizándose (impregnando nuestras concepciones actuales del término). Veamos:

i) La *aequitas* declinada como *aequalitas* (proporcionalidad). En este sentido la *aequitas* exige igualdad de tratamiento en presencia de idénticas

condiciones (*in paribus causis paria iura desiderat*) o simplemente puede traducirse como proporcionalidad entre lo dado y lo recibido. Esta noción tiene raíces en el pensamiento romano, estando presente en la retórica de Cicerón (*Topica* 4,23) y con antecedentes más estrictamente jurídicos en las ideas de Aristón sobre el *synállagma* (D. 2,14,7,2). Siglos más tarde, en el ámbito del discurso *iusnaturalista*, será retomada por Pufendorf para explicar la categoría de los contratos onerosos. En las codificaciones civiles modernas, finalmente, vendrá empleada para justificar la revisión del contrato cuando se verifica una alteración originaria o sobrevenida del equilibrio de las prestaciones (en los casos de lesión e imprevisión, respectivamente).

ii) También con valor semántico preciso (que aparece en los antiguos tratados medievales y en las célebres *Questiones de iuris subtilitatibus* atribuidas a Irnerio) se describe la *aequitas* como la correspondencia del acto jurídico con su causa, o sea con el esquema típico de la *fattispecie* (si el vendedor entrega la cosa, la equidad exige que el comprador pague el precio, y viceversa). Esta “causa natural” no es una creación artificial de la ley sino reside en los hechos mismos (*in re ipsa*), en la naturaleza de las relaciones. Los doctores medievales la designaban *aequitas rudis* y era tarea del legislador darle forma, dotarla de autoridad legal; así, se convertía en *aequitas constituta* y transformaba el derecho natural en derecho civil (Cicerón, *Topica* 2,9).

## Referencias

- Albisetti, A. (1980). *Contributo allo studio del matrimonio putativo in diritto canonico: violenza e buona fede*. Milán: Giuffrè.
- Astuti, A. (1958). Capitolari. En *Novissimo Digesto Italiano*, 2 (pp.918-925). Turín: UTET.
- Astuti, G. (1975). Influssi romanistici nelle fonti del diritto longobardo. En *La cultura antica nell'occidente latino dal VII all'XI secolo* (pp. 653-703). Spoleto: Fondazione Centro italiano di studi sull'alto Medioevo (CISAM).
- Brandileone, F. (1929). L'Italia bizantina e la sua importanza nella storia del diritto italiano. En *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, 2. Pavía: Tipografia Fratelli Fusi.
- Bressolles, A. (1949). *Saint Agobard, évêque de Lyon (769-840)*. En *Doctrine et action politique d'Agobard*, 1. Paris: J. Vrin.
- Calasso, F. (1954). *Medio Evo del Diritto*, 1. Milán: Giuffrè.
- Calasso, F. (1966). Equità: Premessa storica. En *Enciclopedia del diritto*, 15. Milán: Giuffrè.
- Caron, P. G. (1971). *Aequitas romana, misericordia patristica ed epieicheia aristotélica nella dottrina dell' aequitas canonica: dalle origini al Rinascimento*. Milán: Giuffrè.
- Cavanna, A. (1968). Nuovi problemi intorno all'editto di Rotari. *Studia et documenta historiae et iuris*, (34), 269-361. Roma: Pontificia Universitas Lateranensis.
- Cortese, E. (1964). *La norma giuridica: Spunti teorici nel diritto comune classico*, 2. Milán: Giuffrè.
- Cortese, E. (2000). *Le grande linee della storia giuridica medievale*. Roma: Il Cigno Galileo Galilei.
- Cortese, E. (2013). Ius commune. En *Diccionario General de Derecho Canónico*, 4 (pp. 823-829). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Di Simone, M. R. (2007). *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*. Turín: Giappichelli.
- Fedele, P. (1937). Considerazioni sulla natura dei patti nudi nel diritto canonico. En *Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia della Università di Macerata*, 11. Nápoles: Libreria Scientifica Editrice.
- Fedele, P. (1966). Equità canonica. En *Enciclopedia del diritto*, 15. Milán: Giuffrè.
- Fiori, R. (2007). Storicità del diritto e problemi di metodo: L'esempio della buona fede oggettiva. En L. Garofalo (Dir.). *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo (Incontro di studio, Padova 25-26 novembre 2005)*. Nápoles: Jovene.
- Gambaro, A. & Sacco, R. (2008). *Sistemi Giuridici Comparati*. Turín: UTET.
- Ganshof, F. L. (1958). *Recherches sur les capitulaires*. París: Sirey.
- Gatto, L. (2003). *Il Medioevo: Giorno per giorno*. Roma: Newton & Compton.
- Giménez Candela, T. (2006). La modificación de las condiciones del contrato: la cláusula "rebus sic stantibus". En *Roma e America: Diritto Romano Comune*, 22. Módena: Mucchi.
- Gordley, J. (2000). Good Faith in contract law in the medieval ius commune. En R. Zimmermann y S. Whittaker (Coords.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Grossi, P. (1966). Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune. En *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Macerata*, 1. Nápoles: Libreria Scientifica Editrice.
- Grossi, P. (2004). *L'ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza.
- Guzmán Brito, A. (1966). *Derecho Privado Romano*, 2. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Hincmaro de Reims (1884). *De ordine palatii epistola* (título dado por Sirmund, editor del siglo VII de la obra). M. Prou (Trad.). Paris: Edition de la Bibliothèque de l'École des hautes études. Sciences philologiques et historiques.
- Kantorowicz, G. (1938). *Studies in the glossators of the roman law: Newly discovered writings of the twelfth century*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Kaufmann, E. (1959). *Aequitatis iudicium. Königsgerecht und Billigkeit in der Rechtsordnung des frühen Mittelalters*. Frankfurt: Vittorio Klostermann.
- Kluger, V. (2004). Una mirada hacia atrás de Roma a la codificación: El recorrido histórico de la buena fe. En M. M. Córdoba (Dir.). *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, 1. Buenos Aires: La Ley.
- López Alarcón, M. (1998). Algunas consideraciones sobre el matrimonio putativo. *Revista Anales de Derecho*, (16), 127-138.
- G. F. Margadant, (1986). *La segunda vida del Derecho Romano*. México: Porrúa.
- Palazzo, A. (2002). Interessi permanenti nel diritto privato ed ética antica e moderna. En A. Palazzo & I. Ferranti (Coords.). *Etica nel diritto privato*, 1. Padua: CEDAM.
- Piano Mortari, V. (1979). *Aspetti del pensiero giuridico medievale*. Nápoles: Liguori.
- Riaza, R. (1932). Las Etimologías de San Isidoro. Versión castellana. Varios fragmentos de interés jurídico. *Revista de Ciencias jurídicas y sociales*, 15, 383-412.
- Riaza, R. (1998). Historia de la literatura jurídica española. *Interpretatio: Revista de historia del derecho*, 5, 19-222.
- Rubellin, M. (2003). *Église et société chrétienne d'Agobard à Valdès*. Lyon : Presses Universitaires de Lyon.
- Ruffini, F. (1892). *La buona fede in materia di prescrizione: Storia della teoria canonistica*. Turín: Bocca.
- Scavo Lombardo, L. (1995). *La buona fede nel diritto canonico*. Bologna: Il Mulino.
- Schipani, S. (2005). *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*. Milán: Giuffrè. Tosi, M. (1982). L'Edictus Rothari nei manoscritti bobiensi. En *Archivum Bobiense. Rivista degli Archivi Storici Bobiensi*, 4, 11-72.

**Javiera  
Vela Dupré**

**Universidad de los  
Andes, Chile**

velajaviera@gmail.com

Recibido: 8.01.18

Aceptado: 30.03.18

## **La auditoría externa como instrumento de fiscalización privada de la administración social**

### **The External Audit as Means of Private Control over Corporate Administrations**

**Resumen:** Este artículo se propone responder a la pregunta por la función sustantiva de la auditoría externa, como mecanismo de fiscalización o control externo de la administración social. En este contexto se ofrece evidencia normativa e histórica que demuestra que la auditoría externa es un instrumento de control o fiscalización sustantiva de la administración social, ejercitado por entidades privadas independientes (las EAE); y también un proceso de verificación de conformidad formal de los registros contables con estándares generalmente aceptados. La auditoría externa se introdujo históricamente para prevenir y controlar fraudes y malas prácticas en las bolsas de valores, para proteger el interés de los accionistas, del mercado relevante, y el correcto flujo de información desde y hacia la entidad auditada. La auditoría externa incluiría, por tanto, como elemento inherente a ella, la obligación profesional de detectar y revelar fraudes o engaños, imposibles de ocultar en un proceso de auditoría.

**Palabras clave:** Auditoría externa; control o fiscalización privada; prácticas engañosas.

**Abstract:** This article aims at answering to the question about the substantive function of external auditing, as a mechanism of external control over corporate administrations. Normative and historical evidence show that an external audit is a means of substantive control over corporate administrations, exercised by independent private entities (EAE); and also a process of verification of formal conformity of the accounting records with generally accepted standards. The external audit was historically introduced to prevent and control fraud and bad practices in stock exchanges, to protect the interest of shareholders, the relevant market, and the correct flow of information to and from the audited entity. The external audit would therefore include, as an inherent element, the professional obligation to detect and reveal frauds or deceptions, impossible to hide in an auditing process.

**Keywords:** External Audit; private control; deceptive practices.

En los últimos años las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y otras administradoras de fondos<sup>1</sup> han presentado millonarias demandas de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual<sup>2</sup> en contra de empresas de auditoría externa (en adelante, EAE)<sup>3</sup>. En estos juicios se persigue la responsabilidad de las EAE por la omisión de información económicamente relevante en informes de auditoría. Las EAE se defienden alegando haber cumplido conforme a los estándares del proceso. La responsabilidad civil de las EAE es un problema que excede los límites de este trabajo. Sin embargo, la pregunta que surge de estos y otros casos es si la auditoría externa es un proceso técnico de conformidad *formal* de los registros contables con estándares de contabilidad generalmente aceptados; o si tiene también una función legal *sustantiva*, de fiscalización de la administración. Una función que debería incluir la obligación de revelar engaños o fraudes o representar a los interesados la sospecha de estos. Esta es la cuestión que nos proponemos abordar, desde el punto de la información que nos ofrecen las fuentes legales formales y la historia de su establecimiento en Chile.

Este trabajo defiende que el contenido, la finalidad y los deberes de cuidado que conlleva la auditoría externa están fijados en la ley N° 18.046 de 1981, sobre sociedades anónimas (LSA), en la ley N° 18.045 de 1981, de mercado de valores (LMV) y en otras normas legales imperativas, que deberían interpretarse sistemática y coordinadamente, de acuerdo a su sentido, tal como aparece manifestado en ellas mismas, en su contexto, y en la historia fidedigna de su establecimiento. La historia de la auditoría externa de registros contables

en sociedades anónimas, la evolución normativa que ha tenido su obligatoriedad y el contexto en que se exige este proceso demostrarían que las EAE tienen por función principal el control de la administración social y la garantía de fiabilidad de la información financiera que la empresa auditada presenta a los interesados y al mercado en general.

Para demostrar lo anterior, se examinan, en primer lugar (§ 2.), los problemas de significado asociados al marco normativo actual de la auditoría externa en sí misma. Luego (§ 3.), se revisa el origen histórico del procedimiento como mecanismo de control externo de la administración social. A continuación (§ 4.), se recapitula la recepción de este sistema en Chile a través del uso y, paulatinamente, mediante intervenciones regulatorias de distinto rango, hasta llegar a la LSA (1981). Se sugiere que esta última ley compensa la menor intervención estatal para constituir sociedades con la obligatoriedad legal de una fiscalización privada. Por último (§ 5.), se revisa el régimen normativo de la auditoría externa a partir de la ley N° 20.382 de 2009, de gobiernos corporativos (LGC), que responde a la necesidad de elevar el nivel de confianza que se puede depositar en los informes del estado financiero de las empresas auditadas.

Se concluye que por tratarse de un sistema de control o fiscalización del gobierno corporativo frente a los dueños de la empresa auditada y al mercado, la auditoría externa sería un proceso en el que se deberían observar, a la vez, exigencias técnicas formales e imperativos legales de fondo. Desde este punto de vista, cumpliéndose los otros presupuestos necesarios

<sup>1</sup> La legislación aplicable a las Administradoras Generales de Fondos (AGF), es la ley 20.712 de 2014, y el Decreto Supremo N° 129, de 2014.

<sup>2</sup> Nos referimos a los siguientes juicios civiles pendientes: *A.F.P. Capital con Empresas La Polar y otros*, juicio sumario sobre indemnización de perjuicios, Rol N° C-15102-2011, ante el 13° Juzgado Civil de Santiago (pendiente Recurso de Casación y Apelación interpuestos por la parte demandante contra la sentencia que rechazó la demanda, sin costas); *A.F.P. Provida con PWC*, juicio sumario sobre indemnización de perjuicios, Rol N° C-19.362-2013, pendiente ante el 26° Juzgado Civil de Santiago (pendiente Recurso de Casación y Apelación de la parte demandante contra la sentencia que rechazó la demanda, con costas); *A.F.P. Hábitat, Cuprum y Planvital con Pwc*, juicio sumario sobre indemnización de perjuicios, Rol N° C-4811-2014, pendiente ante el 13° Juzgado Civil de Santiago (autos para fallo por Juez Subrogante legal, posterior acogida de recusación amistosa); *Moneda S.A. Administradora de Fondos con PWC*, juicio sumario sobre indemnización de perjuicios, Rol N° C-22.628-2014, pendiente ante el 21° Juzgado Civil de Santiago (pendiente Recurso de Casación y Apelación interpuestos por la parte demandante contra la sentencia que rechazó la demanda, sin costas).

<sup>3</sup> Las empresas de auditoría externa (EAE) se encuentran actualmente inscritas en un registro especial y sujetas a la fiscalización de la Comisión del Mercado de Valores, según NCG N° 275, de 2010, modificada por NCG N° 355, de 2013. Se sujetan especialmente al Título XXVIII de la ley N° 18.045, de 1981, normativa introducida por la ley N° 20.382, de 2009, ley sobre gobiernos corporativos. También se sujetan a la ley N° 18.046, de 1981 y al D.S. N° 702 (Hacienda), de 2012, nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas.

para que se configure una responsabilidad civil, las EAE no deberían poder exonerarse de ella por haber omitido información económica relevante, imposible de ocultar en un proceso de auditoría, como la posterior constatación de fraudes o engaños en los registros contables, alegando haberse ajustado formalmente a principios de contabilidad generalmente aceptados. Tampoco deberían poder liberarse de su responsabilidad

por cláusulas exoneratorias previamente pactadas con la entidad auditada, o con la administración fiscalizada. La representación en informes de auditoría de evidencia, o sospecha, de fraudes o engaños en los registros contables parece ser una obligación esencial de auditoría externa, a cargo de las EAE, inherente a su rol de fiscalización o control de la administración social.

# 1. Marco normativo de la auditoría externa en Chile

La legislación chilena exige a todas las sociedades anónimas que hacen oferta pública de valores, a las sociedades anónimas especiales, y a otras personas y organizaciones la obligación de someter sus estados financieros a una auditoría externa. Este procedimiento se realiza actualmente por las EAE. Sin embargo, el significado y los procedimientos de contabilidad y auditoría están establecidos por normas emanadas por los contadores auditores. Estas normas son actualmente los IRFS (International Financial Reporting Standards), antes PCGA (Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados), y las NAGAs (Normas de Auditoría de General Aceptación). Chile se ha comprometido a adoptar los cambios necesarios a nivel interno para que los estándares de contabilidad y auditoría se fijen por organizaciones independientes, públicas y unificadas. En esta parte del trabajo ofrecemos un análisis que contribuye a explicar las limitaciones que hasta ahora ha encontrado la interconexión entre normas legales imperativas y los criterios normativos por los que se rigen los procesos de auditoría de estados financieros.

## 1.1. La obligación de auditar y el significado de este proceso

La auditoría externa está establecida para las sociedades anónimas abiertas en el artículo 52 LSA. Para las sociedades anónimas especiales, la obligación emana del artículo 129 LSA. Esta última norma exige la aplicación de las normas legales y reglamentarias de las sociedades anónimas abiertas a las sociedades anónimas especiales en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en los artículos precedentes del Título XII LSA, y a las disposiciones especiales que las rigen. Las leyes que regulan a las sociedades anónimas especiales

establecen la obligatoriedad de la auditoría externa, e incluso amplían el contenido o propósito de la misma<sup>4</sup>. A partir de 2009, por efecto de la LGC, la LSA (1981) dejó de remitir la regulación funcional y orgánica de la auditoría al Reglamento de Sociedades Anónimas (en adelante, RSA), derivándola en cambio al Título XXVIII LMV (artículos 239 a 249), que desde ese momento rige a las EAE sujetas a registro y fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), antes Superintendencia de Valores y Seguros (SVS)<sup>5</sup>.

La LGC elevó al dominio legal la regulación de las EAE. Sin embargo, no ofreció una definición normativa precisa de la auditoría externa. Los artículos 239 y 246 LMV describen *servicios que prestan* las EAE, pero estas normas no ofrecen una respuesta a la pregunta por la auditoría misma. Para sociedades anónimas especiales, la LMV se encarga de especificar ciertos contenidos adicionales obligatorios requeridos para cuidar el giro, como la revisión de mecanismos de control interno, de sistemas de información y archivo de datos, y el cumplimiento respecto de prohibiciones de inversión, en coherencia con el giro de la entidad auditada (artículo 170 LMV). En uso de sus facultades normativas<sup>6</sup>, la CMF ha establecido obligaciones adicionales a las sociedades anónimas abiertas, que intensifican sus obligaciones en torno a la entrega de información financiera auditada. Algunas auditorías se requieren para inscribir una nueva sociedad en el Registro de Valores, y otras se solicitan respecto de sociedades ya inscritas<sup>7</sup>. En esta misma normativa se exige un *informe de revisión financiera interina* de los auditores externos, si bien en la norma no queda definido cuál es su alcance<sup>8</sup>. En la práctica contable se afirma que lo que se denomina *Informe sobre los estados financieros intermedios* “no constituye una

opinión, en tanto el alcance que tiene es sustancialmente menor, en relación con una auditoría efectuada de acuerdo con NAGAs en Chile, cuyo objetivo es emitir una opinión sobre los estados financieros”<sup>9</sup>.

El artículo 246 LMV alude a las NAGAs. En ellas se lee que la auditoría es la revisión y verificación de la exactitud de documentos contables, con la finalidad de emitir un informe de auditoría. El objetivo de esa revisión por parte del auditor es expresar una opinión sobre la racionalidad con que los documentos contables o estados financieros representan en todos los aspectos significativos la situación financiera, los resultados de operaciones y el flujo efectivo de los negocios de una sociedad, de acuerdo con principios de contabilidad generalmente aceptados<sup>10</sup>.

En la literatura contable, la auditoría externa es un examen hecho por contadores auditores sobre los estados financieros y valores relativos, que culmina con una opinión de si estos estados financieros están o no de acuerdo con los principios contables generalmente aceptados (Fowler, 2004, p. 5; Arens, 2007, p. 32). La mayoría de los informes de auditoría externa de sociedades anónimas abiertas publicados en los registros de la CMF, en un apartado denominado “Responsabilidad de los Auditores” (que viene inmediatamente después de otro que se denomina “Responsabilidad de la Administración por los Estados Financieros”) consignan lo siguiente:

La responsabilidad de los auditores consiste en expresar una opinión sobre estados financieros consolidados

a base de nuestras auditorías. Efectuamos nuestras auditorías de acuerdo con normas de auditoría generalmente aceptadas en Chile. Tales normas requieren que planifiquemos y realicemos nuestro trabajo con el objeto de lograr un razonable grado de seguridad que los estados financieros consolidados estén exentos de representaciones incorrectas significativas<sup>11</sup>.

Por tanto, la obligación de someter estados contables y financieros a una auditoría externa está establecida por ley para empresas de mercados regulados, de cotización pública y otras. Tal operación debe someterse, según disposiciones imperativas de carácter general, a normas de auditoría generalmente aceptadas. Pero no contamos con un significado normativo de auditoría externa. Por otra parte, las NAGAs están validadas por la aceptación general de los contadores auditores. En ellas se estila una declaración de los auditores por la que limitan su responsabilidad a la mera aserción de ser conforme, es decir formalmente concorde, la contabilidad auditada a las normas de contabilidad generalmente aceptadas.

## 1.2. Acercamientos desde el punto de vista de análisis jurídico

Existe literatura de origen jurídico que examina la auditoría externa desde la perspectiva de la responsabilidad profesional de los contadores auditores por información de los balances auditados que se demuestra posteriormente falsa o inexacta. La tendencia

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1997 (Ley General de Bancos); artículo 150 del Decreto Ley N° 3.500 de 1980; artículo 87 de la ley N° 20.712 de 2014.

<sup>5</sup> A partir de la ley N° 21.000, de 2017, la CMF reemplazó a la SVS. En adelante, toda referencia a la SVS que subsista en el texto debe entenderse hecha a la CMF.

<sup>6</sup> Artículo 4 letra e) y letra i) del Decreto Ley N° 3.538 de 1980.

<sup>7</sup> La obligación de presentar información financiera auditada se establece en las Secciones 1 y 2 de la Norma de Carácter General (NGC) N° 30, 10.11.89, SVS, modificada por la NGC N° 346, 13.05.2013, SVS.

<sup>8</sup> NGC N° 30, 10.11.89, SVS, modificada por la NGC N° 346, de 13 de mayo de 2013.

<sup>9</sup> Sección AU 722 “Revisión de Información Financiera Intermedia”, Norma N° 71 de la Compilación de Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas, aprobada por el Consejo Nacional del Colegio de Contadores de Chile A.G. con fecha 20 de abril de 2017 (en adelante NAGA 63 de 2017). A propósito de esto, en *PWC con SBIF* [2013] se discutió hasta qué punto la realización de un informe distinto a la auditoría externa, que fuera solicitado por normas administrativas, debía ajustarse a los requisitos sustantivos dispuestos en el artículo 248 LMV. En su sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago determinó que la normativa regulatoria de los informes emitidos por las empresas de auditoría externa de la LMV debía interpretarse extensivamente conforme a las normas de interpretación contenidas en el Código Civil. El asunto se discutió en relación al *Informe de Procedimientos Previamente Acordados*, que deben realizar EAE respecto de instituciones que emiten y operan tarjetas de crédito. También se debatió en el juicio hasta dónde se extendían las facultades de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras sobre las EAE.

<sup>10</sup> Sección AU 101, Prefacio de NAGA 71 de 2017 (detallada en nota al pie número 11)

<sup>11</sup> Revisados aleatoriamente cinco informes de auditoría de estados financieros consolidados, realizados por distintas Empresas de Auditoría Externa durante el año 2014, en su primera página dan exactamente esa definición. Véase emisor y EAE respectivamente: Antarchile (Deloitte); Besalco (KPMG); CAP (Deloitte); Empresas CMPC (EY); LATAM Airlines (PWC).

es a exigir responsabilidad por informes de auditoría complacientes respecto de información insuficiente o inexacta, pero los criterios para determinar esta responsabilidad en juicio difieren y son difíciles de satisfacer. La revisión ofrece los siguientes resultados.

Para Bahamóndez los auditores externos formarían parte de la categoría de asesores externos de empresas que hacen oferta pública de valores, junto a los bancos de inversión y abogados. Sobre esa base, extrapola a las auditoras chilenas la defensa de diligencia debida o *due diligence* que habrían presentado algunos bancos de inversión en demandas de responsabilidad que los habrían afectado, en términos de que lo esencial que debiesen demostrar en un juicio de responsabilidad las empresas auditoras, en tanto prestadoras de servicios profesionales, será que, “se tuvo base cierta para pensar, y efectivamente se creyó que lo informado era correcto, sin omisiones ni errores” (Bahamondez, 2006, pp.11-26). Tomando como referencia el derecho norteamericano, Méndez plantea que los auditores externos son guardianes del mercado de valores o *gatekeepers* (Méndez, 2008, pp. 119 -154)<sup>12</sup>. En sentido semejante, para Gómez Balmaceda el objeto fundamental de la auditoría entonces sería garantizar que la contabilidad presentada refleje con toda claridad la *imagen fiel* de la situación del patrimonio y el efectivo resultado del negocio. En el desempeño de su actividad, los auditores cautelarían los intereses de la sociedad, de accionistas y de terceros que confían en su gestión profesional, y su estándar de cuidado sería el de máxima diligencia (Gómez Balmaceda, 2009, pp. 741-758)<sup>13</sup>.

Schopf postula que la obligación principal del auditor sería revisar y verificar los estados financieros de la empresa que audita, y preparar un informe de auditoría, emitiendo su opinión profesional. La finalidad del informe

consistiría en “declarar si los estados financieros se encuentran o no correctamente presentados”. Dicha obligación de revisión y verificación se califica como una obligación contractual de medios. Como pregunta crítica por resolver en materia de responsabilidad, describe el caso del informe de auditoría emitido de buena fe y dentro de plazo, “no detecta errores en los documentos examinados o no detecta un fraude”. El autor entiende que la resolución del asunto radica en determinar si el auditor hizo prestación diligente o negligente de lo debido y si, atendiendo los procedimientos, normas técnicas y demás reglas de buena práctica profesional, ese error o irregularidad o fraude, debió o no ser detectado (Schopf, 2007, pp. 873-889)<sup>14</sup>.

Barros aborda la problemática desde el punto de vista de la determinación del universo de legitimados activos que podrían alegar responsabilidad de los auditores por “información negligentemente falsa”. El autor describe las soluciones que dan el derecho inglés y norteamericano, en atención a su “particular sensibilidad al derecho de los negocios”, y plantea que, en Chile, a falta de norma expresa, debería llegarse al mismo resultado, a excepción de los informes de auditores dirigidos a personas indeterminadas, como es el caso de los auditores de sociedades anónimas abiertas, en que “los deberes de cuidado correlativos se entienden establecidos a favor de cualquier inversionista”. Argumenta que, de hacerse valer responsabilidad extracontractual en contra de un auditor, esta no podría ser más estricta que la nacida de un contrato. La obligación contractual de los auditores sería una obligación de medios, y el contenido de esta, salvo que medie una convención precisando los deberes, es equivalente “a los deberes de prudencia y diligencia que rigen en sede extracontractual” (Barros, 2006, p. 1030)<sup>15</sup>.

En un reciente tratado de sociedades anónimas,

<sup>12</sup> El autor expone la evolución conceptual que le dieron a la auditoría los profesores Rainer Kraakman y John Coffee, y concibe que la transparencia informativa no puede depender del propio emisor ni de la autoridad, sino que requiere de un control externo de carácter privado, conformado por los auditores externos, los bancos de inversión, los abogados externos, y los analistas financieros, quienes participarían directamente en los procesos de elaboración y/o revisión de la misma.

<sup>13</sup> En línea con Bahamóndez (2006) y Méndez (2008), en el sentido de plantear que los auditores son *gatekeepers*, Gaspar publicó un artículo a propósito del caso “La Polar”, resaltando que su importancia radica en que el análisis y validación de información de los emisores de valores de oferta pública son tomados en consideración por los inversionistas en sus decisiones de negocios. En dicho trabajo, el autor analiza la procedencia de acciones de responsabilidad extracontractual por las pérdidas, que pudiesen interponer los inversionistas de La Polar, contra cada clase de *gatekeeper* (auditores, clasificadoras y abogados) (Gaspar, 2011, pp. 574 y 579), respectivamente.

<sup>14</sup> En otro sentido, Rodríguez (2014) pp. 797.

<sup>15</sup> En lo que se refiere al contenido de la auditoría conviene tener en cuenta la opinión de Román Rodríguez, quien postula que en todos los casos en que la ley impone obligatoriamente la auditoría, el contrato es dirigido por la ley y que en consecuencia la autonomía contractual de las partes queda restringida en su forma, modalidades y contenido esencial (Román, 2009, pp. 635-642).

el profesor Puga plantea que la auditoría “en verdad” (destacado del autor) consiste en una verificación de que la contabilidad es llevada regularmente conforme a los principios contables y las normas contables generalmente aceptadas. Sin embargo, critica que los auditores sean pasivos en esa labor, limitándose a revisar los antecedentes que les entrega la administración social. Cree que debiese ahondarse más en el hecho de que los auditores sean tratados como una institución de fiscalización de la administración para los accionistas y el público en general, y que los artículos 51 y 52 LSA los consideren mandatarios de los accionistas (Puga, 2013, pp. 537 y 531, respectivamente). Esto último es una de las hipótesis de trabajo que abordamos en este estudio.

### 1.3. Los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, ahora IFRS o NIIF

En cuanto proceso, la auditoría consiste en la comprobación de estar los registros contables conforme a principios de contabilidad generalmente aceptados. El artículo 73 LSA dispone, entre otras cosas, que los asientos contables de la sociedad deben llevarse de conformidad con los principios de contabilidad de aceptación general.

Estos principios, conforme a la NCG N° 30 CMF, son los formulados en los Boletines Técnicos (BT) del Colegio de Contadores de Chile, A.G., siempre que no se contradigan con normas dictadas por ella misma. Los PCGA fueron desde el año 1971 hasta el año 2009, aproximadamente, la adaptación chilena del modelo norteamericano de reglas contables (los *United States Generally Accepted Accounting Principles*, conocidos por el acrónimo US GAAP) que el CCC desarrolló en tanto organismo de derecho privado facultado por ley para dictar normas contables de carácter obligatorio<sup>16</sup>. Los PCGA se desarrollaron desde el año 1971 con la creación de una comisión al interior del Colegio denominada “Comisión de Principios y Normas Contables”. De esta Comisión fueron emanando los principios a través de

Boletines Técnicos. El Boletín Técnico N° 56 del año 1997 organizó sistemáticamente los boletines técnicos anteriores<sup>17</sup>. La inspiración de estos criterios en el modelo norteamericano obedeció a que la mayor parte de las operaciones de empresas chilenas se desarrollaron en términos de inversión extranjera y financiamiento por la vía de la emisión de ADR (*American Depositary Receipts*) (Canales, 2002, p. 41).

Este modelo cambió en el año 2009. A partir de ese ejercicio en adelante, todas las sociedades anónimas sujetas a fiscalización oficial, en virtud de diversas normas administrativas<sup>18</sup>, fueron obligadas a confeccionar sus estados financieros trimestrales y anuales en conformidad a *International Financial Reporting Standards* (IFRS) o “Normas Internacionales de Información Financiera” (NIIF). Estas normas representan, en lo concreto, los estándares y reglas contables conforme a las que se están representando los estados financieros en las principales economías del mundo, producto de acuerdos de convergencia en tal sentido, que se intensificaron y masificaron en los últimos diez años<sup>19</sup>. En consecuencia, desde que se convirtió en obligatoria la utilización de los IFRS, la remisión de la ley de sociedades anónimas a los PCGA se entiende hecha a los IFRS, los que, incluso en algunos textos oficiales, se denominan “nuevos principios de contabilidad generalmente aceptados”. La interpretación y aplicación de estos cambios sigue reservada al Colegio de Contadores de Chile. Esto justifica revisar sus actuales atribuciones normativas.

### 1.4. La potestad normativa del Colegio de Contadores de Chile, A. G.

En la época en que se otorgó personalidad jurídica al CCC, bajo el imperio de la Constitución Política de 1925, los colegios profesionales eran considerados personas jurídicas de derecho público o incluso corporaciones públicas para estatales que perseguían un fin de interés general (Silva, 1961, pp. 333-338). Cumplían un objeto de mayor amplitud cual era fiscalizar el ejercicio de la

<sup>16</sup> Artículo 13 letra g) de la ley N° 13.011 de 1958.

<sup>17</sup> El BT N° 1 denominado “Principios y Normas de Contabilidad” dictado en el año 1973 dijo explícitamente que la contabilidad se ordenaría de acuerdo a los principios de contabilidad utilizados en países del mundo occidental, especialmente Estados Unidos.

<sup>18</sup> Oficio Circular N° 368, 16.10.06, SVS, para todas las entidades inscritas en el Registro de Valores emisoras de valores de oferta pública, con excepción de las compañías de seguros.

<sup>19</sup> Para más antecedentes de la adopción de las IFRS a nivel mundial véase: IFRS Foundation (2013).

actividad profesional, que se fundamentaba a su vez en la función social que cumplen ciertas profesiones<sup>20</sup>. Al competerles asuntos en los cuales existía un especial interés estatal, por ley se les otorgaba una personalidad jurídica y se regulaba su organización, funcionamiento y atribuciones. La colegiatura era obligatoria para el ejercicio de la profesión y los colegios gozaban de facultades disciplinarias y normativas en la regulación del desempeño de la profesión<sup>21</sup>. La situación anterior cambió bajo la vigencia de la Constitución Política de 1980. Los colegios profesionales pasaron a tener la categoría de asociaciones gremiales<sup>22</sup>. La nueva normativa redujo sus atribuciones a sus fines específicos: “la promoción, racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes en razón de su profesión, oficio o rama de la producción de los servicios y de las conexas a dichas actividades comunes” (artículo primero). En el año 1981 se fijaron nuevas normas que, entre otras cosas, prohibieron la afiliación obligatoria y las facultades jurisdiccionales sobre sus miembros, y establecieron la derogación de todas las normas que pudiesen ser contrarias este objeto<sup>23</sup>. El artículo 73 LSA, sin embargo, continúa estando referido a normas contables que emanan de una asociación gremial.

Los tres organismos del Estado que fiscalizan sociedades anónimas abiertas y especiales tienen atribuciones legales para dictar normas contables de aplicación general a las entidades sujetas a su fiscalización, pero parecen no ejercitarlas en materias de fondo<sup>24</sup>. Los bancos e instituciones financieras se rigen subsidiariamente por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas, en todo cuanto puedan conciliarse

y no se oponga a sus preceptos<sup>25</sup>. En consecuencia, su contabilidad también debe sujetarse a PCGA. Lo anterior sugiere que durante todo el tiempo en que se han desarrollado PCGA parece haber mediado un consenso institucional informal en torno a que las normas contables más relevantes y de fondo las dicta el CCC. En el caso preciso de la CMF (que es la relevante porque también aplica a los bancos), el consenso incluye la limitación de atribuciones al objetivo de precisar aspectos de temas que abordan los Boletines Técnicos, o normar materias sobre las cuales el CCC no ha emitido una opinión<sup>26</sup>.

Un caso ilustrativo de la relevancia del ejercicio de potestades normativas en materia de contabilidad y de las consecuencias de sustraerse de este deber es *Pricewaterhouse con SVS* [2007]. Este es uno de los pocos casos judiciales en que los tribunales superiores de justicia han revocado un acto o criterio del regulador. En él, la Corte Suprema rechazó un recurso de casación en el fondo deducido por la SVS en contra de una sentencia de primera instancia que acogía una reclamación deducida por el recurrente, la empresa de auditoría externa sancionada, para dejar sin efecto una multa aplicada en el año 1996. Se le reprochaba al recurrente la incorrecta aplicación de PCGA en la contabilización de un *leaseback* entre empresas relacionadas (Télex Chile S.A. y Chilesat S.A.), generando millonarias utilidades a la empresa auditada. Para dar razón a la empresa de auditoría sancionada, el tribunal estimó que “el auditor externo está sujeto en el ejercicio de sus funciones a las aplicaciones de ciertas reglas que son, en definitiva, las que determinan la legitimidad contable de una utilidad y que al momento de efectuarse la auditoría no

<sup>20</sup> En ese sentido: Sepúlveda (1980) p. 43 y Ríos (1995) p. 13, que a su vez son citados junto a otros autores en los Antecedentes Históricos del Mensaje N° 518-357, del 5 de junio de 2009, con el que se inicia un Proyecto de Ley sobre Colegios Profesionales. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

<sup>21</sup> Mensaje N°518-2007 de 2009. De todas formas, para más referencias bibliográficas sobre el cambio de concepción en torno los Colegios Profesionales, véase: Fuenzalida (2007) p. 132.

<sup>22</sup> Artículo 37 y disposiciones transitorias del Decreto Ley N° 2.757 de 1979.

<sup>23</sup> Decreto Ley N° 3.621 de 1981.

<sup>24</sup> Como ya hemos dicho antes, la SVS en el artículo 4 letras e) e i) de su ley orgánica y en el caso de la SBIF por el artículo 15 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, conocido como “Ley General de Bancos”, de 1997. En la ley orgánica de la Superintendencia de Pensiones (SP) no existe tal norma expresa (véase artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley N° 101, de 1980). Sin embargo, la SP regula extensamente las materias contables en el Libro IV del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, aprobado por Resolución N° 6, de fecha 18.01.11, SP.

<sup>25</sup> Artículo 41 de la Ley General de Bancos de 1981 (citado en la nota anterior). El propio artículo establece tres excepciones a dicha aplicación subsidiaria.

<sup>26</sup> Ratificando una suerte de prioridad normativa en favor del CCC, véanse: Vergara (2005) p. 142 y Canales (2002) p. 40. La segunda autora citada, lo hace además en calidad de representante de la Superintendencia de Valores y Seguros chilena en una revista que convoca a diversos supervisores de Iberoamérica.

existían normas que contemplaran de manera expresa la situación”. Dicha supuesta incorrección constituía, en realidad, una divergencia de opiniones sobre un asunto que no estaba claramente normado por la Superintendencia —*teniendo atribuciones para hacerlo* (el destacado es de la sentencia)— y los auditores habían dado cumplimiento, en su tarea profesional de auditoría, a todas las normas y principios que correspondía aplicar al efecto, por lo cual se condenó a la demandada (SVS) en costas<sup>27</sup>. Se observa que la empresa sancionada se defiende alegando haber aplicado los principios que el fiscalizador considera infringidos; y la ausencia de un criterio general para contabilizar una operación. La falta de un criterio general se considera imputable a la autoridad sancionatoria (antes SVS, hoy CMF), que resulta perdedora y condenada en costas<sup>28</sup>.

#### 1.5. La pendiente creación de la Junta de Normas de Contabilidad de Chile

El antecedente de la adopción masiva de IFRS por diversos países se explica en gran medida por el hecho de que fueron promovidas por el Banco Mundial y por el IOSCO (*International Organization of Securities Commissions*). El IOSCO es la entidad de carácter supranacional que agrupa a los organismos reguladores o fiscalizadores de distintos países, del cual forma parte nuestra Superintendencia de Valores y Seguros desde 1993, si bien a partir del 2013, con limitaciones en su participación<sup>29</sup>. El IOSCO tiene por misión principal velar por el desarrollo de los mercados financieros y la protección del inversor.

En el caso de Chile, la referencia concreta se remonta al año 2003, en que, a través del Ministerio de Hacienda,

se realizó el primer informe ROSC (*Reports of Observation of Standards and Codes*) por parte del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional para evaluar la estructura de gobierno corporativo y las prácticas nacionales, que a su vez de basan en los principios de gobierno corporativo de la OCDE (World Bank, 2003, Chile-ROSC Gobierno Corporativo). Dicho informe valoró negativamente las normas y las prácticas chilenas en estas materias, e incluso para el área de contabilidad y auditoría, sugirió la realización de un ROSC específico, el cual se efectuó al año siguiente. El Informe ROSC 2004 también arrojó un resultado negativo, considerando la mayoría de los buenos estándares, parcialmente cumplidos o derechamente incumplidos (World Bank, 2004, Chile-ROSC Contabilidad y Auditoría).

El informe ROSC 2004 recomendó como medida prioritaria la implementación con rango legal de los IFRS, en un período estimado de un año. El motivo de esta urgencia era que los PCGA eran menos precisos y exigentes que los IFRS, y daban espacio para que la administración interprete y juzgue con relación al tratamiento contable (World Bank, 2004, Chile-ROSC Contabilidad y Auditoría, p. 10). En el mismo orden de prelación y de tiempo<sup>30</sup>, el informe ROSC 2004 recomendó la creación de una *Junta de Normas de Contabilidad de Chile* (JNCC), para que operase como el único cuerpo oficialmente facultado para establecer e interpretar normas de contabilidad relativas a la información financiera de propósito general, del sector empresarial. El informe propuso que la JNCC fuese representativa de los diversos intereses del sector privado, pero, además, que fuese ampliamente representativa del interés público, incluyendo a los reguladores, pero sin limitarlo

<sup>27</sup> Corte Suprema, Rol N° 1222-07, de 13 de diciembre de 2007. Considerandos décimo octavo y vigésimo, respectivamente.

<sup>28</sup> En sentido contrario, pero como otra muestra de la relevancia práctica que puede tener el ejercicio de potestades normativas en materias contables, tenemos el caso *Supermercados Unimarc S.A con SVS* [2003]. En esta oportunidad la Corte de Apelaciones de Santiago ratificó la legalidad de una instrucción de la SVS que ordenaba a la empresa efectuar ajustes a la información financiera presentada en sus estados financieros de diciembre de 2001, con el resultado de que para el ejercicio 2001, en lugar de reflejar utilidades pasaría a reflejar pérdidas. La medida tenía por objeto corregir el tratamiento contable aplicado a ingresos anticipados recibidos por su filial argentina Supermercados Hipermarc S.A., producto e arriendos efectuados en moneda de origen dólar. A juicio de la SVS, estos ingresos debían tratarse como “pasivos no monetarios” en vez de pasivos monetarios, no correspondiendo la generación de una utilidad por diferencia en su traducción a dólares.

<sup>29</sup> En el año 2013 la SVS fue rechazada por la Secretaría General y Reguladores miembros de IOSCO para signar el Memorandum Multilateral de Entendimiento relativo a la Consulta y Cooperación e Intercambio de Información (MMoU), que permite la adherencia plena a la entidad, en razón de existir brechas institucionales relativas al secreto bancario e intercambio de información, entre otras.

<sup>30</sup> De prioridad 1 a 3, calificó ambas materias con el número 1, que significa llegar a que las prácticas de contabilidad y auditoría en Chile concuerden con las normas y mejores prácticas internacionales.

únicamente a ellos<sup>31</sup>. No obstante lo anterior, ninguno de estos otros cambios sugeridos en el ROSC 2004 se han planteado a nivel oficial. En la práctica el protagonismo y atribuciones del CCC se han visto intensificados. Después de la adopción de las IFRS, entidades fiscalizadoras han delegado en él la facultad interpretativa y modificatoria de las IFRS, situación que genera diversos conflictos de orden práctico.

Este es el caso de la SBIF. Antes de la entrada en vigencia de las IFRS, luego de varias reuniones e intercambios con las partes interesadas y en miras a resguardar la estabilidad del sistema financiero como objetivo principal de la SBIF<sup>32</sup>, la entidad dictó un Compendio de Normas de Contabilidad (CNC). En él se establecieron ciertas excepciones transitorias y permanentes a la plena vigencia de las IFRS, y se dispuso que el CCC fuera el organismo encargado de desarrollar y aplicar cualquier cambio de las IFRS, salvo una opinión en contrario de SBIF<sup>33</sup>. La norma dispone, asimismo, que los bancos tengan la responsabilidad de contar con profesionales calificados y/o asesorarse externamente para implementar los criterios IFRS; y que la SBIF no admita consultas sobre los criterios ni sobre sistemas contables internos<sup>34</sup>.

Por el lado de la SVS, la implementación de las IFRS se reguló mediante diversas circulares comunes y complementarias para todas las entidades inscritas en el Registro de Valores, con excepción de las compañías de seguros. La aplicación de las IFRS a estas últimas se reguló de manera especial y más tardíamente<sup>35</sup>. A

diferencia de la SBIF, la SVS dispuso que en caso de no existir claridad respecto de situaciones específicas, estas debieran consultarse oportunamente con la SVS, y lo mismo hacerse respecto de la clasificación de las cuentas.

Pensamos que hasta que no se unifiquen las potestades normativas en materia contable en un único órgano, suficientemente representativo del interés público y privado, es poco probable que los nuevos principios de contabilidad puedan surtir el efecto esperado y que Chile cumpla adecuadamente los estándares de gobierno corporativo que establece la OCDE.

### 1.6. Las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas (NAGAs)

Así como la LSA hace una remisión a los PCGA como normas reguladoras de la contabilidad, el artículo 246 LMV remite expresamente a las NAGAs. Dictadas por la Comisión de Auditoría, otra comisión asesora permanente del Consejo Nacional del CCC, las NAGAs se aprueban en sesión ordinaria del Consejo. Se denominan o identifican conforme al número de norma interna que las sanciona. La primera NAGA chilena, formalmente con ese nombre, fue dictada en el mes de diciembre del año 1983 y consistió en cuatro secciones o capítulos principales<sup>36</sup>. A partir de esa época, las NAGAs se promulgan y publican por el CCC. Pero el acceso a ellas, tanto en versión impresa como en línea, está restringido únicamente a los miembros colegiados, y no pueden leerse más que a través de unos pocos

<sup>31</sup> El ROSC 2004 calificó como “poco transparente” el proceso de generación de normas contables vigente en Chile. Hizo presente que el mismo no involucraba a los usuarios de los estados financieros de modo que se tomara en cuenta adecuadamente su punto de vista. También se refirió a la influencia que ejercía la comunidad empresarial chilena, como una forma de explicar la percepción de que las normas contables fuesen significativamente menos exigentes que las normas internacionales (World Bank, 2004, Chile-ROSC *Contabilidad y Auditoría*, pp. 8-9).

<sup>32</sup> En todas las reuniones participaron altos directivos de los bancos, representados como gremio por la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras (ABIF), el CCC y un grupo representativo de empresas de auditoría externa. Para más detalles, véanse presentaciones de representantes de la SBIF: Arriagada (2007); Bittner (2007) y Jiménez (2010).

<sup>33</sup> Circular N° 3.410, 09.11.07, SBIF, complementada por la Circular N° 3.443, 21.08.08, SBIF.

<sup>34</sup> A propósito de la aplicación de la multa más alta en la historia de la SBIF chilena a un banco de la plaza se debatió sobre cuál era el adecuado tratamiento contable que debía darse a dichas multas. El supervisor ordenó a la empresa sancionada el rehacer los estados financieros del año 2015, y contabilizar la multa pagada como un gasto, sin compensar parcial o totalmente el impacto de la misma en los resultados (Carta de la SBIF N° 1.893 de fecha 8 de febrero de 2016, dirigida al Banco Corpbanca). A través de la comunicación de un hecho esencial a la SVS (confrontar Comunica Hecho Esencial de Banco Corpbanca, de fecha 9 de febrero de 2016, GG/025/2016) y un el recurso de reclamación subsiguiente (Corpbanca con SBIF [2017]), el banco manifestó que, a pesar del acatamiento de la instrucción de la SBIF, la contabilización original era la que correspondía bajo las IFRS, impugnando el carácter *ex post* de la instrucción de la SBIF respecto de cómo contabilizar la multa. En efecto, el Compendio de Normas de Contabilidad de la SBIF establece que en todas aquellas materias no tratadas ahí, los estados financieros de los bancos debería ajustarse a las normas del CCC, en la medida que este recoja los estándares internacionales del IASB y no medie alguna *instrucción previa* (de la SBIF) en contrario.

<sup>35</sup> Oficio Circular N° 427, 28.12.07, SVS.

ejemplares existentes en bibliotecas de acceso público (Superintendencia de Valores y Seguros, Biblioteca del Congreso Nacional y Biblioteca Nacional). En el caso de las Circulares de Auditoría<sup>37</sup> la situación es más confusa todavía. Con excepción del propio Colegio de Contadores, solo la CMF tiene a disposición del público algunas de ellas (desde el año 1983 hasta el año 2002) ya que en las otras bibliotecas no se encuentran dichos textos.

Las NAGAs que sucedieron a esa primera de 1983 consistieron en la incorporación de secciones en la forma de nuevos capítulos o títulos, y el reemplazo o modificación de diversos títulos y párrafos, sin que una nueva norma dispusiera la supresión global u ordenada de las anteriores para facilitar la determinación de las normas vigentes en una época determinada<sup>38</sup>. En cuanto a su estructura como cuerpo normativo, las NAGAs se dividen sobre la base de “Secciones de Auditoría”, que se abrevian bajo los términos “Sección AU”, y que siempre están seguidas por un número de tres dígitos, entre el 100 y el 900. Luego se dividen en títulos y párrafos, pero los números que los identifican no tienen un orden correlativo, ni lógico ni acumulativo. Gran parte de las NAGAs regulan aspectos técnicos y complejos de la auditoría externa, por lo que pueden calificarse como una verdadera *lex artis* del auditor. Sin embargo, los párrafos que regulan materias netamente técnicas tienen un lenguaje oscuro, impreciso y repetitivo, incluso para alguien que tenga la

formación de contador. Destaca la reiteración de ideas y conceptos; e incluso, en algunos casos, se contradicen unas secciones con otras.

Ahora bien, llama la atención que más de la mitad de las NAGAs estén destinadas a tratar sobre las responsabilidades de la administración y los encargados del gobierno corporativo de la entidad que auditan, en relación a la de los auditores; es decir, a deslindar responsabilidades de quienes realizan la auditoría con el equipo. Frases como “la administración tiene la responsabilidad de” o “la administración reconoce y entiende que tiene la responsabilidad por” son comunes en múltiples párrafos de distintas secciones<sup>39</sup>. Otro tanto ocurre con la definición que realizan sobre la naturaleza de los procedimientos de auditoría, estableciendo, por ejemplo, que “el auditor no puede tener certeza de la integridad de la información” y que “los procedimientos de auditoría pueden ser inefectivos para detectar una representación incorrecta intencional que involucra, por ejemplo, colusión para falsificar documentación que pueda hacer que el auditor crea que la evidencia de auditoría es válida cuando no lo es”<sup>40</sup>. Diversas contiendas judiciales sobre responsabilidad de los auditores se han centrado en torno a las NAGAs, lo que provoca la noción de que en las NAGAs se contienen realmente las funciones, responsabilidades y obligaciones de los auditores externos<sup>41</sup>.

Al igual que a propósito de los PCGA, las NAGAs

<sup>36</sup> AU 100 denominado “Introducción”; AU 200 Normas generales o personales; AU 300 Normas relativas a la ejecución del trabajo; y AU 400 normas relativas al informe. En su prefacio establecía que la responsabilidad del auditor no estaba claramente definida por las leyes y la jurisprudencia, y en el párrafo 130 describía extensamente los objetivos y alcance de la auditoría de estados financieros. Con anterioridad a esta norma, la auditoría se regulaba por los Boletines Técnicos del CCC (principalmente en el número dos).

<sup>37</sup> Las Circulares de Auditoría son pronunciamientos obligatorios que emite la Comisión de Auditoría del CCC, aprobados por el Consejo Nacional del CCC, para unificar criterios de los auditores sobre situaciones especiales en Chile, generadas en los negocios o en disposiciones de los organismos reguladores de la actividad de las empresas, que afectan a un número importante de ellas y respecto de las cuales los auditores se ven en la necesidad de pronunciarse, de acuerdo a las normas generales de la profesión. Circular N° 1 de Auditoría, pág. 3, CCC.

<sup>38</sup> Por ejemplo, la NAGA N° 19 de 1996 incorporó la Sección AU 150, que reemplazó la Sección AU 140 de la NAGA N° 1 de 1983. En el año 1997 la NAGA N° 22 reemplazó expresamente todas las normas de auditoría anteriores a ella; es decir, desde la N° 1 a la N° 21. Desde esa fecha hasta marzo del año 2000, en que se realizó una segunda compilación, se dictaron diecisiete nuevas NAGAs que incorporaron nuevos “títulos” o secciones temáticas. La compilación mencionada vino a reemplazar todas las normas de auditoría hasta la N° 38. Luego se dictaron dieciséis NAGAs nuevas hasta una tercera “Actualización”, realizada en el mes de septiembre de 2004 (NAGA N° 55). Esta última, en sus propios términos, implicó “consolidar, insertar, reagrupar, reestructurar, corregir y eliminar NAGAs anteriores”. De ahí pasamos al año 2009 en que se dictó una quinta Compilación Actualizada (NAGA N° 62); y luego la penúltima Compilación de NAGAs (NAGA N° 63), que se realizó en el mes de marzo del año 2012. Esta última se atribuye a una situación coyuntural (caso “La Polar”), por el corto tiempo transcurrido desde la anterior y por la índole de las modificaciones que supuso (diario El Mercurio de Santiago, 12 de septiembre de 2012, p. B-14). Finalmente, en abril del 2017 se aprobó la NAGA N° 71, que es la Nueva Compilación de las NAGAs, considera todas las normas vigentes hasta la NAGA N° 70, e incorpora nuevas normas y modificaciones a las ya vigentes.

<sup>39</sup> Principalmente en las secciones AU 110; AU 200; AU 312, AU 316 y AU 317, si bien idénticas frases se repiten en otras.

<sup>40</sup> Sección AU 200 denominada “Objetivos generales del auditor independiente y efectuar una auditoría de acuerdo con normas de auditoría generalmente aceptadas”.

chilenas, se inspiran en el modelo norteamericano de normas de auditoría denominadas *General Accepted Auditing Standards* (GAAS). Este modelo consiste en ciertas directrices generales que ayudan a los auditores a cumplir con sus responsabilidades profesionales y que regulan principalmente materias relativas a sus capacidades, desempeño del trabajo y el modo en que informan sus resultados. Se reconoce que no son suficientemente específicas para proporcionar alguna guía significativa a los profesionales. Sin embargo, los GAAS representan un marco de referencia con base en el cual el organismo americano competente, el *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA), puede realizar interpretaciones relevantes y vinculantes (Arens, 2007, p. 38). Cabe destacar que en la mayoría de los países desarrollados, las normas de auditoría para sociedades que cotizan en bolsa son dictadas por organismos públicos y, más recientemente, por entidades creadas especialmente para regular los principios contables y la profesión auditora, como sería la eventual JNCC que ya expusimos<sup>42</sup>.

Así como existe un proceso de convergencia de los PCGA a los IFRS, existe una tendencia mundial de estandarizar las normas de auditoría locales a las Normas Internacionales de Auditoría (NIAs). Sin embargo, las NAGAs chilenas no están estandarizadas con las NIAs. El informe ROSC 2004 observó la necesidad de que en Chile se crease una Junta Supervisora Pública de Auditores Externos (similar a la Junta Nacional de Contabilidad de Chile), encargada específicamente de establecer las normas relativas al ejercicio de la profesión, en coherencia con las NIAs, y exigir su cumplimiento

mediante inspecciones *in situ* y procedimientos disciplinarios reportados al público (World Bank, 2004, Chile-ROSC Contabilidad y Auditoría, pp. 24 y 25).

Recapitulando todo lo expuesto hasta ahora es posible afirmar que en Chile las sociedades anónimas abiertas y especiales tienen la obligación impuesta por ley de someter sus estados financieros a una auditoría externa antes de hacerlos públicos. Esta auditoría está actualmente entregada a EAE constituidas con este solo objeto y sometidas a fiscalización de la autoridad. A la vez, no hay claridad sobre qué deba entenderse por una auditoría externa; es decir, si es un proceso formal de validación de registros contables conforme a procedimientos estándar o un proceso sustancial de fiscalización de la administración de la empresa auditada para información pública y de los interesados. Otro problema es que las normas conforme a las cuales se practican los procedimientos de auditoría emanan de los mismos profesionales llamados por ley a realizar esta actividad. Los intentos por cambiar este estado de cosas han fracasado por negativa de las autoridades reguladoras (SBIF y CMF) a asumir la tarea de validar y homogeneizar las normas de auditoría conforme a estándares internacionales. Tampoco hay decisiones de la judicatura que interpreten las leyes que mandan realizar estos procesos de una manera que respete su sentido “claramente manifestado en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento” (artículo 19 del Código Civil). El recurso a los antecedentes históricos de la auditoría externa permite conectarla con su sentido, que no es otro que la fiscalización privada o control externo de la administración de la entidad auditada.

---

<sup>41</sup> Por ejemplo, si se revisan los argumentos de la defensa (tal cual aparecen consignados en la sentencia) en Wackenhut con Deloitte [2005], estos plantean que en las NAGAs se encuentran los deberes y obligaciones de los auditores; y que un análisis de ellas lleva a concluir que los estados financieros y la contabilidad son de responsabilidad exclusiva de cada sociedad; que los auditores solo tienen la misión de informar sobre la razonabilidad de dichos estados financieros preparados por la sociedad; que los auditores no tienen otra misión que la de opinar sobre ellos; y que no es función de los auditores la detección de fraudes salvo que se haya contratado expresamente esa misión. La empresa auditada era una sociedad anónima cerrada y no abierta. Observamos que la misma línea argumental se repite en un juicio de reclamación de multa (Rol N° 12.140-2012, caratulado “PWC con SVS” pendiente ante el Cuarto Juzgado Civil de Santiago), en que los asuntos más medulares del conflicto, tales como si los auditores tienen o no la obligación de detectar el fraude, se resolverían en definitiva de acuerdo a la interpretación que cada parte hace de las NAGAs.

<sup>42</sup> Así, por ejemplo, en Estados Unidos las normas de auditoría las dicta un Consejo de Supervisión de Contabilidad para Empresas Públicas (Public Company Accounting Oversight Board o “PCAOB”) que se creó el año 2002 con la dictación de la Ley Sarbanes Oxley (LSOX). Antes de esto era la SEC el organismo que había acogido y revisado todas las NAGAs anteriormente vigentes.

## 2. Antecedentes históricos de la auditoría externa como fiscalización privada

Los antecedentes históricos de las normas que exigen actualmente la auditoría externa de registros contables demuestran que este proceso no puede limitarse a la comprobación del cumplimiento formal de ciertos estándares. Una de sus funciones es, en efecto, la fiscalización privada de la administración. La fiscalización privada se introdujo, primeramente, como contrapartida de la eliminación de la autorización y fiscalización pública de sociedades anónimas (A). También se observa en ella una manifestación del derecho de información de los accionistas (B). La fiscalización privada se empieza a exigir, asimismo, como una manera de dar seguridad al mercado de valores, evitando prácticas que paulatinamente fueron proscritas en los diversos países, como los juegos de azar, el agiotaje y la manipulación o falsedad de información respecto de valores cotizados (C).

### 2.1. La fiscalización privada como contrapeso de la libertad de constitución y funcionamiento de las sociedades anónimas

La auditoría externa tiene su antecedente en lo que la doctrina comercial denomina fiscalización “privada” o “delegada” de los accionistas de la sociedad anónima, en oposición a la fiscalización “pública” o “externa” que realiza el Estado<sup>43</sup>. El desarrollo de sistemas de fiscalización privados y obligatorios de la administración social está relacionado con la libertad de constitución y funcionamiento de las sociedades anónimas. El Código de Comercio (1865), al igual que los de la mayoría de los países europeos y latinoamericanos, contempló un sistema de autorización estatal para la constitución y modificación de sociedades anónimas (art. 427 CCom. original) inspirado en el Código de Comercio francés de

1807<sup>44</sup>. La generalidad de estas legislaciones abandonó el sistema antes del término del siglo XIX, en aras de la libertad de asociación y del principio de libre comercio. El sistema de autorización estatal tuvo su cese definitivo en Chile recién un siglo más tarde, en el año 1981, en que se adoptó una nueva legislación inspirada en el principio de no interferencia estatal, con la dictación de la LSA que nos rige actualmente (ley N° 18.046, de 1981).

Los casos más representativos del derecho comparado (en relación a nuestro sistema) muestran que el tránsito institucional fue casi homogéneamente el siguiente. Al mismo tiempo que se derogaba la autorización estatal y se decretaba la libertad de constitución y funcionamiento para las sociedades anónimas, las legislaciones se ocupaban de compensar tal reducción de custodia mediante normas sobre publicidad y registro de actos y escrituras, presentación periódica de balances e información relevante y, especialmente, obligatoriedad de que en los estatutos sociales se designase una “entidad” no estatal de control o fiscalización a la administración de la sociedad. Esta entidad de control o fiscalización tuvo un nombre, naturaleza y evolución distinta en cada país. Sin embargo, sus características y motivaciones fueron similares y, especialmente, la prevención de engaños o fraudes<sup>45</sup>.

Justamente, la supresión del tutelaje del Estado no alteró la convicción generalizada de que hay un interés público en la fiscalización de sociedades anónimas. A estas se les atribuye ciertos riesgos estructurales, como son: la responsabilidad limitada a un capital de valor insuficiente y variable, socios desligados o inactivos sobre su marcha, excesivo poder de la administración y riesgo de falta de honestidad, libre cesión de acciones

<sup>43</sup> En la doctrina nacional véanse: Palma Rogers (1940) p. 64; Olavarría (1970) p. 558; Fernández (1977) p. 113; Puelma (1996) pp. 553 a 560; y Puga (2013) pp. 538, a pesar de que los dos últimos son menos nítidos en sus criterios de clasificación. Por la doctrina extranjera véanse las diversas referencias que se hacen en este capítulo.

<sup>44</sup> Sobre la incidencia del *Code de Commerce* de 1807 francés en los códigos de comercio latinoamericanos véase, Biondi & Zambon (2012) p. 443.

<sup>45</sup> *Auditors* en Inglaterra (1844) si bien entre 1856 y 1900 se suprime el carácter obligatorio; *Commissaire* en Francia (1863) y Bélgica (1873); *Aufsichtsrat* en Alemania (1870); *Commissaire Verificateurs* en Suiza (1881); *Sindaci* en Italia (1882). Los *Auditors* en Estados Unidos (1929) y los *Censores de Cuenta* en España (1951) son los únicos casos en que la obligatoriedad del fiscalizador privado es posterior a la supresión de la autorización estatal.

y especulaciones sobre su valor. Todos estos factores contribuían a la opinión de que las sociedades anónimas podían prestarse para defraudar a accionistas o terceros, y que, por la magnitud de sus operaciones, esto podía tener repercusiones en la economía y socavar la confianza pública<sup>46</sup>.

Por otro lado, estudios de historia económica y política vinculan la reticencia a las sociedades anónimas con una problemática más amplia y de orden político, consistente en que las “asociaciones privadas” eran vistas como resabios de orden feudal, opuestos a ideales democráticos e igualitarios<sup>47</sup>. Con todo, el cambio concreto de la vigilancia de carácter estatal por una privada, obedeció a la convicción de que los propios dueños del capital o partes interesadas podrían desempeñar dicha tarea de manera más eficiente que una burocracia gubernamental, sujeta a criterios políticos, fácilmente corruptible y con desconocimiento práctico del mundo financiero y empresarial.

### 2.2. La fiscalización privada como manifestación del derecho de vigilancia e información de los accionistas

En sus orígenes, el modelo de fiscalización privada se entendía en términos mucho más amplios que lo que sucede en la actualidad porque se fundamentaba en la revocabilidad del directorio como elemento esencial de la sociedad anónima, inderogable por la voluntad de las partes. La principal misión de la fiscalización privada tendría que ver con “la desnaturalización de la función societaria que significaría el hecho que los administradores adquieran un grado de independencia hipertrofiado” (Halperín, 1965, p. 206).

La fiscalización privada fue concebida como una solución práctica y eficaz para que los accionistas, individualmente considerados, pudieran ejercer su derecho de vigilancia e inspección sobre la administración, que en los hechos era dificultoso por diversas razones. Por una parte, se manifestaba una tendencia al desinterés y a la no participación por parte de los pequeños accionistas,

sumada al permanente recambio de socios y la extendida falta de competencia para entender los balances. Por otra, que si la intervención se llevara a cabo de modo directo y en cualquier tiempo por cada uno, se infringiría el principio del secreto mercantil y se dificultaría la buena marcha de los negocios sociales (Bermúdez, 1948, p. 24; Salinas, 1954, p. 80).

En atención a todos estos problemas es que el derecho de vigilancia se delegó en unos pocos accionistas a quienes se concibió como verdaderos mandatarios de los demás. Por lo mismo, la designación del fiscalizador privado recayó desde sus comienzos en la asamblea general. Las únicas variantes que con el tiempo se fueron dando consistieron en asegurar la protección de los accionistas minoritarios en la representatividad del propio fiscalizador<sup>48</sup>. Este modelo prevaleció en varios países. En otros al fiscalizador privado se le daba el carácter e investidura de un órgano social, como ocurre en el caso alemán<sup>49</sup>.

Es común la alusión metafórica al control o fiscalización privada como el “ojo de la asamblea”<sup>50</sup>. Entre otras funciones o bondades que se le asignan al sistema se destaca la función de contrapeso entre el órgano de administración y la asamblea de accionistas, lo cual contribuiría a asegurar la protección de la sociedad como un todo<sup>51</sup>.

Interesa resaltar que sobre la base de la fiscalización privada obligatoria se han justificado restricciones a los derechos de información e inspección de los accionistas individualmente considerados. Palma, por ejemplo, menciona sentencias arbitrales chilenas que habrían negado el derecho de los accionistas a que se les muestren los libros por la existencia de inspectores de cuentas; y lo mismo ocurre en el derecho comparado (Palma Rogers, 1965, p. 229)<sup>52</sup>. Para evitar este problema en Chile parece haber sido habitual que los estatutos de sociedades anónimas contemplaran cláusulas como la siguiente: “la designación de inspectores es sin perjuicio del derecho que dan a los accionistas los artículos 461 y

<sup>46</sup> Una síntesis de los inconvenientes y riesgos de engaño que conlleva la sociedad anónima según representantes de la doctrina nacional que justifican el sistema de autorización gubernativa: Palma (1941) pp. 182 y 229; Varela (1965) p. 133.

<sup>47</sup> Véase, Lefebvre-Teillard (1985) y Rochat (2009) quien a su vez reseña otras fuentes en el mismo sentido.

<sup>48</sup> Montilla (1981) p. 417.

<sup>49</sup> Embid Irujo (2010) pp. 75.

<sup>50</sup> Brunnetti (1988) p. 504.

<sup>51</sup> Un planteamiento desarrollado de la protección de la sociedad como fin primordial de la vigilancia privada: León (2007) p. 991.

<sup>52</sup> Hacemos presente que no pudimos encontrar el texto de las sentencias que menciona el autor, por falta de referencias específicas.

462 del Código de Comercio” (Estatutos de Comercial E. Bohem S.A., 1939)<sup>53</sup>.

Esta delegación permanente del más amplio derecho de información y vigilancia en los inspectores de cuentas o auditores externos fue delimitando el derecho de información directa de los accionistas, como un derecho que debe ser ejercicio “dentro de la Junta, que incluye la facultad de solicitar información y el derecho a recibir la información solicitada” (Otero Lastres, 1993, p. 92). Por lo mismo, algunos autores le atribuyen cierto carácter accesorio al derecho a voto (Uría-Menéndez y Muñoz-Planas, 1992, p. 253), o una relación instrumental con otros derechos, tales como el derecho de voto, de impugnación de acuerdos sociales, de dividendo, etc., aunque subsista la noción de que el derecho de información responde al aseguramiento de una correcta administración y protección del patrimonio social.

Según algunos autores, a lo largo de la historia del derecho corporativo se ha ido incrementando la flexibilidad con que actúan los directores, y limitando los derechos de los accionistas, incluso dentro de la normativa propia de los mercados de valores. Se habla de una legislación que progresivamente aísla o margina a los accionistas de la administración, algo que parece ser contrario a lo que era el espíritu y diseño original del derecho corporativo (Bebchuk, 2004, p. 113; Velasco, 2006, p. 409).

Esta última tendencia, a nuestro juicio, podría explicar también la pérdida del componente jurídico que ha tenido el análisis dogmático de la auditoría externa, en la medida en que se ha olvidado y oscurecido su relación con el derecho de vigilancia e información de los accionistas.

### 2.3. La fiscalización privada como sustento de legitimidad al mercado de valores

Existen otras motivaciones históricas que dieron forma

y contenido a la auditoría externa en tanto mecanismo preventivo de las malas prácticas en las bolsas de comercio, como las operaciones a futuro, que se fueron consideradas al principio como juegos de azar, y el agiotaje.

#### 2.3.1. La prohibición de juegos de azar

La imposición de auditorías está relacionada con el cuestionamiento de la legitimidad y licitud de ciertas operaciones, como las denominadas “operaciones a plazo”<sup>54</sup>. La jurisprudencia chilena se mostró dubitativa respecto de si las deudas que originaba la compraventa de acciones a plazo, daban o no acción para el cobro de las diferencias, por considerarlas operaciones de juego<sup>55</sup>. Se afirmaba:

El juego se basa en la pura esperanza, en lo desconocido... mientras que la especulación, en su sentido propio, se basa en el cálculo de probabilidades, en el mayor o menor número de datos e informaciones que posea el especulador (D’Albuquerque, 1925, p. 23). Nos interesa destacar que a raíz de estas discusiones se instaló un consenso doctrinario respecto de que la especulación, para ser lícita, requería basarse en información económica lo más veraz o exacta posible, sobre el valor mismo, su correspondiente emisor y factores externos que pudiesen afectar las cotizaciones<sup>56</sup>: “...el juego comienza donde falta un examen serio... se considera como especulador al que prevé y jugador al que se entrega a la suerte” (Aritzía, 1920, pp. 14-15)<sup>57</sup>.

En síntesis, la especulación al alza o a la baja sobre acciones y valores debería apoyarse en pronósticos económicos que revistan algún grado de seriedad; y es ese el sentido de que las regulaciones de los mercados de valores exijan a las sociedades que cotizan presentar al

<sup>53</sup> El artículo 461 del CCom disponía el depósito del balance, inventario, actas, libros y demás piezas justificativas en la oficina de la administración ocho días antes de la asamblea general. El artículo 462, que la contabilidad solo podía ser examinada en los ocho días previos a la asamblea general o en la forma que prescribiesen los estatutos.

<sup>54</sup> Para una explicación detallada, véase: Santa Cruz (1899) p. 38 y Schalck (1923) p. 76. Los autores nacionales de la época citan a Proudhon en esta materia. En base a ello, consultamos la fuente directa Proudhon(1857) en la cual efectivamente se desarrolla una propuesta de criterios sistemáticos para distinguir entre especulación ilícita (agio por el agio) respecto a otras de carácter lícito. Actualmente, operaciones a plazo (OP) son aquellas transacciones en que ambas partes acuerdan diferir la liquidación de la operación a un plazo determinado, que no podrá ser inferior a 3 días hábiles bursátiles ni superior a 180 días corridos después de realizada la operación. En ese sentido, véase: BCS (1991) *Manual de Operaciones en Acciones* y BEC (2005) Art. 1.º del *Manual de Garantías de Operaciones a Plazo*.

<sup>55</sup> Véase Gaceta de los Tribunales año 1896, Tomo III, sentencia 5143 y Gaceta de los Tribunales de 1898, Tomo I, sentencia 2180.

<sup>56</sup> “La otra especulación de juego, solamente fundada en el azar, y no en sanas previsiones de que sólo son capaces los profesionales, es como queda dicho, estéril y perjudicial” Otero (1931) p. 39.

<sup>57</sup> Aritzía cita a tratadistas alemanes.

público sus balances certificados, al menos anualmente, y que asimismo se fijen requisitos a las personas que presten dichos servicios de revisión o certificación.

### 2.3.2. Prohibición de agiotaje y manipulación o falsedad de información

En todos los mercados de valores existió, y sigue existiendo, una nociva práctica que antiguamente se denominaba agiotaje. El agiotaje consiste en maniobrar para producir artificial y fraudulentamente alteraciones en la cotización de un valor, siendo el camino más común, el de proporcionar noticias falsas (Olivos, 1940, p. 95). Esto es sin perjuicio de que muchas veces el concepto de agiotaje se confunda o pretenda hacer de sinónimo del azar aplicado a las bolsas. Ya fuese bajo la denominación de agiotaje o de manipulación, la defraudación al público con valores mobiliarios fue una nota común al funcionamiento de las bolsas de comercio europeas a lo largo de todo el siglo XIX<sup>58</sup>. Ya en 1918 la doctrina planteaba que las medidas para evitar el agiotaje o

engaño, como la exigencia de auditorías externas, no se debían limitar a las operaciones a plazo, sino que debían extenderse a la admisión de todo valor que deseara ser materia de transacciones de Bolsa (Quintana, 1918, p. 54).

Recapitulando podemos decir que la fiscalización privada por inspectores de cuentas o auditores externos se introduce históricamente como contrapartida de la libertad de constitución y funcionamiento de las sociedades anónimas, como manifestación del derecho de vigilancia e información de los accionistas, y como garantía de legitimidad de operaciones bursátiles sobre títulos o valores emitidos por sociedades anónimas. Se trata, como se observa, de objetivos bien concretos, de fondo, cuyo cumplimiento sobrepasa el juicio de conformidad formal de los registros contables con criterios de contabilidad generalmente aceptados. La recepción y desarrollo de este fenómeno en Chile tiene particularidades que en parte contribuyen a explicar la situación actual de la auditoría externa. Este estudio es el que se ofrece a continuación.

## 3. Recepción y desarrollo de la fiscalización privada en Chile hasta el año 2009

Durante más de un siglo, las sociedades anónimas se constituyeron en Chile mediante autorización del presidente de la república, luego de un largo proceso de revisión de estatutos. Recién en el año 1970, mediante una reforma al Código de Comercio<sup>59</sup>, se agilizaron y simplificaron los trámites de constitución y modificación de sociedades, y se traspasó la competencia de la autorización al superintendente de Sociedades Anónimas. Por intervención directa del presidente de la república o de un funcionario público, hasta el año 1981 el sistema chileno estuvo dominado por la óptica de fiscalización pública de las sociedades anónimas y de las bolsas de comercio (Carey, 1993, pp. 226).

La fiscalización privada a través de inspectores de cuenta o auditores externos se introduce, paralelamente, por el uso. Esta recepción recibe una posterior sanción de rango normativo en 1918. En la reforma de 1981

(leyes N° 18.045, de 1981, sobre mercado de valores, y N° 18.046, de 1981, sobre sociedades anónimas) se confiere por primera vez rango de ley imperativa a la obligación de auditar los estados financieros para sociedades anónimas abiertas y especiales. A su vez por estas mismas leyes se autoriza la constitución y funcionamiento privado de la mayoría de las sociedades anónimas. Con algunas reformas posteriores, esta es la situación normativa con que se encuentra la ley N° 20.382, de 2009, sobre gobiernos corporativos.

### 3.1. Fiscalización pública de sociedades anónimas en Chile

A partir de la entrada en vigencia del Código de Comercio, sobresale la figura del “comisario fiscal” (artículo 436 inciso primero del texto original del CCom). El comisario fiscal era designado por el presidente

<sup>58</sup> Valenzuela (1915).

<sup>59</sup> Ley 17.308, de 1970.

de la república para vigilar las operaciones de los administradores de sociedades anónimas, y dar cuenta de la inejecución o infracción de los estatutos. Su remuneración era fijada por la autoridad, pero pagada por la sociedad que vigilaban.

Según documentan estudios monográficos de la época, los comisarios fiscales “nunca indicaron al presidente de la república abuso o infracción alguna de los reglamentos sociales, ni denunciaron como incorrecta la instalación de ninguna compañía” (Barrios, 1899, p. 42). Sobre todo, se criticaba su condición de dependientes de la compañía, en tanto esta condición los privaba de la imparcialidad necesaria a sus funciones (Jiménez, 1915, p. 33). La figura del comisario se replicó para la fiscalización de las compañías de seguros desde el año 1904<sup>60</sup>, bajo la denominación de “inspectores” de oficinas fiscales, con facultades expresas de “vigilar las operaciones, libros y cuentas de las compañías nacionales y agencias extranjeras”. La misma norma exigía a las compañías o agencias a “manifestar en el acto sus libros y archivos a los inspectores bajo la multa de mil pesos”. Se disponía que la adulteración o falsificación de los balances fuera castigada con las penas establecidas en los artículos 193 y 194 del Código Penal<sup>61</sup>.

La situación descrita mereció la crítica de autores extranjeros y nacionales<sup>62</sup>. En el año 1898, se presentó un proyecto de reforma al Código de Comercio que abogó por la supresión del sistema de autorización y vigilancia de la autoridad, reemplazándolo por medidas legislativas que pongan a los particulares al abrigo de especulaciones i sorpresas a que se presta la creación de sociedades ficticias, encaminadas a esplotar la buena fe de los ignorantes i de los incautos, mas que a realizar operaciones verdaderas de comercio”<sup>63</sup>.

Aunque el proyecto no prosperó, recién entrado el siglo XX parecía haber consenso en que la vigilancia personal de los asociados era el sistema que mejor cautelaba la buena marcha de la sociedad, y que no era admisible que junto con ella concurriese la del Estado; mucho menos que fuese sustituida por este último (Jiménez, 1915, pp. 14).

Por otra parte, era usual que se pusiera de relieve la incoherencia entre el intenso control público y burocracia que se cernía sobre las sociedades anónimas y la ausencia de una normativa que regulara las operaciones de bolsa (Santa Cruz, 1919, pp. 22). Si bien el proyecto original del Código de Comercio presentado por don Gabriel Ocampo contenía un título especial destinado a regular las bolsas de comercio y operaciones de corretaje, tal regulación fue eliminada completamente por la Comisión Revisora, arguyéndose que contravenía la libertad de comercio<sup>64</sup>.

Los casi cincuenta años que Chile no tuvo regulación legal del mercado de valores se caracterizaron por fenómenos de fraude seguidos de “pánico bursátil”, con fuertes repercusiones en la economía y el crédito público, la quiebra de diversas sociedades anónimas y el empobrecimiento de accionistas. Los historiadores dan cuenta detallada de cómo la adquisición de valores en sociedades anónimas, ya a fines del siglo XIX, involucraba a inversionistas de distintos estratos sociales y nacionalidades, que en su mayoría parecen haber sido personas de menores recursos, que acudían al crédito para comprar acciones; y que, por ende, se veían muy perjudicadas en las épocas de baja<sup>65</sup>.

En el año 1924 se promulgó la primera ley reguladora de las bolsas de comercio y operaciones de bolsa, y se creó la figura del inspector de bolsa<sup>66</sup>. El mismo año, a

<sup>60</sup> Artículo 11° de la ley N°1.712 que Reglamenta el Funcionamiento de las Compañías de Seguros., *Diario Oficial*, 19 de noviembre de 1904,

<sup>61</sup> Presidio menor en sus grados medio a máximo tratándose de particulares y empleados públicos, pudiendo aumentar, para el último caso, a presidio mayor en su grado mínimo. Código Penal de Chile.

<sup>62</sup> En representación de autores nacionales, Barrios (1899) p. 37. Para las críticas sobre nuestro sistema, provenientes de autores extranjeros a la época, se puede ver: Olavarría (1977) p. 7.

<sup>63</sup> El proyecto fue presentado por el Diputado Maximiliano Ibáñez, quien fue comisionado por el Gobierno de Balmaceda para estudiar derecho en Francia y como fruto de sus estudios, presentar un proyecto de reforma (Peña, 1918, p. 5).

<sup>64</sup> Se sospecha que sobre esta decisión tuvo influencia decisiva el pensamiento del economista Gustavo Courcelle-Seneuil. Al respecto, consúltese la obra más completa y acabada sobre la historia del mercado de valores, si bien con un énfasis en las visiones e intereses de las propias bolsas: Couyoumdian y Tocornal (1993) p. 36.

<sup>65</sup> Se puede ver Couyoumdian y Tocornal (1993) todo el capítulo segundo y Bravo (2000) p.94.

<sup>66</sup> Decreto Ley N° 93, de 1924. El proyecto tiene la particularidad de haberse inspirado en dos proyectos previos redactados por los senadores don Luis Claro Solar y Eleodoro Yáñez.

causa del fracaso del sistema de comisarios, se creó la Inspección General de Sociedades Anónimas para que se ejercitase permanentemente la vigilancia pública de que hablaba el artículo 436 del Código de Comercio<sup>67</sup> y se impidiese la constitución de nuevas sociedades “que no descansen sobre una base seria y cuyo capital sea inadecuado a la magnitud de la empresa”.

En el año 1925 se produce un verdadero hito en la profesionalización de la fiscalización pública, a causa de la conocida “Misión Kemmerer”. Como resultado se establece una Superintendencia de Bancos, para intentar superar el frustrado desenlace del cargo de Inspector de Bancos creado en nuestro país en el año 1912<sup>68</sup>. Dos años más tarde, en el año 1927, se dictó una ley que nacionalizó el comercio de seguros y creó la “Superintendencia de Compañías de Seguros”<sup>69</sup>. De modo similar a la Superintendencia de Bancos, la nueva entidad se financiaba por las propias entidades fiscalizadas. Dicha legislación estuvo motivada por la convicción de que los seguros constituían un rubro “sometido a los intereses extranjeros y a la impunidad imperante en el mundo de los negocios... que debía ser constantemente vigilado” (Esponda, 2010, p. 9)<sup>70</sup>. Al año siguiente, en 1928, se dictó una ley que fundó la Inspección General de Sociedades Anónimas y Operaciones Bursátiles<sup>71</sup>. Esta ley fue, en definitiva, una refundición de lo estatuido en la normativa sobre operaciones bursátiles, más arriba señalada, y la antigua Inspección de Sociedades Anónimas. Tal era la importancia que se atribuía a la fiscalización, que el discurso presidencial del año 1929 se refirió especialmente a esta Inspección, reportando que había surtido cumplidamente los efectos que de ella se esperaban, cuales eran el restablecimiento

de la confianza pública en las sociedades anónimas y la seguridad de que el comercio de valores mobiliarios no sería “basterdeado” por especulaciones dolosas<sup>72</sup>. Por último, en el año 1931, por razones de índole presupuestaria, se fusionaron ambos organismos, bajo el nombre de Superintendencia de Sociedades Anónimas, Compañías de Seguros y Bolsas de Comercio<sup>73</sup>, y se estableció la derogación expresa de todas las entidades públicas de fiscalización antes mencionadas.

La Superintendencia estuvo dotada de importantes atribuciones investigativas ligadas a la revisión de la contabilidad de dichas entidades y a la vigilancia permanente de las operaciones sociales. También de amplias facultades normativas para dictar las normas contables a que debían sujetarse los balances y regular la publicidad de los mismos. La descripción enumerada de sus múltiples atribuciones culminaba con la facultad genérica de proponer al presidente la revocación de autorización de existencia, cuando de las investigaciones que practicara, resultara que la administración se había llevado en forma fraudulenta o manifiestamente descuidada<sup>74</sup>.

### 3.2. Recepción consuetudinaria de la fiscalización privada (años 1854 a 1918)

La vigilancia de los accionistas o fiscalización privada estuvo ampliamente difundida en los usos estatutarios de las sociedades anónimas que se crearon y autorizaron en Chile entre 1854, fecha en que se dicta la primera LSA, y 1918 fecha en que se dicta el primer RSA<sup>75</sup>. Esto se demuestra observando cómo se plasmaban diversos sistemas de fiscalización privada en los estatutos de sociedades anónimas de la época. A continuación,

<sup>67</sup> Art. 1° del Decreto Ley N° 158 que crea la Inspección General de Sociedades Anónimas, promulgado el 18 de diciembre de 1924.

<sup>68</sup> Ley N° 2.621, de 1912. Estudios históricos destacan la rápida legitimación pública de la Superintendencia de Bancos, a pesar de una fuerte oposición inicial e intenciones de suprimir dicha norma casi apenas dictada (Couyoumdian, 2000, p. 39).

<sup>69</sup> Ley N° 4.228, de 1927, que derogó a la ley N° 1.712, de 1904.

<sup>70</sup> En referencia al Ministro de Hacienda Pablo Ramírez Rodríguez.

<sup>71</sup> Ley N° 4.404, de 1928.

<sup>72</sup> Mensaje leído por S.E. el presidente de la república Carlos Ibáñez del Campo en la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso Nacional, 21 de mayo de 1929.

<sup>73</sup> Decreto con Fuerza de Ley N° 231, de 1931, si bien el texto definitivo de dicho cuerpo normativo fue establecido el 20 de mayo del mismo año, a través del Decreto con Fuerza de Ley N° 251.

<sup>74</sup> Artículo 83 letra k) del Decreto con Fuerza de Ley N° 231 de 1931. La mayoría de sus facultades existían ya en la Inspección General de Sociedades y en gran parte se mantienen intactas en la normativa que rige a su continuadora legal, nuestra actual Superintendencia de Valores y Seguros.

<sup>75</sup> Hacemos presente que el artículo 469 del Código de Comercio dispuso la ejecución de la ley a través del reglamento y, sin embargo, este se dictó casi 53 años más tarde.

algunos ejemplos, tomados de archivos disponibles al público:

Estatutos del Banco Chileno Garantizador de Valores (1864):

Artículo Veintinueve. Corresponderá a la Junta General de Accionistas: ... Tercero. Nombrar en la reunión ordinaria dos accionistas como propietarios y otros dos como suplentes encargados de examinar los balances que se practiquen durante el año de su nombramiento debiendo informar sobre ello en la inmediata reunión ordinaria.

Estatutos de Compañía de Gas de Santiago (1867):

Artículo 44. Son atribuciones de la asamblea general:

Primero: nombrar una comisión de dos accionistas que examinen el inventario i balance que se le presenten i oír i discutir en la segunda sección de los meses de febrero i agosto el informe escrito de esa comisión. Los comisionados tendrán libre acceso a los libros y documentos de la empresa para examinar la exactitud del inventario i balance, i podrán solicitar de la junta directiva i del administrador todas las explicaciones que necesiten a fin de cumplir debidamente su comisión...

Estatutos de Compañía Beneficiadora de Metales de Tacna (1900):

Título VI. De la Inspección. Artículo 37. La Comisión inspectora de accionistas, nombrada en conformidad a lo que dispone el artículo 29 se compondrá de dos miembros. Esta comisión examinará las operaciones del semestre vencido e informara a la asamblea general ordinaria correspondiente certificando la conformidad del balance de los libros i espondrá, si lo juzga necesario, lo que haya encontrado de perjudicial en las operaciones de la sociedad.

Encontramos cláusulas semejantes en los estatutos

de la "Sociedad Minera Panquinilahue" (1900)<sup>76</sup>; de la "Compañía Salitrera Ibérica S.A." (1901)<sup>77</sup>; de "La Tabacalera S.A." (1911)<sup>78</sup>; y de la sociedad "La Vega Central S.A." (1911)<sup>79</sup>.

Cuando los balances de las agencias de compañías extranjeras, autorizadas para funcionar en Chile, eran de procedencia anglosajona, en vez de estar visados por inspectores de cuentas, lo estaban por firmas auditoras propiamente tal. Destaca el caso de ciertas agencias inglesas, en las cuales los auditores eran *Pricewaterhouse & Co*, quienes, en la parte inferior del balance, escribían un verdadero informe de auditoría, muy similar al que conocemos hoy en día:

Reportamos a los accionistas que hemos examinado el balance... este ha sido, en nuestra opinión, adecuadamente confeccionado y exhibe una verdadera y correcta vista del estado de los asuntos de la compañía como lo muestran los libros y retornos<sup>80</sup>.

Asimismo, los textos de estudio de comienzos del siglo XX conocían y describían bastante bien el sistema de fiscalización privada. Algunos autores la consideraban incluso como otro órgano social, además de la Junta y el Directorio. En general, se ponía de manifiesto la necesidad de regular detallada y cuidadosamente, en los estatutos, la facultad de vigilancia de los accionistas ya que nada disponía el Código de Comercio al respecto, a diferencia de lo que ocurría con las sociedades en comandita por acciones (Barrios, 1899, p. 42 y Jiménez, 1915, p. 15).

En el derecho francés, el antecedente material de los comisarios de las sociedades anónimas, se remonta al *Conseil de Surveillance* para las sociedades en comandita por acciones (Riviere, 1857, p. 55). En el caso chileno, no podemos aseverar lo mismo. Su origen es consuetudinario, pues empieza a usarse por pacto de

<sup>77</sup> "Art. 38. En las reuniones ordinarias de enero a julio, la junta general elegirá dos inspectores y dos suplentes para el examen de las operaciones del semestre corriente. Dicha comisión examinará los libros, documentos y todas las operaciones de la compañía, y presentará su informe en la siguiente sesión ordinaria de la Junta General". Art. 40... El Balance será debidamente estudiado e informado por escrito por los inspectores a quienes la administración someterá los libros e inventarios y demás comprobantes del caso". Estatutos de la "Compañía Salitrera Ibérica S.A." (1901).

<sup>78</sup> "Art. 23. Los inspectores que desempeñan el cargo serán remunerados con tres libras esterlinas cada uno por cada balance que revisen. En el desempeño de su cometido no sólo confrontarán las partidas con el Mayor, sino que entenderá la revisión a toda la contabilidad y comprobantes del semestre, de manera que puedan informar sobre su corrección señalando los defectos y vacíos que notaren". Estatutos de "La Tabacalera S.A." (1911).

<sup>79</sup> "Art 40. A dichos inspectores, luego que haya terminado el semestre, se darán a conocer los libros y documentos de la sociedad i el gerente les dará cuantas especificaciones necesiten, para cumplir debidamente su encargo". Estatutos de la sociedad "La Vega Central S.A." (1911).

<sup>80</sup> Estatutos de la sociedad "Santa Rosa Mining Company S.A." Disponible en Archivo Nacional de Chile, Registro del Ministerio de Hacienda, Volumen N° 4.142. Traducción propia, no oficial.

los estatutos de sociedades anónimas. El Reglamento de sociedades anónimas, de 1918, se basó en un proyecto de reglamento realizado por Miguel Cruchaga a fines del siglo XIX, que tomó como referencia las leyes belgas, y no francesas, por considerarlas “más ajustadas a las prácticas de raza latina” (Cruchaga, 1929, pp. 1 y 74).

Lo que sí destacamos a este respecto es que Francia fue nuestro modelo para la regulación de las sociedades en comandita, y que allí las Juntas de Vigilancia tuvieron un funcionamiento deficiente en sus inicios, por una usual connivencia entre los gerentes y vigilantes (Olavarría, 1970, pp. 303-306). Esto explicaría la responsabilidad solidaria de la Junta de Vigilancia con los gerentes de la sociedad, que establece el artículo 502 (aún vigente) de nuestro Código de Comercio.

### 3.3. Regulación de la fiscalización privada entre los años 1918 y 1970

El artículo 430 CCom, prohibía la autorización de existencia a las sociedades anónimas cuando: “el régimen de la sociedad no ofreciese a los accionistas garantía de buena administración, los medios de vigilar las operaciones de los gerentes i el derecho de conocer el empleo de los fondos sociales”. Habiendo transcurrido más de cincuenta años de un uso consuetudinario de inspectores de cuentas y auditores externos, el Reglamento de sociedades anónimas de 1918 fue la primera norma de alcance general que dotó de obligatoriedad imperativa a lo que hemos denominado fiscalización privada<sup>81</sup>. Además de exigir esta figura, el Reglamento reguló extensamente la vigilancia de las operaciones sociales por parte de los accionistas. Hemos dicho anteriormente cómo es que la fiscalización privada está estrechamente ligada al derecho de información y es por ello que interesa conocer cómo la normativa desarrollaba ambos aspectos, y cómo es que fue evolucionando su comprensión hasta la actualidad. A pesar del prestigio de que aun hoy goza, el Reglamento de sociedades anónimas de 1918 fue rápidamente

modificado en 1920. Posteriormente reemplazado, en los años 1938 y 1946, hasta sufrir una nueva y considerable modificación en 1970. La tendencia siempre fue la de fortalecer los mecanismos de fiscalización privada y dotarlos de atribuciones y responsabilidades. Las nuevas leyes de 1981 se encontraron, por tanto, con una práctica extendida de fiscalización privada de la administración. A continuación, se ofrece una síntesis de esta evolución.

En efecto, el RSA de 1918, ratificando y detallando lo que el CCom establecía (arts. 461 y 462) dispuso que los accionistas durante los ocho días precedentes a la junta, tendrían derecho a examinar en la oficina de la sociedad, todos los libros, documentos, contratos, cuentas, actas, correspondencia y, en general, todos los antecedentes de las operaciones sociales (art. 4 RSA 1918). Disponía que los inspectores deberían tener por estatutos la facultad para denunciar al directorio, a la junta general o al gobierno, según como lo creyeran conveniente, las infracciones de los estatutos, faltas a la ley o mala administración de los bienes sociales, para los efectos legales (art. 26 RSA 1918). Asimismo, regulaba extensamente la designación, retribución y obligación de los inspectores, quienes debían dar cuenta de su cometido en un informe que presentaban a la Junta, expresando especialmente el concepto que les hubiesen merecido los inventarios, balances y operaciones de la sociedad. Por último, otorgaba la facultad a los Inspectores de convocar a Junta Extraordinaria de Accionistas cuando lo estimaren conveniente (artículo 30 RSA 1918).

La norma citada se modificó en el año 1920<sup>82</sup> y redujo abruptamente la riqueza y detalle del tratamiento de casi todas las temáticas, y recibió críticas de retroceso e inutilidad (Herrera, 1935, p. 603). Dispuso que no se aprobarían los estatutos que no dispusiesen como medio de vigilar las operaciones sociales, la designación de dos *inspectores de cuentas* (desde entonces adquirieron este nombre) en la junta ordinaria de cada año, con el objeto de examinar el balance general. Debían ser nombrados

<sup>81</sup> “Se entenderá que los Estatutos no dan a los accionistas medios efectivos de vigilar las operaciones cuando no contienen las disposiciones siguientes: (2º) Que se establezca el nombramiento de dos inspectores de cuentas, a lo menos, renovables cada dos años, pudiendo ser reelegidos, con facultades fiscalizadoras ilimitadas, y elegidos en la misma forma que los directores” (artículo 3º, Decreto Supremo N° 1.322, de 1918, Ministerio de Hacienda, Reglamento de sociedades anónimas). Nos parece interesante destacar que este reglamento fue aprobado siendo Ministro de Hacienda don Luis Claro Solar.

<sup>82</sup> Decreto Supremo N° 3.030 de 1920. La norma habría derogado el de Claro Solar, conforme a su artículo segundo transitorio. Sin embargo, sobre aquel hubo gran controversia respecto a su condición de fuente formal de derecho, siendo en más de una vez desconocido en la jurisprudencia como norma vigente. Detalles de ello en: RDJ (1967), pp. 75-76.

por mayoría absoluta de las acciones emitidas (artículo 5 RSA 1920). El amplio derecho de información de los accionistas que existía hasta entonces fue regulado escuetamente en la sección relativa a las Juntas de Accionistas, y estableció que la memoria, inventario y balance que debía presentar el directorio a las juntas generales se pondría a disposición de los accionistas en copias impresas o escritas a máquina, y en esta forma se remitiría por correo a los que tuviesen registrado su domicilio en la oficina de la sociedad (artículo 19 RSA). Como garantía de buena administración, los estatutos no podrían establecer restricción alguna de la responsabilidad personal que por ley afecta a los directores por todos sus actos y por la diligencia en el cumplimiento de sus deberes y cuando no se constituyese una garantía determinada para asegurar esa responsabilidad (artículo 3 inc. 1º RSA 1920).

En el año 1938, se derogó el Reglamento del año 1920 y se aprobó uno nuevo (el tercero)<sup>83</sup>, con una modificación en la redacción de la norma. No se aprobarían los estatutos si no se disponía en ellos que la junta ordinaria de accionistas debía nombrar todos los años dos inspectores de cuentas con el objeto de vigilar las operaciones sociales, examinar la contabilidad, el inventario y el balance de la sociedad, y con la obligación de informar en la próxima junta ordinaria sobre el cumplimiento de su mandato. Se suprimió la disposición sobre el quorum que contenía el reglamento anterior. Se mantuvo la regulación del derecho de información, en términos que el directorio, ocho días antes de la junta, debía poner a disposición la memoria y balance en copias impresas en las oficinas de la sociedad.

En el año 1946 se dictó un cuarto Reglamento de Sociedades Anónimas<sup>84</sup>, y mantuvo la disposición de los inspectores de cuenta inalterada y lo mismo el derecho de información. No existen muchos registros sobre cómo funcionó en los hechos el sistema de fiscalización privada mediante inspectores de cuentas, salvo un caso muy publicitado en que uno de ellos denunció en una asamblea general de accionistas, la apropiación de 9.000

escudos por parte del gerente de la sociedad y otras irregularidades del directorio, encontrándose presentes todos ellos y lo que generó un gran alboroto (Pinto, 1965, p. 13).

Con todo, la doctrina comercial de mediados del siglo pasado, calificaba a los inspectores de cuentas como una institución “poco eficaz”, señalando que su nombramiento obedecía generalmente a la misma mayoría que eligió al directorio, careciendo en realidad de independencia, y en consecuencia “no constituían una protección para los intereses de la minoría” (Olavarría, 1970, p. 70). Asimismo, se lamentaban de que, a pesar de su acceso prácticamente completo a los libros de la sociedad durante su ejercicio, “no hacían el uso adecuado de esa posibilidad” (Orrego, 1965, p. 50).

Desde el año 1930 en adelante se había empezado a utilizar en los estatutos la autorización a la Junta para designar como inspectores de cuenta a una firma destacada en el ramo de la contabilidad<sup>85</sup>. Con el paso de los años, se comienza a decir derechamente que los inspectores de cuentas serán una firma de contadores auditores renovable anualmente<sup>86</sup>. La doctrina miraba como muy positiva esta designación (de origen consuetudinario) y también alababa la práctica de designar auditores con calidad de internos que trabajaran como empleados del directorio, con el fin de implementar un control interno para evitar los fraudes de la plana ejecutiva y los empleados en general (Orrego, 1965, p. 50; Picón, 1968, p. 64).

En la década del sesenta, acentuando la necesidad de que los fiscalizadores privados fuesen aptos para el cargo, se difundían modelos de otras legislaciones, que atribuían las funciones de fiscalización a servicios y organizaciones de auditoría<sup>87</sup>. En la misma línea, se enfatizaba que la designación de firmas de auditoría como inspectores de cuentas daba mayor garantía para asegurar la eficacia de los controles debido a la mayor solvencia moral y técnica de las últimas (Orrego, 1965, p. 50).

Todas estas influencias y tendencias, cristalizan en el

<sup>83</sup> La derogación del antiguo operó mediante la ley N° 6.156, de 1938, que modificó el Código de Comercio y otras normas que indica. El tercer reglamento corresponde al Decreto Supremo N° 1.521 de 1938.

<sup>84</sup> Decreto Supremo N° 4705 de 1946. Reglamento sobre Sociedades Anónimas Nacionales y Extranjeras que se establezcan en el país.

<sup>85</sup> Confrontar, por ejemplo, los estatutos de “Comercial E. Bohem S.A.” (1939).

<sup>86</sup> Ver, por ejemplo, los estatutos de “Comercial de Neumáticos S.A.” (1960).

<sup>87</sup> Tomando como referencia la reforma a la Ley de Sociedades Alemana de 1965, véase Olavarría (1970) p. 307.

año 1970, en que se introducen reformas sustanciales al CCom y se eleva a rango imperativo legal la designación de “inspectores de cuentas”, que disponen la obligatoriedad de que la Junta de Accionistas designase auditores<sup>88</sup>.

El RSA de 1970<sup>89</sup> estableció que los estatutos sociales debían disponer que en las juntas generales ordinarias se nombrarse todos los años dos inspectores de cuenta titulares y dos suplentes, o bien auditores externos cuando así lo ordenare la Superintendencia, si el monto de sus capitales y el volumen de sus operaciones, el número de sus accionistas y otros antecedentes fundados lo justificasen. Sus cargos eran indelegables, y tenían por objeto vigilar las operaciones sociales, examinar la contabilidad, inventario y balance de la sociedad, con la obligación de informar a la próxima Junta sobre el cumplimiento de su mandato (artículo 5 RSA 1970). Asimismo, se incorporó una novedad en la regulación reglamentaria, ya que por primera vez se establecieron requisitos tendientes a asegurar un buen desempeño o competencia de los auditores. Estos deberían cumplir con las normas de auditoría de aceptación general en la profesión (NAGAs), y en los casos de asociaciones o sociedades profesionales, estas deberían indicar a la Superintendencia los nombres de los contadores que podrán suscribir informes como auditores.

La reforma a la ley y al reglamento antes descrita, tuvo una orientación política muy definida, que pretendía democratizar la propiedad del capital a través de las sociedades anónimas<sup>90</sup>. En todo caso, más allá de sus propósitos reformadores, la consagración legal de los auditores vino a institucionalizar una práctica comercial que ya existía en Chile. Esto nos permite proponer que la exigencia de auditores externos por imperativo

de rango legal obedeció a una pretensión de asegurar el máximo de profesionalismo en quienes tenían a su cargo la fiscalización de sociedades importantes que comprometiesen el interés público, y además, en cualquiera de ella, hacer efectiva la posibilidad de un control real a los accionistas minoritarios.

En esta época se asentó definitivamente en la doctrina comercial chilena que la máxima atribución fiscalizadora interna de una sociedad anónima reside en la Junta General de Accionistas, pero que dicho órgano, en razón de reunirse de manera más o menos espaciada, debe delegar sus funciones inspectoras en los inspectores de cuentas o auditores externos, según proceda (Fernández, 1975, p. 113). Se extendió la idea de que los inspectores de cuentas y auditores externos eran mandatarios de los accionistas y respondían del desempeño de sus funciones conforme las reglas generales del mandato, si bien algunos autores la seguían considerando como un órgano de la sociedad<sup>91</sup>.

Todo ello fue lo que hizo la nueva normativa societaria que se implementó en el año 1981. La elaboración de los Proyectos de la LSA y la LMV contó con la asesoría de expertos internacionales citados por la Corporación Financiera Internacional, agencia dependiente del Banco Mundial a través de un convenio de asistencia técnica financiado por el Programa para el Desarrollo de Naciones Unidas, PNUD<sup>92</sup>.

### 3.4. Inspectores de cuentas y auditores externos en la LSA y LMV de 1981

La LSA de 1981 redujo el control estatal que hasta ese momento existía sobre las sociedades anónimas y fortaleció el sistema de control privado. El artículo 4

<sup>88</sup> “Los inspectores de cuenta tendrán las atribuciones y responsabilidades que determine el reglamento de sociedades anónimas, además de las que les señalen los estatutos sociales. El reglamento determinará además los casos en que la Junta de Accionistas deberá designar auditores elegidos de una nómina confeccionada anualmente por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, Bolsas y Seguros, con las mismas atribuciones y responsabilidades que los inspectores de cuentas de la sociedad. En este evento será facultativo para la sociedad el nombramiento de dichos inspectores. En todo caso, los accionistas que representen a lo menos la cuarta parte de las acciones emitidas podrán solicitar a la Superintendencia que esta designe auditores remunerados por la sociedad. La Superintendencia calificará la necesidad o conveniencia de esta designación” (Art. 436 C. Com). La consagración legal de inspectores y auditores en el artículo 436 es elocuente sobre un tránsito en el modelo societario chileno, ya que originalmente el mismo artículo establecía la vigilancia de sociedades anónimas por medio de comisarios fiscales, que luego se entendió tácitamente derogado por el establecimiento de la Superintendencia, en el Decreto Ley 231, de 1931.

<sup>89</sup> Decreto Ley N° 1995, de 1970.

<sup>90</sup> Historia de la Ley 17.308, de 1970, Congreso Nacional de Chile.

<sup>91</sup> Se puede ver Álvarez (1959) p. 35; Orrego (1965) pp. 50. En contra, Zuñiga (1940) p. 92, quien cita jurisprudencia administrativa que establece que los inspectores eran mandatarios especiales encargados de fiscalizar el cumplimiento de los fines sociales (Oficio 453 del 18 de abril de 1945 de la Superintendencia de Sociedades Anónimas).

<sup>92</sup> Historia de la Ley 18.046, de 1981, Congreso Nacional de Chile.

estableció que la escritura social deberá expresar “la organización y modalidades de la administración social y de su fiscalización por los accionistas” y “la designación de los integrantes del directorio provisorio y de los auditores externos o de los inspectores de cuentas, en su caso, que deberán fiscalizar el primer ejercicio social”. A su vez el título V que denominó “De la fiscalización de la administración”, estableció la designación anual obligatoria de auditores externos independientes para las sociedades que hicieran oferta pública de sus acciones o tuviesen presencia relevante de accionistas minoritarios (sociedades anónimas abiertas de ese momento) y de inspectores de cuenta o auditores en las que no cumplieran esas características (sociedades anónimas cerradas). La legislación se inspiró en el principio de subsidiaridad del Estado, el cual supone que los organismos de control estatal intervienen solo para eliminar imperfecciones en el mercado o en el funcionamiento de las sociedades, pero solo hasta el punto en que el costo sea menor<sup>93</sup>.

Esta nueva institucionalidad corporativa fue puesta a prueba a pocos meses de su vigencia, y recibió fuertes cuestionamientos respecto a su eficacia práctica. Ello a propósito del colapso financiero de la Compañía Refinería de Azúcar de Viña del Mar (CRAV S.A.) en el año 1981, que pertenecía un importante grupo empresarial de la época y representaba el 70% del mercado nacional del azúcar. Los accionistas minoritarios que bordeaban casi los 4.000, además de los Fondos Mutuos y Compañías de Seguros, habrían formulado una petición oficial a la Superintendencia solicitando que se aplicara sanciones a *Pricewaterhouse*, ya que el balance no reflejaba lo que se estaba produciendo en la empresa y se habían representado situaciones anómalas en la tasación de activos y empresas remolacheras<sup>94</sup>. Reportajes de prensa de la época critican especialmente a los auditores por la quiebra de esta empresa; y no solo critican que no hubiesen detectado el engaño, sino que insinúan que habrían contribuido al mismo (*Revista Hoy*, 1983, p. 11).

A pesar de la intención de dar mayor relevancia a

la fiscalización privada que a la pública, por razones que desconocemos, la LSA reguló sucintamente a los inspectores de cuentas y auditores externos, en tanto que remitió a la potestad reglamentaria la determinación de sus requisitos, obligaciones, funciones y demás atribuciones (artículo 53 antiguo). La reglamentación fue abordada por el Decreto Supremo N° 587 de 1982 en el título IV denominado “Inspectores de cuenta y auditores externos”, entre los artículos 43 a 60.

Cabe destacar como normas reglamentarias relevantes aquellas que imponían la obligación de revelar las deficiencias que detectaren respecto de la adopción de prácticas de contabilidad y control interno adecuados, que los estados financieros se prepararan de acuerdo a las normas contables generalmente aceptadas y a las instrucciones de la Superintendencia, y que los auditores debían precaver o constatar la existencia de fraudes y los obligaba a denunciar sus sospechas ante las autoridades competentes (art. 55 numerales 2, 3 y 4 respectivamente, RSA 1982), lo que era considerado un “deber primordial” (Carey, 1993, p. 227). Esta situación cambió a nuestro juicio negativamente con la reforma del año 2009, cuestión que trataremos a continuación.

Si bien durante este período no se presentaron demandas en contra de firmas auditoras, años más tarde, en *Leasing Nacional S.A. con SVS* [2003] la Corte de Apelaciones de Santiago consideró que era correcto que la SVS prohibiese la delegación de la designación de auditores externos al Directorio de la Sociedad por considerar que quien con su informe da transparencia al mercado de valores “no puede quedar al arbitrio de aquellos a los que precisamente se ha de fiscalizar” (el destacado es nuestro)<sup>95</sup>.

Como recapitulación de lo dicho hasta ahora es posible afirmar que la fiscalización privada de sociedades anónimas se empieza a utilizar voluntariamente por estipulaciones de los estatutos y, probablemente, por exigencias de rendición de cuentas de inversionistas extranjeros. La revisión de estados financieros por

<sup>93</sup> Véase, Mensaje de la Ley 18.046, de 1981, Congreso Nacional de Chile.

<sup>94</sup> Véase, respectivamente, Ruiz Tagle (1981) y Bravo Herrera (2000). Sin embargo, no nos fue posible encontrar demandas judiciales contra los auditores de la CRAV S.A. ni tampoco sanciones de la SVS a la empresa auditora.

<sup>95</sup> Esta jurisprudencia no es más que una reiteración de jurisprudencia administrativa antigua que establecía que: “El Directorio de la sociedad sería el menos capacitado para hacer la designación de un Inspector de Cuentas, ya que los Inspectores son los que fiscalizan precisamente su actuación”. Oficio 659, de 12 de Julio de 1933, Superintendencia de Sociedades Anónimas, citado a su vez por Castro en Cañas (1967) p. 270.

inspectores de cuentas o auditores externos se exige para aprobación de nuevos estatutos por el Reglamento de sociedades anónimas de 1918. Las modificaciones y posteriores versiones de este reglamento mantienen el derecho de información de los accionistas y la facultad de hacer examinar las cuentas por inspectores o por auditores externos. Simultáneamente, el sistema chileno mantiene vigente la autorización de las sociedades anónimas por Decreto Supremo del presidente de la república. En 1970 esta facultad es delegada en la Superintendencia de Sociedades Anónimas. En ambos casos, las sociedades anónimas se autorizan después de un estricto escrutinio de estatutos por la autoridad. Las leyes de sociedades anónimas y de mercado de valores de 1981 eliminan la exigencia de una autorización administrativa para la constitución y funcionamiento de sociedades anónimas; pero, a la vez, elevan a rango

legal el derecho de información de los accionistas por sí mismos, por inspectores de cuentas designados por la junta de accionistas, o por auditores externos autorizados por la Superintendencia de Sociedades Anónimas. El RSA de 1981 dispone que los estados financieros se preparen y auditen conforme a normas contables generalmente aceptadas. Solo entonces se entrecruzan en normas de rango legal las NAGAS y el derecho de información de accionistas y terceros a través de inspectores de cuentas o auditores externos. La finalidad fiscalizadora de estos mecanismos no se refuerza especialmente, y subsisten prácticas contables y de auditoría que tienden a satisfacer requerimientos meramente formales. Este marco normativo perdura hasta la reforma a las leyes N° 18.046 y N° 18.045, de 1981, efectuada por la ley N° 20.382, de 20 de octubre de 2009.

## 4. La fiscalización privada luego de la reforma de 2009

4.1. La auditoría externa como herramienta para la prevención y el combate del cohecho internacional

En el año 2009 se dictó en Chile la ley N° 20.382, Ley de gobiernos corporativos (en adelante LGC). Se trata de una de las cuatro reformas legales que se le exigieron a Chile para su ingreso como miembro pleno a la OCDE<sup>96</sup>. La ley debía orientarse hacia los estándares de la OCDE, según quedó establecido en la propia historia de su tramitación, la cual hace referencia a evaluaciones de organismos internacionales en la materia (Boletín N° 5.301, 2005, Informe de la Comisión de Hacienda).

La preocupación de la OCDE en materia de auditorías externas e información financiera tuvo que ver principalmente con las deficiencias que tenía Chile

en la aplicación de la Convención contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales del año 1997, y que en nuestro país entró en vigencia en enero del año 2002<sup>97</sup>. El artículo octavo de dicha convención establece compromisos sobre buenos estándares de contabilidad y auditoría, junto al establecimiento de penalidades efectivas y disuasivas para las omisiones y falsificaciones de registros contables<sup>98</sup>: Chile ha ratificado también otras convenciones internacionales de Naciones Unidas relativas a la implementación de sistemas de contabilidad y auditoría con altos estándares: la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del año 2000 (UNTOC) y la Convención

<sup>96</sup> Al igual que la implementación de responsabilidad penal de las personas jurídicas por actos de soborno de funcionarios públicos; la morigeración del secreto bancario ante el Servicio de Impuestos Internos y la modificación del gobierno corporativo de CODELCO.

<sup>97</sup> Decreto Supremo N° 496 (Relaciones Exteriores), de 30 de enero de 2002.

<sup>98</sup> "Cada Parte adoptará las medidas necesarias, dentro del marco de sus leyes y reglamentos, para mantener libros y registros contables, publicar estados financieros y normas de contabilidad y auditoría, prohibir el establecimiento de cuentas no registradas y el mantenimiento de doble contabilidad o de transacciones inadecuadamente identificadas, el registro de gastos no existentes, cargos con identificación incorrecta de su objeto y el uso de documentos falsos por parte de las compañías sujetas a dichas leyes y reglamentos, con el propósito de cometer cohecho a funcionarios públicos extranjeros u ocultar dicho cohecho... Cada Parte establecerá penas eficaces, proporcionadas y disuasivas, de carácter civil, administrativo o penal, para las omisiones o falsificaciones cometidas con respecto a los libros, registros, cuenta y estados financieros de tales compañías" (OCDE *Anti-briverty Convention*, 1997, Artículos 8.1 y 8. 2).

de Naciones Unidas contra la corrupción (UNTAC)<sup>99</sup>. Todas estas convenciones reconocen los principios de gobierno corporativo de la OCDE como los parámetros a que debe sujetarse el sector privado. En todas ellas se destaca que los informes financieros exactos son un requerimiento crítico para prevenir la corrupción<sup>100</sup>.

Además de los ROSC (World Bank, 2004, Chile-ROSC, Contabilidad y Auditoría), se han realizado diversas evaluaciones al sistema chileno sobre la aplicación de la Convención contra el cohecho, de 1997. En todas ellas se manifiesta preocupación por la implementación de sus normas y por el hecho de que las recomendaciones formuladas en las evaluaciones anteriores tampoco son seguidas después. De hecho, eso explica la repetición de la evaluación de 2007 pocos meses después<sup>101</sup>. La situación no varió con el tiempo. Después de la LGC, en el año 2014, los evaluadores de la OCDE manifestaron preocupación por un retroceso de estándares en la normativa sobre auditores, particularmente en lo relativo a sus obligaciones de reportar sospechas de fraude a las autoridades competentes, cuando se trata de sociedades anónimas abiertas (OCDE, 2014, Chile Phase 3 Report, p. 42).

#### 4.2. Características generales del nuevo régimen de auditoría que impone la LGC

El nuevo sistema de *fiscalización a la administración social*, como se lo denomina en la ley y en el reglamento, estableció una diferenciación más marcada que la del sistema anterior entre las sociedades anónimas cerradas, no fiscalizadas por la Superintendencia, y las sociedades anónimas abiertas, especiales y cerradas fiscalizadas (artículo 2 LSA). Se restringió el concepto de sociedad anónima abierta a las que inscriban voluntariamente o por obligación legal sus acciones en el Registro de Valores (artículo 2 LSA). Las sociedades que antes calificaban como abiertas según su número de accionistas o porcentaje de minoritarios, bajo el sistema nuevo solo tienen la obligación de registrar sus acciones en el Registro de Valores (artículo 5 LMV).

El legislador consideró que solo se justificaba una mayor fiscalización y regulación para aquellas sociedades que intentaran efectivamente captar recursos del público. Los diversos intereses en juego presentes en las otras podían resguardarse a través del cumplimiento de obligaciones de información y publicidad (Historia de la Ley 20.382 de 2009, p. 214). Esta medida parece reducir el control público sobre sociedades anónimas, iniciado en el año 1981. La contrapartida debería ser un mayor estándar de responsabilidad, en el sentido del término anglosajón *accountability* (transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad).

Las sociedades anónimas cerradas (con la reforma incrementan su número) quedan obligadas a designar dos inspectores de cuentas o auditores externos independientes que pertenezcan a un Registro que la Superintendencia lleva al efecto, sin que de ello se desprenda que queden sujetas a fiscalización estatal (artículo 51 LSA), independientemente de su tamaño. El mismo artículo abre la posibilidad de eximirse de dicha obligación a través de sus estatutos, o de disponer en ellos mecanismos de control distintos. La posibilidad de que empresas de mediano o gran tamaño queden liberadas de fiscalización privada y pública por estar organizadas como sociedades anónimas cerradas podría ser contradictoria con las recomendaciones previas de la OCDE.

En el caso de las sociedades anónimas abiertas, se mantiene la obligatoriedad del control privado, pero los estándares de este se modifican. La auditoría debe llevarse a cabo por las EAE. Las EAE se regulan por primera vez en sus aspectos orgánicos, funcionales y de responsabilidad en el Título XXVIII de la LMV, con rango legal y no reglamentario. Ellas están a cargo de informes o revisiones contables a nivel de sociedades anónimas o especiales con carácter obligatorio (artículo 129 LMV que les hace aplicables las normas de las sociedades anónimas abiertas). La designación de la EAE se realiza por la junta de accionistas a propuesta del directorio. La elección de aquellos y el examen de los informes

<sup>99</sup> Ambas fueron ratificadas respectivamente por el Decreto N° 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 2005, y Decreto N° 375 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 2007.

<sup>100</sup> Por todos, Transparency International (2004) *Informe Global de la Corrupción*. pp. 166 y 177.

<sup>101</sup> Las comisiones evaluadoras revisan la legislación existente (Fase I) y luego la ejecución de dicha legislación. Las fases y los años en que se ha evaluado a Chile son: Fase I (2004), Fase II y II bis (2007); Fase I bis (2009) y Fase III (2014). Para las evaluaciones de aplicación, ver informes OCDE-CHILE *Anti-Bribery*: Fase I (2004), Fase II y II bis (2007); Fase I bis (2009) y Fase III (2014). Traducción auténtica I-034/98.

que presenten son materia de junta ordinaria (artículos 52 y 56 Ley de Sociedades Anónimas)<sup>102</sup>. La normativa administrativa de la Superintendencia de Valores y Seguros desarrolló posteriormente el modo en que se proponen y eligen las EAE<sup>103</sup>.

Un punto clave de la LGC al regular los servicios de auditoría externa fue el de garantizar la independencia del auditor, otorgando mayor transparencia a la entrega de servicios adicionales distintos a las auditorías. La ley estableció expresamente que las EAE pueden prestar servicios a una empresa únicamente si ella, los socios que suscriban los informes y todos los miembros del equipo, tienen independencia de juicio respecto de la entidad auditada, y cumplen con las disposiciones legales y reglamentarias que las regulan (artículo 239 in fine LMV). Para ello establece presunciones de falta de independencia, tanto para las EAE (artículo 244 LMV) como para las personas naturales que las conforman (artículo 243 LMV). Todas estas *normas de independencia* que rigen a las EAE y que, como dijimos, se incorporaron con la LGC del año 2009 efecto de las exigencias de la OCDE y los compromisos internacionales asumidos para el combate del cohecho y la corrupción, apuntan a resguardar normativamente la existencia de un real escepticismo respecto de la administración social, escepticismo que constituiría su *ethos* profesional. De hecho, el gran riesgo que vislumbran los expertos en la relación de los auditores externos con los administradores de la empresa que auditan, no es que esta sea conflictiva o complicada, sino excesivamente amistosa y cercana, con riesgo de complicidad<sup>104</sup>.

En relación a la participación de los auditores en la junta de accionistas, además del derecho a voz

que en el sistema antiguo ya les reconocía, la nueva LGC introdujo un cambio novedoso. Cualquiera de los socios de la empresa de auditoría externa que hayan firmado el informe de auditoría, cuando sea citado por los accionistas, deberá concurrir a las juntas para responder las consultas que se le formulen respecto de su informe y respecto de las actividades, procedimientos, constataciones, recomendaciones y conclusiones que sean pertinentes (artículo 248 LMV).

El contenido de la función de auditoría externa anual, que antes se regulaba en el Reglamento de Sociedades Anónimas, actualmente se desarrolla en la propia LMV, principalmente en los artículos 239, 246, 248 y 249, como mencionamos anteriormente en este trabajo.

Por último, la nueva ley estableció el estándar de culpa leve para fijar la responsabilidad contractual de las EAE (artículo 249 LMV). En esta materia, la LGC significó una diferencia del régimen anterior, que exigía mayor cuidado a los auditores externos (“máxima diligencia”, artículo 55 número 1) RSA 1982). En la práctica, la calificación del cuidado de los auditores externos debería tender a coincidir con un estándar de culpa levísima debido al extremo cuidado que se debe exigir de auditores prudentes, considerada la naturaleza compleja de la auditoría y el contexto de protección de intereses públicos y privados en que se desarrolla la auditoría de sociedades anónimas abiertas<sup>105</sup>.

#### 4.3. La detección del fraude como objetivo de la auditoría

La LSA y la LMV guardan silencio acerca de la auditoría externa de una sociedad anónima abierta. Este silencio de la ley ha generado un debate sobre si las empresas de auditoría externa tienen la obligación de

<sup>102</sup> Si la sociedad tuviese un comité de directores (artículo 50 bis LSA), este último deberá proponer al directorio los auditores externos que serán sugeridos a la junta de accionistas respectiva. De haber desacuerdo entre ambos, se deja la decisión en manos de la junta (art. 50 bis N° s 1 y 3 final LSA). El comité tiene el deber de examinar los informes de los auditores externos, el balance y demás estados financieros presentados por los administradores o liquidadores de la sociedad a los accionistas y pronunciarse previo a su presentación a los accionistas para aprobación (artículo 50 bis N°1 inciso final). Conforme a los numerales del mismo artículo, el Comité de Directores es el encargado de informar al directorio sobre la conveniencia de contratar a la empresa de auditoría externa para la prestación de servicios que no formen parte de la auditoría y tiene otras funciones de control interno relevante, como son las de examinar las operaciones entre partes relacionadas y los planes de remuneración y compensación de los gerentes y ejecutivos principales.

<sup>103</sup> Oficio Circular N° 718 del año 2012, SVS. Básicamente, se debe dejar constancia en el Acta de la Junta, la propuesta efectuada por el Directorio, su fundamento, priorización y también las deliberaciones y acuerdos que se discutan y adopten. En caso que entre las alternativas de empresas de auditoría externa se encuentre la misma del año anterior, se señalará el número de años que ya llevan prestando el servicio.

<sup>104</sup> Véase, Azzopardi (1975) acerca del escepticismo como *ethos* del auditor y Amesti (1995) sobre el “riesgo de complicidad” entre auditores y administradores.

<sup>105</sup> Así Barros plantea que el estándar de culpa leve no es incompatible con exigencias de cuidado especialmente rigurosas, dependiendo los riesgos de la acción emprendida (Barros, 2006, p. 82).

detectar y revelar el fraude y cuál sería el alcance preciso de esta obligación. Es común que en los contratos de auditoría se inserten cláusulas en las cuales se excluye expresamente la detección del fraude como objetivo de la auditoría. A nivel contractual, se pacta la entrega de antecedentes fidedignos a los auditores para la realización de la auditoría. Esta obligación se refuerza mediante la exigencia de *representaciones escritas* de la administración social sobre la veracidad de la información concreta que presentan a revisión. Estas representaciones incluyen una declaración de veracidad de los estados financieros y el reconocimiento de su responsabilidad por la prevención y detección del fraude.

Si se considera que la ley establece que los auditores son mandatarios de los accionistas para fiscalizar la administración de la sociedad, y que es por dicho mandato que se restringen sus derechos de inspección, cabría proponer que la detección del fraude debería considerarse parte integrante y esencial del tipo de auditoría externa que impone nuestra legislación. Se trataría de algo inherente a ella, no de una prestación distinta que deba pactarse convencionalmente o que pueda excluirse por cláusula especial.

La cláusula por la cual se excluye la revelación del fraude como fin, exonerándose de responsabilidad a los auditores, podría adolecer de objeto ilícito, en tanto supondría la condonación del dolo futuro (artículo 1.465 CCch). Por otra parte, detectar fraudes al interior de una

empresa no es sinónimo de comprobar la existencia de delitos. El término fraude debe ser comprendido en su sentido natural y obvio, como cualquier engaño, una acción contraria a la verdad y la rectitud (Diccionario de la Real Lengua Española, 2014). Dependiendo de su magnitud, el fraude podría calificar como ilícito penal o civil, según la tipicidad que el ordenamiento haga del mismo. El asunto es pacífico en nuestra doctrina y jurisprudencia, por considerarse que no existen diferencias cualitativas entre el fraude penal y el civil, sino simplemente de orden cuantitativo (Etcheverry, 1999, p. 393; Mera Figueroa, 2011, p. 129).

Recapitulando. La LGC se propone fortalecer las funciones de la auditoría externa. Subsiste la misión de fiscalización de la administración social, ahora entregada a las EAE; y se asegura la independencia profesional de los auditores externos. A la vez, disminuye el universo de entidades sujetas a estos procedimientos. Por otra parte, subsisten las posibilidades de los auditores de atenuar su responsabilidad y de limitar su actuación al cumplimiento de procedimientos formales. No obstante, la cláusula usualmente incorporada en los contratos de auditoría, por la cual se excluye la revelación del fraude, adolecería de objeto ilícito, en tanto supondría la condonación del dolo futuro. La detección de engaños es parte esencial del mandato que los accionistas confían a los auditores externos para fiscalizar la administración social.

## Conclusiones

La pregunta sobre si la auditoría externa es un proceso técnico de conformidad *formal* de los registros contables con estándares de contabilidad generalmente aceptados o si tiene también una función legal *sustantiva*, de fiscalización de la administración social debería responderse con una proposición conjuntiva, no alternativa. La auditoría externa de sociedades anónimas abiertas y especiales es un proceso de verificación de conformidad formal de la contabilidad con estándares técnicos generalmente aceptados y un proceso de control o fiscalización externa de la administración social. Las EAE cumplen estas funciones por un imperativo legal, en interés de los titulares de derechos de información (accionistas controladores y minoritarios) y en interés del mercado relevante. La auditoría externa traspasa, por

tanto, las fronteras del contrato que celebra la EAE con la sociedad auditada, o con su administración, pues se realiza para cumplir obligaciones legales.

Así queda demostrado por la recepción de este proceso en Chile y por su evolución normativa posterior, hasta la ley N° 20.382, de 2009. Esta última ley, agrega numerosos antecedentes que revelan los importantes cometidos que el sistema confía a la fiabilidad de los informes de auditoría externa, incluidos la represión del cohecho y otras malas prácticas extendidas a nivel internacional. Estos últimos objetivos exigen mayor transparencia y deberían suponer la obligación de representar en los informes de auditoría la evidencia o sospecha de engaños o fraudes.

## Referencias

Código de Comercio de Chile (CCom), artículos 247, 430, 436, 461, 462.

Código Civil de Chile (CCch), artículo 1465.

Ley N° 21.000, de 2017, crea la Comisión para el Mercado Financiero (CMF). Diario Oficial, 23 de febrero de 2017.

Ley N° 20.712, de 2014, que regula la administración de fondos de terceros y carteras individuales (Ley Única de Fondos). Diario Oficial, 7 de enero de 2014.

Ley N° 20.382, de 2009, que introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos (LGC). Diario Oficial, 20 de octubre de 2009.

Ley N° 20.255, de 2008, que establece una reforma previsional. Diario Oficial, 17 de marzo de 2008.

Ley N° 19.795, de 2002, que crea los multifondos. Diario Oficial, 28 de febrero de 2002.

Ley N° 18.045, de 1981, de mercado de valores (LMV). Diario Oficial, 22 de octubre de 1981.

Ley N° 18.045, de 1981, sobre sociedades anónimas (LSA). Diario Oficial, 22 de octubre de 1981.

Decreto con Fuerza de Ley N° 3 (Hacienda), de 1997, Ley general de bancos. Diario Oficial, 27 de diciembre de 1997.

Decreto Ley N° 3.621, de 1981, que fija normas sobre Colegios Profesionales. Diario Oficial, 7 de febrero de 1981.

Decreto con Fuerza de Ley N° 101, de 1980, Diario Oficial, 29 de noviembre de 1980.

Decreto Ley N° 3.500 de 1980 que establece un nuevo Sistema de Pensiones. Diario Oficial, 13 de noviembre de 1980.

Decreto Ley N° 3.538, de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros. Diario Oficial, 23 de diciembre de 1980 (actualmente reemplazado orgánicamente por la ley N° 21.000, de 2017, que crea la CMF).

Decreto Ley N° 2.757, de 1979, que regula las Asociaciones Gremiales. Diario Oficial, 17 de julio de 1979.

Decreto Ley N° 1.995, de 1970. Diario Oficial, 1 de septiembre de 1970.

Ley N° 17.308. Diario Oficial, 1 de julio de 1970.

Ley N° 13.011, de 1958, que crea una institución con personalidad jurídica denominada Colegio de Contadores.

Diario Oficial, 29 de septiembre de 1958.

Ley N° 6.156, que modificó el Código de Comercio. Diario Oficial, 13 de enero de 1938.

Decreto Supremo N° 129, que contiene el Reglamento sobre Administración de Fondos de Terceros y carteras individuales. Diario Oficial 8 de marzo de 2014.

Decreto Supremo N° 702 (Hacienda). Reglamento de sociedades anónimas. Diario Oficial, 6 de julio de 2012.

Decreto Supremo N° 375 (Relaciones Exteriores). Diario Oficial, 30 de enero de 2007.

Decreto Supremo N° 342 (Relaciones Exteriores). Diario Oficial, 16 de febrero de 2005.

Decreto Supremo N° 496 (Relaciones Exteriores). Diario Oficial, 30 de enero de 2002.

Decreto Supremo N° 4.705 (Hacienda), crea el Reglamento sobre Sociedades Anónimas Nacionales y Extranjeras que se establezcan en el país. Diario Oficial, 30 de noviembre de 1946.

Decreto Supremo N° 1.521 (Hacienda), que crea el Reglamento sobre Sociedades Anónimas Nacionales y Extranjeras que se establezcan en el país. Diario Oficial, 2 de mayo de 1938.

Decreto Supremo N° 3.030. Diario Oficial, 22 de diciembre de 1920.

Decreto Supremo N° 1.322 (Hacienda). Diario Oficial, 18 de diciembre de 1918.

Asociación de AFP (2008) *AFP defienden los Intereses de los Accionistas Minoritarios y de los Afiliados*. Serie de Estudios Asociación de AFP, Número 66, Mayo de 2008.

Alcalde Rodríguez, E. (2011). Caso La Polar y realidad del gobierno corporativo. Columna de opinión. *Diario El Mercurio*, 12 de junio de 2011.

Álvarez Marín, A. (1959). *La Sociedad Anónima: teoría y realidad*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

Amesti Mendizábal, C. (1995). *La actuación de los auditores en la sociedad anónima: la responsabilidad de los auditores de la sociedad anónima*. Madrid: Centro de Documentación Bancaria y Bursátil.

Ariztía, R. (1924) *Estudio Jurídico de las Operaciones Bursátiles*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile.

Arens, A. A., Elder, J. R. Beasley, M. S. (2007). *Auditoría: Un enfoque integral* (11ª ed.). México: Pearson Education.

Arriagada Morales, G. (2007). *Situación actual y adopción total de IFRS en la industria bancaria* (Presentación del Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras en Seminario de Actualización en IFRS). Universidad de Chile, Facultad de Economía, Santiago de Chile. Recuperado de

[www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicación\\_5936.pdf](http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicación_5936.pdf). [fecha de consulta: 10.11.17].

Arthur Errázuriz, G. (1998). *Régimen Legal del Nuevo Sistema de Pensiones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Azzopardi, T. (1999). *Auditors as Guardians Against Fraud: An Address to the 13th. International Conference of the International Society for the Reform of Criminal Law*. On: Commercial and Financial Frayd: A Comparative Perspective. Malta.

Bahamóndez Prieto, F. (2006). *Pricewaterhouse: responsabilidad de las empresas auditoras por sus labores profesionales*. Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, Sentencias Destacadas.

Barrios Ugalde, L. A. (1899). *Sociedades Anónimas* (Memoria de Prueba de Licenciatura en Leyes y Ciencias Políticas). Santiago de Chile: Editorial Cervantes.

Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Bebchik, L. (2004). What matters in corporate governance? *Review of Financial Studies*, 22, 783-827.

Bernstein., S. (Ed.). (2010). *El sistema de pensiones chileno* (7ª ed.). Santiago de Chile: Superintendencia de Pensiones.

Bernstein, S. y Chumacero, R. (2010). Var Limits for Pension Funds: an evaluation. *Working Papers* (35), Superintendencia de Pensiones de Chile.

Bernstein, S. y Chumacero, R. (2005). Cuantificación de los Costos de los Límites de Inversión para los Fondos de Pensiones Chilenos. *Working Papers* (3), Superintendencia de Pensiones.

Bernstein, S., Larráin, G. y Pino, F. (2005). Cobertura, densidad y pensiones en Chile: Proyecciones a 20 años plazo. *Working Papers* (12), Superintendencia de Pensiones.

Biondi, Y. & Zambon, S. (Eds.). (2013). *Accounting and Business Economics: Insights from National Traditions*. New

York: Routledge.

Bittner Niklitschek, M. (2007). *IFRS en Chile y el nuevo compendio de normas contables* (Presentación del Jefe del Departamento de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras en Seminario de Actualización en IFRS). Universidad de Chile, Facultad de Economía, Santiago de Chile.

Bravo Herrera, F. (2000). *Caso Crav S.A.* Facultad de Economía, Universidad de Chile: Documentos de Trabajo.

Brunnetti, A. (1960). *Tratado de Derecho de Las Sociedades*. Buenos Aires: Editorial Uteha.

Canales Lardiez, L. (2002). La información financiera en el mercado de valores chileno. *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores*, (5), 34-42.

Cañas Lastarria, R., Infante, H., Lewin, C. y Nuñez, A. (1967). *La sociedad anónima en Chile: estatuto tipo, jurisprudencia y bibliografía de las sociedades anónimas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Carey Bustamante, G. (1993). *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores* (2ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

Caso Crav: El Informe Coloma. (1983). *Revista Hoy*, 11.

Comisión Marcel. (2007). *Informe del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional: El Derecho a una vida digna en la vejez. Hacia un Contrato Social con la Previsión en Chile 1*. Diagnóstico y propuesta de reforma.

Couyumdjian Bergamali, J. R.; Millar, R. y Tocornal, J. (1992). *Historia de la Bolsa de Comercio de Santiago, 1893-1993: Un siglo del mercado de valores en Chile*. Santiago de Chile: Bolsa de Comercio de Santiago.

Couyumdjian Bergamali, J. R. (2000). *Legislación Bancaria y Monetaria*. Banco Central de Chile, 82, (Septiembre de 2011). Santiago: Biblioteca de Fundamentos de la Construcción de Chile.

Cruchaga Santa María, M. (1929). *Sociedades Anónimas en Chile y Estudios Financieros*. Madrid: Editorial Reus.

D'Albuquerque Stillman, G. (1938). *La postergación Bursátil*. Santiago de Chile: Imprenta Jeneral Díaz.

Embid Irujo, J. M. (2010). *Ley Alemana de Sociedades Anónimas de 6 de septiembre de 1965 (BGBL., I, p. 1089) en su versión última llevada a cabo por el artículo 1 de la Ley de 31 de julio de 2009*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Etcheverry, A. (1998). *Derecho Penal*, 3. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Fernández Villamayor, A. (1977). *El régimen legal de la sociedad anónima en Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Fernández Villamayor, A. (1970) *La sociedad anónima: con las reformas introducidas por la ley N° 17.308 de 1970*. Editorial Jurídica de Chile.

Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones. (2017). El rol de los Fondos de Pensiones para promover mejores estándares de gobierno corporativo. *Notas de Pensiones*, (13).

Fowler Newton, E. (2004). *Tratado de Auditoría*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

Fuenzalida Cifuentes, P. (2007). Notas sobre la jurisdicción ética de los colegios profesionales. *Revista de Derecho*, 20(2), 131-146.

García Benau, A.M., Humprey, C. y Ruiz Barbadillo, E. (2003). El debate de la responsabilidad civil de la auditoría en España: la construcción del discurso sobre la limitación de responsabilidades por las corporaciones profesionales. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 32, (119), 1091-1136.

Garrido de Palma, V. M. (1993). *Estudios sobre la Sociedad Anónima*. Madrid: Editorial Civitas.

Gaspar Cándia, J. A. (2011). Responsabilidad civil de los *gatekeepers* en el mercado de capitales: análisis de la responsabilidad civil de los auditores externos, clasificación de riesgo y analistas financieros en el caso La Polar (Jornadas Nacionales de Derecho Civil). *Estudios de Derecho Civil 7*. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing.

Gómez Balmaceda, R. (2009). Importancia de la Contabilidad y el Análisis Financiero de una Sociedad Anónima. *Revista Actualidad Jurídica*, 2 (20), 741-758.

Halperín, I. (1965). *Manual de Sociedades Anónimas*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Herrera Reyes, L. (1935). Sociedades Anónimas: Estudio Institucional en el Derecho vigente. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, (13), 591-619.

Jiménez Ortiz, C. (2010). Implementación de IFRS en la Banca chilena. *Superintendencia de Bancos e Instituciones*

*Financieras, Chile, 30 de agosto de 2010.*

Jiménez Correa, A. (1911). *Consideraciones sobre el régimen legal de las compañías anónimas*. Iquique, Chile: Imprenta Bini.

Lefebvre-Teillard, A. (1985). *La société anonyme au XIXe siècle: du Code de commerce à la loi de 1867 : histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*. Paris : PUF.

León Tovar, S. (2007). La fiscalización de sociedades. En S. León Tovar y H. González García (Eds.). *Derecho Mercantil*. México: Oxford University Press.

Méndez Amunátegui, J. (2008). Los gatekeepers del mercado de valores: Una estrategia complementaria de control externo sobre las Sociedades Cotizadas. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, (2). doi:10.5354/0718-5251.2012.18675

Mera Figueroa, J. (1986). *Fraude civil y penal: El delito de entrega fraudulenta*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar-ConoSur.

Mantilla Molina (1981) *Derecho Mercantil* (21ª ed.). México: Porrúa.

Núñez Carrera, D. y Pardow Lorenzo, D. (2010). ¿Por qué no demandan los accionistas?: El problema de las costas en la acción derivativa. *Estudios Públicos*, (118). Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos.

OCDE iLibrary: *Chile (2004: Phase I) 2007: (Phase II y II bis) (2014:Phase III) Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Chile*.

Olavarría Ávalia, J. (1956). *Los Códigos de Comercio Latinoamericanos con una introducción de derecho comparado externo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Olavarría Ávalia, J. (1970). *Manual de Derecho Comercial* (3ª ed.). Editado e Impreso en Barcelona, España.

Olavarría Ávalia, J. (1977). *La fiscalización pública de sociedades* (Ponencia presentada en el Primer Congreso Argentino de Derecho Societario). La Cumbre, Córdoba, Argentina.

Olivos Moreno, C. (1940). *El Comercio de Bolsas*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

Orrego Dorr, J. C. (1965). *La sociedad anónima como factor de desarrollo*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

Otero Lastres, J. M. (1991). *Acerca de la Junta General de accionistas de la S.A.* En V.M. Garrido Palma (Dir.). *Estudios sobre la Sociedad Anónima II*. Madrid: Civitas, 47-98.

Palma Rogers, G. (1941). *Derecho Comercial: Explicaciones de clases redactas por Hugo Guerra B. II* (2ª ed.). Santiago: Editorial Nacimiento.

Peña Riesco, J. (1940). *De la Constitución de Sociedades Anónimas en Chile*. Santiago de Chile: Imprenta Dirección General de Prisiones.

Picón Cádiz, M. (1968). *Capitalización y contabilidad de las sociedades anónimas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Pinto Viel, G. (1965). *La Superintendencia de Sociedades Anónimas, Compañías de Seguros y Bolsas de Comercio frente a la sociedad anónima periodística del Sur total y absolutamente inoperante*. Chile: Imprenta Padre Las Casas, San Francisco.

Piñera Echeñique, J. (1992). *El cascabel al gato: La batalla por la reforma previsional*. Santiago de Chile: Editorial Zig-Zag.

Piñera Echeñique, J. (2012) *Hacia un Chile de trabajadores propietarios*. *Revista de Derecho y Humanidades*, (1), 63-72.

Produhon, P. J. (1857). *Manuel du Spéculateur á la Bourse* (5ème ed.) Paris: Garniere frères.

Puelma Accorsi, Á. (1996). *Sociedades*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Puga Vial, J. E. (2013). *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado I* (2ª ed. actualizada y aumentada). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Quintana Burgos, A. (1918). *Operaciones de Bolsa*. Santiago de Chile: Editorial Cervantes.

Ríos Álvarez, L. (1995). *Inconstitucionalidad de la disolución de los Colegios profesionales*. Santiago de Chile: Gaceta Jurídica, (186).

- Riviere, H.F. (2011). *Explication de la loi du 17 juillet 1856 relative aux sociétés en commandite par actions*. Paris: Maresq et Dejardin editeurs.
- Rochat, J. (2009). *The various uses of law: the société anonyme in France, 1807-1867* (Trabajo presentado en la 8ª Conferencia de European Historical Economics Society (EHES), 3 a 9 de septiembre de 2009). Ginebra.
- Rodríguez Pinto, M. S. (2014). Responsabilidad por incumplimiento de contratos de servicios: la protección del consumidor y del cliente por prestaciones defectuosas. *Revista Chilena de Derecho* 41, (3), 791-823.
- Román Rodríguez, J. P. (2008). *Responsabilidad de los auditores*. Santiago de Chile: Gaceta Jurídica, (333).
- Ronen, J. (2010). Corporate Audits and How to Fix Them. *Journal of Economic Perspectives*, 24(2), 189-210.
- Santa-Cruz Ossa, J. (1899). *Las Operaciones de Bolsa ante nuestra Lejislación*. Santiago de Chile: Editorial Nacional.
- Salinas, A. (1954). Los comisarios de sociedades anónimas. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* (México), 7, (20) -(21), 77-118.
- Schalck Schafer, C. (1923). *Bolsas de Comercio*. Santiago de Chile Editorial El Globo.
- Schopf Olea, A. (2007). La responsabilidad civil de los auditores. En A. Guzmán Brito (Ed.). *Estudios de Derecho Civil III* (pp. 873-889). Valparaíso: Legal Publishing,
- Sepúlveda Bustos, M. (1980). El Ocaso de los Colegios Profesionales. *Revista Jurídica del Trabajo*, (5), 43-53.
- Silva Cimma, E. (1961). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Transparency International. (2004). *Informe Global de la Corrupción* (IGC).
- Valenzuela Q., J. (1915). *Bolsas de Valores: operaciones de la Bolsa*. Santiago de Chile: Sociedad Imprenta y Litografía Universo.
- Velasco, J. (2006). The Fundamental Rights of the Shareholder. *Journal Articles*, 40 (311), 407-467.
- Vergara Barreto, M. Vergara Silva, O. y Vergara Silva, M. (2005). *Guía de Auditoría*. Santiago de Chile: Editorial Instituto de Investigaciones Contables y Financieras.
- Walker Hirschfeld, E. y Lefort Gorchs, F. (2002). Cambios Estructurales e Integración. Discusión y Análisis del Mercado Accionario Chileno. *Latin American Journal of Economics-formerly Cuadernos de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile*, 39(116), 95-122.
- World Bank. (2003). *Chile Report on the Observance of Standards and Codes* (ROSC). Corporate Governance Country Assessment. Washington, DC: World Bank.
- World Bank. (2004). *Chile Report on the Observance of Standards and Codes* (ROSC). Accounting and Auditing. Washington, DC: World Bank.
- Zuñiga Gamboa, R. (1940). *De los Administradores en las Sociedades Anónimas*. Santiago de Chile: Editorial Rapid.
- Historia de la Ley N° 17.308 que modifica al Código de Comercio. Diario Oficial, 1 de julio de 1970.
- Historia de la Ley N° 18.046, de Sociedades Anónimas. Diario Oficial, 22 de octubre de 1981.
- Historia de la Ley 20.382, que introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas. Diario Oficial, 20 de octubre de 2009.
- Santander Administradora de Fondos con SVS* (1997): Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 7 de julio de 1997 (recurso de reclamación en contra de la Superintendencia por multas impuestas por la SVS a la Administradora). Rol Corte: 6310-1997.
- Supermercados Unimarc S.A con SVS* (2003): Corte de Apelaciones de Santiago 26 de agosto de 2003 (recurso de reclamación en contra de las instrucciones impartidas respecto de la corrección de sus estados financieros) Rol Corte 752-2003.
- Leasing Nacional S.A. con SVS* (2003): Corte de Apelaciones de Santiago 30 de diciembre de 2003 (recurso de ilegalidad en contra de las instrucciones impartidas por la SVS respecto a la designación de auditores externos por el directorio de la sociedad). Rol Corte: 708-2003.
- Wackennhut Corporation con Deloitte Auditores* (2009): 26° Juzgado Civil de Santiago, sentencia definitiva de fecha

29 de mayo de 2009 (acoge excepción de prescripción en juicio de responsabilidad contractual). Rol: C-233-2005.

*AFP Planvital con Superintendencia de AFP* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 26 de octubre de 2010 (recurso de reclamación en contra de las multas impuestas por la SAFF). Rol Corte N° 2052-2009.

*Administradora de Fondos de Inversiones Midway S.A. con Pricewaterhouse Limitada* (2006): Corte Suprema, sentencia de fecha 20 de Julio de 2006 (recurso de casación en la forma y en el fondo, contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó el fallo de primer grado que rechazó la demanda interpuesta por la administradora). Rol Corte N° 3.572-2005.

*Pricewaterhouse Co. con SVS* (2007): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2007, Corte Suprema, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2007 (recurso de casación en la forma y en el fondo, contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó el fallo de primer grado que acogió la demanda interpuesta por PWC y en consecuencia dejó sin efecto la multa interpuesta por la demandada). Rol Corte N° 6118-2006.

*PWC con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago 8 de marzo de 2013 (recurso de reclamación en contra de la Superintendencia por multas impuestas por la SBIF a PWC). Rol Corte N° 2937-2012.

*Corpbanca con SBIF* (2017): Corte Suprema, sentencia de fecha 9 de mayo de 2017 (recurso de queja interpuesto por la SBIF en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que acogió la reclamación interpuesta por el Banco, dejando sin efecto las multas aplicadas). Rol N° 62.128-2016.

Estatutos de Sociedades Anónimas (disponibles en el Archivo Nacional)

Banco Chileno Garantizador de Valores (1864). Registro Ministerio de Hacienda, Solicitudes de Particulares, Volumen N° 522.

Compañía de gas de Santiago (1867) Registro Ministerio de Hacienda, Solicitudes de Particulares, Volumen N° 653.

Compañía Beneficiadora de Metales de Tacna (1900) Registro Ministerio de Hacienda, Solicitudes de Particulares, Volumen N° 3.169.

Sociedad Minera Panquinilahue (1900) Registro Ministerio de Hacienda, Solicitudes de Particulares, Volumen N° 3.169.

La Tabacalera (1901) Registro Ministerio de Hacienda, Solicitudes de Particulares, Volumen N° 3.460.

Santa Rosa Mining Company S.A. (1902) Registro Ministerio de Hacienda, Solicitudes de Particulares, Volumen N° 3.460.

Sociedad Aguas Blancas S.A. (1908) Registro Ministerio de Hacienda, Solicitudes de Particulares, Volumen N° 3.460.

Compañía Salitrera Iberia S.A (1911) Registro Ministerio de Hacienda, Solicitudes de Particulares, Volumen N° 4.142.

La Vega Central (1911) Registro Ministerio de Hacienda, Solicitudes de Particulares, Volumen N° 4.142.

Comercial E. Bohem S.A. (1939) Registro Ministerio de Hacienda, Decretos

Comercial de Neumáticos S.A. (1960) Registro Ministerio de Hacienda, Decretos.

**Carla  
Esplugues  
Barona**

**Doctora en  
Derecho, Universitat  
de València**

carla.esplugues@gmail.com

Recibido: 03.08.18

Aceptado: 02.10.18

## **Mediación en derecho administrativo**

### **Mediation in administrative law**

---

**Resumen:** Presenciamos un momento de creciente fascinación por la mediación. Sin embargo, el Derecho administrativo se presenta históricamente como un ámbito plagado de obstáculos frente a las ADR y, por tanto, frente a la mediación. Sin embargo, los cambios sociales y la mutación de las estructuras administrativas llevan a buscar nuevos cauces para la resolución de los conflictos con la Administración. La mediación se ha visto fuertemente impulsada por la Unión Europea y en el ámbito interno, el Consejo General del Poder Judicial ha propiciado la incorporación de la mediación administrativa mediante proyectos pilotos que impulsan el consenso.

**Palabras clave:** Justicia administrativa; derecho administrativo; mediación administrativa.

**Abstract:** Mediation is playing a growing role nowadays, strongly promoted by the European Union. However, Administrative law remains a legal area riddle with obstacles to the ADR and to mediation. Social changes and the mutation of administrative structures require the search of new ways to solve administrative disputes. Because of this, the Spanish *Consejo General del Poder Judicial* has favored the implementation of administrative mediation by means of pilot projects.

**Keywords:** Administrative Justice; Administrative Law; Administrative mediation.

---

Frente al histórico recurso a la conciliación como primer cauce autocompositivo de resolución de conflictos, la mediación ha conocido en los últimos tiempos un gran impulso, propiciado en gran parte por la Unión Europea y por otros movimientos interregionales que la consideran muy adecuada. La mediación está convirtiéndose a día de hoy en una suerte de primera vía a la que habría que acudir, antes de intentar cualquier otro camino de solución o de gestión de conflictos. Es por ello que asistimos a un momento histórico de fascinación por esta figura, lo que no implica que exista todavía un alto índice de empleo de esta institución.

En palabras de Barona Vilar, la mediación “es un procedimiento de gestión y de solución de controversias en el que dos o más partes, de forma voluntaria, pretenden alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención del tercero, ajeno al conflicto” (Barona Vilar, 2018, p. 67). Este tercero es el mediador, quién se encargará de acercar a las partes en conflicto para que estas por sí mismas, adopten la decisión que convengan. La principal diferencia respecto de la figura de la conciliación reside en que el mediador no puede proponer soluciones —al menos no es conveniente en los momentos iniciales—, sino que se limita fundamentalmente a acercar a las partes —mediante técnicas de comunicación— para que estas traten de alcanzar un acuerdo (Escuela de Harvard). También puede provocar a las partes para que respondan de forma diversa a cómo inicialmente se presentaron, empleando el caos en ciertos casos (Escuela circular narrativa). O incluso trabajar una verdadera transformación de las mismas, no tanto para resolver el conflicto planteado, sino para aprender a relacionarse y a gestionar los problemas en un futuro (Escuela transformativa). Para poder desempeñar esta función parece necesario que se exija una capacitación al mediador, tanto en la dialéctica del conflicto y el manejo del mismo, cuanto respecto de la profundización e incorporación de técnicas que favorezcan la comunicación, la empatía, la escucha, el ayudar a ponerse en lugar del otro, etc. Una formación que podría situarse en una mínima capacitación de entre cien y doscientas horas.

El auge de la mediación se ha producido en muy diversas materias. Destacaríamos la mediación en el ámbito familiar, en los conflictos de consumo y laborales, y de un tiempo a esta parte, también el ámbito penal, muy especialmente en materia de responsabilidad penal de los menores, (Barona Vilar, 2011, p. 203).

En Europa este impulso vino en gran medida de la mano del movimiento propiciado desde la Unión Europea a través, entre otras, de la Directiva 2008/52/EC del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación e asuntos civiles y mercantiles que abrió un enorme panorama todavía con un largo recorrido, lo que no significa que con anterioridad no sea posible encontrar numerosos instrumentos europeos que venían realizando recomendaciones al uso. Esta Directiva va un paso más allá, al incorporar la “obligación” de los Estados miembros de la Unión Europea de legislar sobre mediación civil y mercantil, al menos transfronteriza, pero impulsando que la regulación se haga igualmente en sede nacional. La opción de incorporar ambas ha sido la mayoritariamente asumida por la mayor parte de los países de la Unión. Se ha llegado a lograr la conformación de un paraguas jurídico que permita favorecer la incorporación de estos mecanismos, y hemos visto sucederse las normas reguladoras de los veintiocho países de la Unión Europea sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. Un punto común en todos ellos: se ha cumplido con la obligación derivada de la Directiva de regular sobre mediación civil y mercantil. Unas diferencias: la clara asimetría existente entre las legislaciones y, sobre todo, los resultados que han producido las mismas.

En España, el principal hito lo constituye la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que, aunque no supuso la aparición original de la mediación en nuestro país —por cuanto mediación había—, sí implicó un reconocimiento legal de una realidad ya existente en otros ámbitos. Y se ha venido a considerar como la “ley marco de mediación” también para otros sectores y en algunas comunidades autónomas.

Hasta aquí hemos venido refiriéndonos a la posición global o marco de una institución que no contaba con una historia legislativa consolidada, como sí sucediera con la conciliación, pero sí que venía ofreciéndose en ciertos ámbitos como una posible vía de desbloqueo para ciertos conflictos jurídicos, como sucedía a título de ejemplo en materia de familia, donde la existencia de relaciones afectivas y familiares empañaban cualquier medida que pudiese adoptarse en sede judicial. Los jueces aplican el derecho y no tratan de resolver problemas de afectividad que en muchas situaciones han propiciado el conflicto jurídico.

Sin embargo, la ubicación de medios alternativos para resolver conflictos en el seno del derecho público se ha venido siempre presentando como más compleja, y diríamos que si en el ámbito penal también la mediación vino a considerarse como posible, especialmente fundamentada en la justicia restaurativa y protección a las víctimas, así como en la resocialización del acusado, se ha venido mostrando específicamente en el de los conflictos administrativos, cuanto menos, controvertida. La razón no es otra que la propia naturaleza que arrastran tras de sí estos cauces alternativos de resolución de conflictos a lo largo de la historia, y que en su propia naturaleza implican que un tercero, ajeno a las partes, tiene la posibilidad de resolver los conflictos que existen entre las mismas, conflictos que en este caso afectan a la Administración. Supone en toda regla una especie de cesión de su poder de control dejando en manos de un tercero ajeno la decisión de los conflictos. Obviamente, esta animadversión hacia la cesión o dejación en manos de otros es lo que llevó a considerar igualmente la prohibición de transigir, de pactar, de convenir durante mucho tiempo en sede administrativa. Prohibición que ha ido con el paso de los años relajándose, al ir, poco

a poco, incorporándose en las leyes administrativas esta posibilidad, siempre con el debido cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas. Pero un cambio ya se presentaba.

El siglo XXI ha supuesto muchas y variadas transformaciones y, especialmente, ha ido incorporando enormes cambios sociales, lo que también ha propiciado importantes transformaciones de las estructuras administrativas y de las propias relaciones de los ciudadanos con la Administración. Estas han cambiado, y diríamos que junto a una extensión de lo que se cubre en la actualidad por el sistema jurídico administrativo (imparablemente ensanchado), la viabilidad de generar, allende las relaciones jurídico administrativas (nuevas y complejas) también ha conllevado la búsqueda de nuevas formas de afrontar los conflictos administrativos. Ante nuevos tipos de conflictos administrativos, se buscan soluciones más ágiles y adaptadas a la realidad social.

De este modo, no podemos sino afirmar que si en un ámbito como el más público de todos, el más controlado por el Estado, como es el derecho penal, la mediación ha penetrado en las legislaciones europeas sin vuelta atrás, en el marco de lo que Barona Vilar ha denominado el “nuevo re-pensamiento de la Justicia penal” (Barona Vilar, 2018, p. 97), resulta difícil negar su incorporación al ámbito del derecho administrativo, ámbito del derecho público con una gran intervención de la Administración, cierto, si bien en un momento de plena transformación de la justicia administrativa, que lleva a la posibilidad, cada vez más, de discriminar entre lo que es indudablemente indisponible y por ende solo cuestionable en sede administrativa y/o ante un juez y aquello que, aun con los condicionantes y límites que se quieran, podría permitir figuras como la mediación.

## 1. Una aproximación a la figura de la mediación

Aun cuando el estudio de la mediación administrativa requiere de una readaptación de la institución a un sector complejo como es el de los conflictos administrativos, interesa, en primer lugar, realizar, siquiera brevemente, una aproximación en torno a la figura de la mediación en general. Tomando como referente común la citada Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, podemos destacar las principales características de la mediación:

1) Principio de voluntariedad y de libre disposición para acudir a la mediación o para desistir de una mediación iniciada. La libertad como fundamento de la mediación se ha defendido desde sus orígenes y se plasma principalmente en el principio de voluntariedad. Los sujetos en conflicto deben acudir libremente a la mediación, y mantenerse libremente en el procedimiento de mediación (Barona Vilar, 2012, p. 47).

Ahora bien, desde Europa empiezan a alzarse voces partidarias de la incorporación de la obligatoriedad en la mediación, que implique la necesidad de acudir a la mediación antes que a la vía judicial<sup>1</sup>. Por un lado, ello generaría una mayor cultura de la mediación y posiblemente una reducción de la conflictividad, pero a la vez comportaría una contradicción respecto de la propia naturaleza de la mediación que es voluntaria, y la convertiría más en un presupuesto de procedibilidad que en un verdadero instrumento para buscar el acuerdo entre las partes (Barona Vilar, 2018 pp. 68-69).

2) En segundo lugar, la mediación exige el debido respeto al principio de igualdad de trato de sus intervinientes. Esa igualdad implica ofrecer las mismas oportunidades de intervención en el procedimiento de mediación a todas las partes.

3) El mediador debe ser neutral, manteniendo una posición equidistante respecto de quienes intervienen en la mediación, trabajando para aproximar a las partes, desde esa visión equidistante (Barona Vilar, 2013, p. 45).

4) La mediación es un procedimiento extrajudicial de conflictos, flexible y adaptable a las circunstancias propias de cada conflicto y de las personas que intervienen en el mismo. Es por ello que en las normas reguladoras de la mediación se habla de sesiones y de unas mínimas garantías en las actas que se suscribirán por quienes hayan intervenido en las sesiones, pero se deja a las partes y a los mediadores el diseño del procedimiento que se debe seguir, con el fin de garantizar la adaptabilidad propia de este modelo de mediación; un modelo en el que es posible avanzar y retroceder, interrumpir o suspender el procedimiento, obviamente siempre bajo el control de las reglas de máximos que se establecen en las normas reguladoras del mismo. En algunas materias se llegan a fijar unos máximos de duración del procedimiento de mediación (como sucede por ejemplo en materia penal, que se habla de unos dos o tres meses máximo).

5) Principio de confidencialidad, que ofrece una enorme garantía para quienes intervienen en mediación. La confidencialidad es exigible no solo a quienes participan en el procedimiento, sino también a los mediadores, las instituciones mediadoras y cualquier persona que pueda intervenir en la mediación. El deber u obligación de confidencialidad podrá exigirse mediante la correspondiente responsabilidad y sus consecuencias en atención a quién sea el infractor o el que quiebre la misma.

---

<sup>1</sup> Nos remitimos en este punto al Informe del Parlamento Europeo de 2014 denominado *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, del que se desprende el impacto limitado de la Directiva en Europa, con propuestas de mejora entre las que se encuentra precisamente la de introducir la mediación obligatoria en algunas categorías de asuntos, sin perjuicio de la posibilidad de retirarse de la mediación en la primera reunión (*op-out*). Sobre este Informe y las propuestas Azcárraga Monzonis, 2016, pp. 107-117.

6) La mediación viene exigiendo el cumplimiento de un código de comportamiento por quienes en ella actúan; en relación con quienes pueden serlo, se recoge en el Estatuto del mediador, mientras que en el caso de las personas que intervienen en la mediación se exige el respeto a las reglas de la buena fe y el respeto mutuo a las partes y a quienes pudieran intervenir a lo largo del procedimiento de mediación, así como la asunción de actitud de colaboración y apoyo permanente al equipo de mediación.

7) Una de las características de la mediación se centra en el resultado que se alcance al finalizar el procedimiento. Inicialmente el acuerdo constituía un mero acuerdo de voluntades entre las partes, pero lo cierto es que a día

de hoy se fomenta que dicho acuerdo alcance el valor de contrato, y se pretende que el valor jurídico del acuerdo pueda servir como elemento de impulso a participar en la mediación y no como elemento de desinterés por la institución. La aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, respondió a esa inquietud, impulsada desde el seno comunitario europeo, y de ese modo la solución que en este ámbito se ofrece queda en manos de las partes, quienes pueden otorgarle un mero valor de acuerdo o bien pueden favorecer su conversión en título ejecutivo, ya mediante la incorporación del acuerdo en el proceso, o bien elevar a escritura pública notarial el acuerdo adoptado en mediación lo que favorece el valor de título ejecutivo sin necesidad de acudir a la vía judicial.

## 2. La mediación administrativa

Una vez expuestas sucintamente las notas características de la mediación, que como institución y con las variables al uso habrá que considerar en su modulación para los conflictos administrativos, podemos adentrarnos en la implantación de esta en el ámbito del derecho administrativo.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) incorporó en su artículo 88.1 la posibilidad de que la Administración celebre acuerdos, pactos, convenios o contratos tanto con personas de derecho público como privado. Similar a la legislación española puede encontrarse en la mayor parte de las legislaciones. A mayor abundamiento, el artículo 107.2 de la LRJPAC incluyó la posibilidad de sustituir mediante desarrollo legislativo, los recursos de alzada y reposición por otros procedimientos de impugnación como la conciliación, mediación y arbitraje. Evidentemente, estos preceptos implicaban atisbos de cambio, una percepción diversa de la que se había venido manteniendo hasta el momento. No todo el derecho administrativo era indisponible, ni en todo conflicto planteado en sede administrativa debía necesariamente quedar vetada la posible transacción entre las partes en conflicto.

Sin embargo, la cuestión no estuvo exenta de cierta polémica doctrinal, derivada de las distintas concepciones de las potestades administrativas públicas. Lo que buscaba el legislador de 1992 era la interacción entre Administración y ciudadano, es decir, una administración pactada, sin que con ello se afectara al interés público ni el principio de legalidad al que está plenamente sometida la Administración. Esta idea es la que subyace en la actualidad y la que mueve a incorporar esta institución de la mediación. Con ella se abren cauces de acercamiento entre la Administración y el ciudadano y se gana confianza de este hacia aquella, máxime cuando las relaciones son habitualmente complejas y demasiado despersonalizadas.

No deben olvidarse las dificultades que existen para que ciudadano y Administración se desarrollen e interactúen en un plano de horizontalidad, dada la posición de privilegio que tiene y ejerce la Administración. En tal sentido, el procedimiento administrativo tal y como lo conocemos implica que sea la propia Administración quién resuelva un conflicto, imponiendo una decisión y no dejando margen alguno a la interacción entre las partes. Es una relación jerarquizada o si se quiere vertical en la que el ciudadano y la ciudadana parten de una clara situación de inferioridad respecto de la Administración. Es

por ello que la institución de la mediación busca crear una relación diferente, basada en el diálogo y en la búsqueda de una solución por ambas partes, sin olvidar los intereses públicos en juego (Carballo Martínez, 2013, p. 7), ni el papel de la Administración y la situación de privilegio en la que se encuentra relacionadamente hablando respecto del ciudadano, si bien con una posibilidad de trabajar conjuntamente mediante la mediación en la búsqueda de la mejor de las soluciones posibles para ambas partes. Esto no es imposible, como lo demuestran los proyectos piloto que ya existen al respecto y las enormes ventajas que suponen para ambas partes no terminar en vía administrativa y en vía jurisdiccional, con costes en tiempo y en dinero, amén de la insatisfacción y frustración que en muchos casos siente la ciudadanía.

Y este ha sido el espíritu que ha llevado al legislador de 2015 a incorporar también estos preceptos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Se trata esta de una modalidad de mediación que denominamos “mediación administrativa o en vía administrativa” que lo que hace es completar, desviar o

sustituir la tutela de la Administración propia, de modo que es posible alcanzar un acuerdo, evitando la continuidad del procedimiento administrativo o solucionando parcialmente el conflicto suscitado.

Frente a esta mediación administrativa o mediación en vía administrativa, existe otro tipo de mediación, la mediación intrajudicial, en el seno del proceso contencioso-administrativo. Asistimos en este punto a un contexto peculiar en el que hay suficientes fundamentos legales para justificar la mediación intrajudicial, si bien no existe el soporte jurídico adecuado para desarrollar la misma, más allá de los proyectos piloto auspiciados por el Consejo General del Poder Judicial, que han permitido un enorme bagaje para su puesta en práctica.

Son dos modalidades diversas: la mediación administrativa pura (en sede administrativa) y la mediación intrajudicial administrativa (en sede procesal contencioso-administrativa). Ambas no son sustitutas de la vía administrativa o la vía judicial, sino complementarias, e incluso en ciertos casos son caminos para evitarlas.

### 3. Fundamentos y razones para la incorporación de la mediación como cauce de resolución de los conflictos con la Administración

La casuística de situaciones conflictivas en las relaciones de los ciudadanos con la Administración es amplia y compleja. Esos conflictos se gestionan, a día de hoy, a través del procedimiento administrativo y el contencioso-administrativo. Ahora bien, en los últimos tiempos han surgido múltiples voces que reclaman la necesidad de repensar los sistemas actuales de autotutela administrativa y de control judicial, debido a lo que se conoce como “crisis de la justicia administrativa”.

Efectivamente, que la Justicia está en crisis era y es un dato innegable. Y quizás más que hablar de “crisis de la justicia” deberíamos hablar de una crisis del sistema de Justicia en su conjunto o, en palabras de Parejo Alfonso, ante una auténtica crisis de confianza del Estado

(Parejo Alfonso, 1989, p. 16). Algo está cambiando y algo requiere cambios. Y la mediación es una pieza de esos cambios en el derecho administrativo.

En derecho administrativo un elemento más entra en juego: el principio de legalidad, que vino suponiendo un parapeto argumentario contra cualesquiera posibilidades alternativas a la justicia administrativa entendida como órganos administrativos y órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa o, si se quiere, procedimiento administrativo y proceso contencioso-administrativo-. Era obvio que la llamada “crisis de la justicia” arrastrara tras de sí, igualmente, la crisis de la propia Administración Pública (Parejo Alfonso, 1991) como manifestación de esa “crisis” generalizada y en mayúsculas. Y es

precisamente en tiempos de crisis en los que se producen los movimientos, la aparición de nuevas ideas, la revisión de estructuras, de modelos y por supuesto de normas<sup>2</sup>.

La mediación se presenta, así, como un medio que puede cubrir precisamente espacios que no son capaces de proteger ni el procedimiento administrativo ni el proceso contencioso-administrativo. Masucci habla de una “filosofía” que repudia la concepción tradicional del proceso, tratando de huir de la idea de decisión impuesta con una parte victoriosa y una derrotada (Masucci, 2009, p. 14).

Gil-Robles, por su parte, subraya la falta de transparencia en las decisiones administrativas y en los recursos administrativos como una razón adicional para recurrir a la mediación administrativa (Gil-Robles, 2012, p. 14). Se trata de buscar, en palabras de Boumakani el “reequilibrio entre la relación administrativa y la participación ciudadana” (Boumakani, 2003, p. 884), o lo que Carballo denomina como el medio para reforzar la confianza del ciudadano en la Administración (Carballo, 2013, p. 5). Este autor ha subrayado dos motivos principales de la exitosa implantación de la mediación administrativa. Por una parte, que ha conseguido adaptarse a las necesidades sociales y por otra, que se ha convertido en un modelo práctico de conducta socializadora basado en la transparencia, el diálogo y la intervención de las partes.

El momento actual requiere de una Administración concertada, de una Administración transparente y que recurra al diálogo social para la toma de decisiones

y dentro de todo ello se enmarca la mediación, como mecanismo transparente y fiable para solventar las contiendas administrativas. Esa idea de participación ciudadana casa muy bien en un modelo no litigioso como es el de la mediación, que ejercería no solo una función de integración de los ciudadanos en la búsqueda de las soluciones a los conflictos jurídicos en los que estuvieren afectados, sino que propiciaría una función preventiva igualmente de los conflictos entre la Administración y los sujetos afectados por la actuación de esta.

En cualquier caso, debe rechazarse frontalmente todo fundamento del recurso a la mediación administrativa como una fórmula de descargar a los tribunales de justicia (entre otros, Etxeberria Guridi, 2016, pp. 333-334). No podemos ser reduccionistas y defender la mediación desde un punto de vista estrictamente economicista, como mero un instrumento útil para reducir el trabajo en tribunales y el uso del papel. Hay que valorarla igualmente en su conjunto, en la medida que permita cubrir el espectro que los ciudadanos exigen a los poderes públicos en cuanto a las garantías de tutela en el ámbito de los conflictos frente a la Administración.

Partiendo de todo lo anterior, conviene hacer constar que sí existen referencias normativas actualmente, que refieren a la mediación como un medio para la resolución de los conflictos administrativos. En España, por ejemplo, cabe citar especialmente, el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) y los artículos 88 y 107.2 de la LRJPAC. A ellos nos volveremos a referir en apartados posteriores.

---

<sup>2</sup> De ahí la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que, pese a los esfuerzos, no dio los resultados pretendidos, pese a que como era de esperar, los logros alcanzados por la misma también se hicieron visibles en la doctrina administrativista. Entre otros se pronunció al respecto Arroyo Yanes, 2010, pp. 155-176.

## 4. Límites a la mediación administrativa: especial referencia a las posibles materias

El derecho administrativo se presenta como un ámbito repleto de obstáculos frente a la incorporación de métodos alternativos de resolución de los conflictos y, por ende, frente a la mediación. Y ello, por cuanto el derecho administrativo se caracteriza no solo por la tradicional naturaleza indisponible de las materias administrativas, sino también por el régimen de control de la actuación administrativa, caracterizado por la autotutela administrativa.

No es posible aceptar el recurso a mediación en cualquier materia administrativa, puesto que la Administración está constreñida no solo por el principio de legalidad, sino también por su papel de garante del interés público. La delimitación de las materias susceptibles de mediación administrativa plantea dificultades, aunque no es este el único aspecto problemático, sí es el más importante y de ahí que vayamos a referirnos a él con mayor detenimiento.

Conviene empezar reseñando que sí resulta posible encontrar en normas y en acciones propiciadas por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) un reconocimiento de “disponibilidad” en ciertas materias administrativas, que pueden propiciar acuerdos, pactos, transacciones y mediaciones. Esto abre un camino hacia esta viabilidad limitada materialmente en aras de la disponibilidad por las partes. Y en sentido similar, de forma supranacional, en Europa, la Recomendación R (2001) 9 de la Unión Europea ha identificado como posibles materias susceptibles de ser sometidas a mediación administrativa, los actos administrativos individuales, los contratos, la responsabilidad civil y, con carácter general, los litigios que tengan por objeto una suma de dinero.

Por su parte, la Directiva 2008/52/CE sobre mediación en materia civil y mercantil, tras excluir expresamente de su ámbito de aplicación aquellos “derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes”, añade que “no se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*)”. Es decir, la Directiva reconoce que no puede aplicarse a esos ámbitos excluidos, pero se reconoce que, en los referidos asuntos, sí puede haber mediación.

En el mismo sentido, la Ley 5/2012 excluye de su ámbito de aplicación “la mediación con las Administraciones Públicas”. No está prohibiendo la mediación con las Administraciones Públicas, sino que la ley española de mediación civil y mercantil es una ley diseñada para este tipo de conflictividad y ese es su ámbito de aplicación, sin perjuicio de posibles normas que regulen de forma específica la mediación con las Administraciones Públicas.

Debemos referirnos también al protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa, aprobado el 26 de junio de 2011 por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)<sup>3</sup>. Dicho protocolo establecía en su Base 21 que la mediación será aplicable en los siguientes casos:

- i) En los supuestos en que el ordenamiento jurídico permite la transacción.
- ii) En los supuestos en que el ordenamiento jurídico admita la terminación convencional del procedimiento

<sup>3</sup> <http://www.adrmaremma.it/espanol/normas04.pdf> [consultado el 22 de enero de 2018].

administrativo.

iii) En los supuestos para los cuales el ordenamiento jurídico prevea procedimientos compositivos impugnatorios y sustitutivos de la vía del recurso administrativo.

iv) Respecto al ejercicio de potestades discrecionales de la Administración.

v) En la fijación de hechos controvertidos en las potestades regladas o que son presupuesto de aplicación de normas jurídicas.

Y en concreto, enumeraba algunas materias como susceptibles de mediación (*numerus apertus*):

i) Fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.

ii) Determinación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales. Contratos de derecho público y privado, convenios y reintegro de subvenciones.

iii) Legislación urbanística, medio ambiente y ordenación del territorio, así como la concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación.

iv) Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

v) La inactividad de la administración, la vía de hecho y el silencio administrativo.

vi) La ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración.

vii) Ejecución de sentencias.

viii) Las demás que establezcan en normas legales o sean acordadas por el juez competente.

La propuesta realizada a través de este listado fue el fruto de las reflexiones y conclusiones extraídas en el “Seminario sobre mediación contencioso-administrativa” celebrado en enero de 2011 y en el que se llegó al entendimiento de que cualquier materia amparada en derecho administrativo podría ser susceptible de mediación, a excepción de aquellas que afectan

a derechos fundamentales, al orden público o que perjudiquen intereses de terceros. Es por ello que el seminario entendió preferible decidirse por una lista de posibles materias, sin estipular una lista reglada (Pereira Pardo, Botana Castro y Fernández Muiños, 2013, pp. 167-168). Las discusiones, los debates, los seminarios y las publicaciones en torno a la viabilidad de la mediación con la Administración Pública se han venido sucediendo y han puesto de manifiesto una realidad en marcha.

En efecto, todas las propuestas anteriores y las acciones del CGPJ se acompañan de un movimiento doctrinal a favor de la incorporación de la mediación al derecho administrativo. En este sentido resulta interesante remitirnos el protocolo de mediación contencioso-administrativa elaborado en el seno del CGPJ de 9 de octubre de 2013 sobre las materias susceptibles o no de mediación y sobre el que se han pronunciado bien de forma idéntica o bien con matices los autores de la doctrina administrativista (Pérez Moreno, 2003, p. 178)<sup>4</sup>. De acuerdo con estos fundamentos quedan excluidos de la posibilidad de mediación: las impugnaciones directas de reglamentos, los actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas y cualquier asunto en materias legalmente abiertas a la acción pública, así como las materias estrictamente regladas.

Constituirían, por su parte, materias susceptibles de mediación: (i) los conflictos que surjan en la interpretación y ejecución de contratos de las Administraciones Públicas, (ii) convenios entre Administraciones Públicas, convenios urbanísticos y expropiatorios, (iii) la determinación del justiprecio en los casos de expropiación forzosa y de los intereses de demora por retraso en la determinación y pago del mismo, (iv) los acuerdos indemnizatorios en procedimientos de determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, (v) la concesión de ayudas y subvenciones públicas, (vi) el

<sup>3</sup> También: De Palma Del Teso, 2003, pp. 228-229; García Vicario, 2013, pp. 17-19; Carballo Martínez, 2013, pp. 13-17, que mantiene una posición muy proclive a la mediación administrativa considerando la posibilidad de mediación incluso cuando pueda encontrarse la administración en el ejercicio de potestad reglada que permita el juego de la alternatividad en su interpretación y aplicación; y Beltrán Aguirre, 2014, pp. 7-9.

procedimiento de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, (vii) determinadas cuestiones medioambientales, (viii) la determinación de la base imponible, (ix) la rectificación de datos catastrales, (x) la valoración de méritos o adjudicación de plazas en ejecución de sentencias, (xi) determinados aspectos del derecho sancionador. A ellos podrían incorporarse conflictos en materia de objeto de negociación colectiva en el ámbito del empleo público o cuestiones sobre falta de transparencia y de participación ciudadana.

Todas las propuestas anteriores, las acciones del Consejo General del Poder Judicial y el movimiento doctrinal a favor de la introducción de un instrumento como la mediación en derecho administrativo ponen de

relieve que ya no se trata de hablar de una institución imposible en los conflictos con las Administraciones Públicas, y que en esa “crisis” también de identidad de la Administración y del sistema administrativo emergen conceptos nuevos, instituciones, que pueden generar expectativas de mejora y una probabilidad de mayor transparencia y sobre todo confianza en las relaciones existentes entre los ciudadanos y la Administración. Es indudable que existen sectores y materias en las que la Administración puede transigir con las condiciones legalmente establecidas y que habrá que trabajar, discriminar y condicionar en su caso para poder integrarlo en un modelo de mediación adecuado a las coordenadas del derecho administrativo. Pero es realista esta propuesta.

## 5. Clases de mediación administrativa

Llegados a este punto, conviene acotar algunas cuestiones relativas al régimen aplicable a la mediación y de ahí la necesidad de referirnos a las posibles modalidades que podemos encontrar y que son principalmente dos: la mediación administrativa propiamente dicha y la mediación “intrajudicial” contencioso-administrativa.

### 5.1. Mediación administrativa

Como ya hemos anticipado, la actual ley de procedimiento administrativo (LPAC) no solo incorpora la posibilidad de que existan acuerdos, pactos y convenios con la Administración (artículo 86.1), sino también prevé la sustitución de los recursos de alzada y de reposición por otros procedimientos de impugnación como la mediación, la conciliación o el arbitraje (artículo 112.2). Es más, en el artículo 114 de la LPAC se establece que se pone fin a la vía administrativa a través de varias vías, destacando el apartado d) del párrafo 1 de este precepto la de “los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento”.

Sin embargo, el artículo 86.2 señala límites claros a la mediación, a saber, que sea contraria al ordenamiento jurídico, que verse sobre cuestiones no susceptibles de transacción y que afecte al interés público.

Los artículos 86 y 114 de la LPAC refieren a una mediación convencional, predominantemente contractual, mientras que la mediación prevista en el artículo 112 de la LPAC tiene un carácter más preprocesal, procedimental. Mientras en el primer caso, la mediación ya gozaría de eficacia directa, en el caso del artículo 112 haría falta una ley específica que previera y autorizara el recurso a mediación en concretos supuestos.

Respecto de la validez jurídica de los acuerdos adoptados conforme al artículo 86 LPAC, la doctrina, y entre ellos Tornos Mas (1995, p. 156), aboga por su consideración como actos finalizadores de la vía administrativa, y, por ende, no susceptibles de recurso administrativo. El contenido del acuerdo no podrá ser impugnado, pero sí podrá discutirse acerca de su interpretación o incumplimiento.

Respecto de la mediación como alternativa a los recursos administrativos conviene recordar que la ley exige que sea un órgano colegiado no sometido a superior jerárquico. Por tanto, se trata de una mediación institucional. Y no existe duda que el acuerdo adoptado pondrá fin a la vía administrativa.

Pese a todo, los citados preceptos han quedado en papel mojado, y su incorporación en su momento a la LRJPAC, y actualmente a la LPAC, no han supuesto un impulso real de estos medios alternativos. Lo cierto es que ambos preceptos no han sido objeto de desarrollo normativo posterior ni han gozado de una verdadera aplicabilidad.

Dichas previsiones constituyen una oportunidad — hasta el momento, poco aprovechada— de instaurar mecanismos alternativos de resolución de controversias alternativos a los recursos administrativos en aquellas materias que así lo permitan. Presenciamos una evidente crisis de los recursos administrativos, siendo que actualmente únicamente sirven de instancia previa a la vía jurisdiccional, pero no la evitan, puesto que el porcentaje de recursos administrativos estimados es extraordinariamente bajo, lo que incide en el alto número de asuntos que terminan en los tribunales, lo que propicia la desconfianza hacia la resolución de conflictos por la propia Administración. Y es que, a día de hoy, las posibilidades de éxito de las reclamaciones del administrado frente a la Administración residen casi íntegramente en los tribunales de justicia<sup>5</sup>.

Las normas que hemos referenciado, tanto el artículo 86 —fundamento esencial de la actividad consensual también en la Administración y con la Administración— como los artículos 112 y 114, ofrecen una respuesta legislativa incompleta, pero es más

que una mera declaración de intenciones. Permiten justificar la posibilidad de los acuerdos en los conflictos administrativos, sin perjuicio de los condicionantes que existen o que pueden existir en la actual legislación o en normas futuras.

### 5.2. Mediación “intrajudicial” en la jurisdicción contencioso-administrativa

Existe una segunda modalidad de mediación que podemos denominar “intrajudicial”, y que es aquella que tiene lugar en un proceso contencioso-administrativo.

Es un cauce complementario del proceso contencioso-administrativo, consistente en la intervención de un mediador o un equipo mediador que trabaja con las partes para poder llegar a un acuerdo consensuado, que puede desarrollarse en cualquier fase procesal, esto es, ya pendiente el proceso contencioso-administrativo o ya incluso en fase de ejecución de sentencia.

Como cualquier mediación que se desarrolla para gestionar y solventar conflictos jurídicos, el procedimiento de mediación no sustituye a la decisión jurisdiccional, sino que facilita la intervención de las partes en la búsqueda del consenso, favoreciendo el acuerdo allá donde es posible desde los límites de la Administración y el interés público afectado.

Dada la asimetría de los sujetos que intervienen, debe tenerse en cuenta que, por un lado, los sujetos privados tienen capacidad para disponer de sus derechos (siempre que estos sean disponibles) en atención a sus propios intereses. Mientras que la Administración necesita de un régimen de autorización en la toma de decisiones, lo que debe efectuarse —si se pretende que la mediación prospere—, desde la regulación de mecanismos que sean ágiles para la adopción de acuerdos administrativos que autoricen a los representantes legales de la

<sup>5</sup> Puede verse Informe emitido por la Sección Especial, creada mediante Orden Ministerial de 11 de julio de 2012, en el seno de la Comisión General de Codificación, para la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; en [http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2014/05/Informe\\_explicativo\\_APL\\_Jurisdic\\_Contenc.Admva-3.pdf](http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2014/05/Informe_explicativo_APL_Jurisdic_Contenc.Admva-3.pdf) [consultado el 10 de mayo de 2018].

Administración para allanarse o transigir en sede judicial<sup>6</sup>.

En la actualidad no existe una regulación específica en materia de intrajudicial contencioso-administrativa. El artículo 77 de la LJCA permite cubrir la fundamentación existencial de la mediación (o conciliación igualmente), si bien es absolutamente incompleta para sostener la expansión de la mediación administrativa derivada de un proceso contencioso-administrativo.

Es decir, pese a que sí existe una suerte de apoderamiento legal de la mediación, como se desprende de todo lo expuesto hasta este momento (Etxeberría Guridi, 2016, p. 340), lo cierto es que no existe una verdadera implementación de la mediación administrativa en España. Pese a que la intencionalidad del legislador español ha sido, en este sentido, receptiva en algunos momentos a su expresa conformación, como queda acreditado mediante las normas ya citadas, no existe por a día de hoy una verdadera norma que dé cobertura e implemente la mediación administrativa en España, aunque como se verá a continuación, la realidad demuestra la existencia de importantes proyectos pilotos.

Debería conformarse una norma habilitante que determine quién o quiénes pueden ser mediadores en este tipo de conflictos y cuáles serían los nexos de coordinación con los órganos administrativos y sobre todo con los jueces del orden contencioso-administrativo.

Debe tenerse en cuenta no solo la necesaria formación del mediador en técnicas de comunicación sino también los conocimientos específicos para este tipo de asuntos. Esta norma debería en cualquier caso respetar el artículo 77.3 de la LJCA, que condiciona la eficacia procesal del acuerdo para que este no lesione el interés público, dado que si así lo hiciera, el juez no lo homologará<sup>7</sup>. Así, el auto judicial que homologa el posible acuerdo tiene fuerza ejecutiva, de conformidad con el artículo 113 de la LJCA.

A todo ello debe añadirse la existencia de proyectos piloto promovidos por el Consejo General del Poder Judicial como el de la Fundación Valsain en Canarias, posteriormente reproducido en otras Comunidades Autónomas como La Rioja o Cataluña, y más recientemente en Madrid y en Valencia, siendo el primero gestionado desde el Ayuntamiento y el segundo, desde la Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Valencia. Destaca también la una iniciativa de mediación intrajudicial en los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Dichos proyectos reflejan que no solo es posible, sino en muchos casos, conveniente impulsar el consenso, el pacto, el acuerdo, y mejor que eso que se lleve a cabo a través de un facilitador o un equipo de facilitadores, a través de la mediación. Y siempre a sabiendas de que no es excluyente de la vía jurisdiccional.

<sup>6</sup> Conclusión Quinta del Seminario “La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa”, dirigido en el Consejo General del Poder Judicial por Concepción García Vicario y Gerardo Carballo Martínez.

<sup>7</sup> Como señala Santamaría Pastor, J.A (2010, p. 777), será el juez el que fiscalizará esta situación, desde “*criterios absolutamente ajenos al Derecho, que son los únicos que formalmente puede manejar un órgano jurisdiccional*”, en *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentarios*.

## 6. Reflexión final

Presenciamos un momento de fascinación por la mediación, especialmente en los sectores del derecho privado, en los que su implantación está cada día más consolidada, debido en gran parte, al enorme impulso propiciado por la Unión Europea.

El derecho administrativo, por su parte, se presenta como un ámbito repleto de obstáculos frente a los métodos alternativos de resolución de conflictos, debido a la especial posición de la Administración y a la tradicional naturaleza indisponible de las materias administrativas. Pese a ello, el legislador español ha incorporado normas favorables al recurso a la mediación para llegar a acuerdos y resolver conflictos con la Administración. Pero esa mediación presentará peculiaridades respecto de la mediación en los ámbitos civiles o mercantiles, y quedará expresamente excluida del ámbito de la Directiva 52/2008/CE y de la Ley 5/2012.

Y lo cierto es que el Consejo General del Poder Judicial viene potenciando y favoreciendo la mediación administrativa a través de proyectos pilotos, que impulsan el consenso y evidencian las ventajas de recurrir a esta figura para resolver conflictos administrativos.

Conviene diferenciar por una parte, entre la mediación administrativa, entendida como la adopción de acuerdos y pactos entre Administración y ciudadanos

(la denominada terminación convencional), y como la mediación sustitutiva de los recursos administrativos, y por otra parte, la mediación intrajudicial en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa. La primera se encuentra recogida en la LPAC actual, mientras que la segunda carece de un fundamento normativo expreso, a salvo de la referencia implícita del artículo 77 de la LJCA.

Pese a todo, la mediación administrativa sigue careciendo, a día de hoy, de un régimen adecuado, en el que no solo la norma habilitante la presente, sino que se determinen quién o quiénes pueden ser mediadores en este tipo de conflictos y cuáles serían los nexos de coordinación con los órganos administrativos y sobre todo con los jueces del orden contencioso-administrativo. Hace falta una norma habilitante que la dote de independencia operativa y funcional respecto de otros cauces alternativos de resolución de conflictos.

La mediación administrativa se presenta como un cauce idóneo no solo para resolver los conflictos entre Administración y ciudadano, sino también para eliminar los conflictos en la relación entre ambas partes. Trata de crear una horizontalidad en sus relaciones, que no existe al día de hoy debido a la especial posición de la Administración. La mediación administrativa no es solo un fin, sino también un medio para alcanzar la paz social y la credibilidad en las instituciones.

## Referencias

- Arroyo Yanes L.M. (2010). La justicia administrativa española y su modernización y mejora a partir de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa. En M. Zambonino Pulito (Dir.). *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas* (pp. 155-176). Madrid: Iustel.
- Azcárraga Monzonís, C. (2016). El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción. En S. Barona Vilar (Ed.). *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (pp. 103-118). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- Barona Vilar, S. (2012). La mediación: mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En J. F. Etxeberría Guridi (Dir.). *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?* (pp. 21-62). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Barona Vilar, S. (2013). Qué y por qué la mediación. En A. Ortega Giménez, M. E. Cobas Cobiella y S. Barona Vilar (Coords.). *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: Cuestiones de actualidad* (pp. 13-50). Madrid: Ed. Difusión Jurídica.
- Barona Vilar, S. (2018). *Nociones y principios de las ADR (solución extrajurisdiccional de conflictos)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Beltrán Aguirre, J. L. (2014). Una apuesta por la mediación administrativa. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (3), 155-166.
- Boumakani, B. (2003). La Médiation dans la vie administrative. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, (3), 865-890.
- Carballo Martínez, G. (2013). La mediación administrativa: Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal. *Revista Jurídica de Castilla y León*, (29), pp. 1-22.
- De Palma Del Teso, A. (2003). Nuevas técnicas convencionales en el Derecho Administrativo. En especial el trámite de avenencia ante el jurado de expropiación de Cataluña. En M.J. Montoro i Chiner (Coord.) *La justicia administrativa: Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* (pp. 211-231). Barcelona: Atelier.
- Etxeberría Guridi, J.F. (2016). La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades. En S. Barona Vilar (Ed.). *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia* (pp. 331-352). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- García Vicario, M.C. (2013). La mediación como sistema alternativo y complementario de resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa. *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm 29. pp. 1-27.
- Gil-Robles, A. (2012), "La mediación administrativa como alternativa". *Revista Poder Judicial*, núm 94. p. 40.
- Masucci, A. (2009). El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo: Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa. *Revista de Administración Pública*, (178), 9-35.
- Nieto, J.E. (2010). Mediació en dret administratiu. *Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*. En P. Casanovas, J. Magre y M. E. Lauroba (Dir.) (pp. 731-757). Generalitat de Catalunya.
- Parejo Alfonso, L. (1989). La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública. *Revista de documentación Administrativa*, (218-219) 15-65. doi: <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i218-219.5132>
- Parejo Alfonso, L. (1991). *Crisis y renovación en el derecho público*. Madrid: CEC.
- Pereira Pardo, M.C., Botana Castro, V. y Fernández Muiños, B. (2013). *La mediación paso a paso: De la teoría a la práctica*, Colección Práctica de Mediación. Madrid: Dykinson.

- Pérez Moreno, A. (2003). Justicia administrativa y fórmulas alternativas. En M. J. Montoro i Chiner (Coord.) *La justicia administrativa: Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* (pp. 185-174). Barcelona: Atelier.
- Tornos Mas, J (1995). Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos. *Revista de administración pública*, (136), 149-177.
- Informe emitido por la Sección Especial, creada mediante Orden Ministerial de 11 de julio de 2012, en el Seno de la Comisión General de Codificación, para la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

**Maurizio  
Onza**

**Universidad de  
Brescia, Italia**

maurizio.onza@unibs.it

Recibido: 02.08.18

Aceptado: 28.11.18

## **La mediación conciliatoria de los conflictos civiles y comerciales en Italia: un análisis jurídico y empírico\***

### **The conciliatory mediation in civil and commercial matters in Italy: a legal and empirical analysis**

**Resumen:** El trabajo trata sobre la mediación conciliatoria de los conflictos civiles y comerciales en Italia, concentrándose en su integración en el sistema de las soluciones no jurisdiccionales de los conflictos. En esta visión, es necesario profundizar en el análisis sea de un punto de vista teórico sea de un punto de vista operativo, estudiando los datos empíricos.

**Palabras clave:** Mediación; mediación conciliatoria; análisis jurídico

**Abstract:** This work deals with the conciliatory mediation in civil and commercial matters in Italy, with respect to the relevant integration in the system provided for the extrajudicial resolutions of the conflicts. In this scenario, the analysis will focus on the theoretical point of view as well as on the practical one, also processing empirical data too.

**Keywords:** Mediation; conciliatory mediation; legal and empirical analysis.

La “mediación conciliatoria de los conflictos civiles y comerciales” es un procedimiento introducido en Italia con el decreto legislativo 28 de 2010, en aplicación de la ley delegativa n° 69 de 2009 que contiene los principios [y] criterios directivos<sup>1</sup> fijados por el Parlamento en los cuales el delegado del ejercicio de la función legislativa (el Gobierno), en la ejecución de la delegación, se ha tenido que ajustar.

La “mediación conciliatoria” ha sido evidentemente introducida para reducir la carga de trabajo de las autoridades jurisdiccionales, en función, por lo tanto, deflacionaria.

Analizar la “mediación conciliatoria” en Italia es una tarea particularmente compleja que requiere la elección de una perspectiva de investigación; lo cual implica el riesgo de

parcialidad y la certeza de un inacabado análisis.

Con esta advertencia, que también sirve como el comienzo de la premisa, se han seleccionado aspectos que se consideraron más interesantes para el jurista y, en particular, para el jurista que observa otro ordenamiento.

Aspectos sobre los que intentaré detenerme mirando el contexto en el cual la “mediación conciliatoria” se inserta y las respuestas que su disciplina ofrece: desde un punto de vista jurídico, primero, luego dedicando alguna broma sobre su operatividad concreta.

\* Ponencia realizada en el Seminario Internacional “Mediación de asuntos civiles y comerciales. Una visión comparada para su regulación en Chile”, celebrada en la Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 14 de mayo de 2018. La traducción al español de los textos citados es del autor (Nota de la ed.).

<sup>1</sup> Art. 76 Cost.

# 1. La “mediación conciliatoria” como técnica de solución de conflictos alternativa al procedimiento jurisdiccional: la “tensión” con el derecho a un “procedimiento jurisdiccional”

Intuitivamente la “mediación conciliatoria” se sitúa, en el sistema, como una técnica de solución de conflictos entre pretensiones jurídicamente relevantes (por ejemplo, litigios) como alternativa a los procedimientos jurisdiccionales<sup>2</sup>, mediante la “conciliación” llegando a un “acuerdo”<sup>3</sup>, que se avala en la intervención de un tercero llamado “mediador”<sup>4</sup>.

Una característica que debe apreciarse no tanto —y no solo— en razón del momento temporal en el cual la técnica es aplicada (“antes” o “en el curso” del procedimiento jurisdiccional)<sup>5</sup>, sino, sobre todo, considerando el valor jurídico de la “solución” del conflicto objeto de la “conciliación”.

Esta “solución” del conflicto, a buena vista, no está limitada a “procedimientos jurisdiccionales”, sino que se verifica en “procesos verbales”<sup>6</sup> que contienen la “solución conciliada”, a los cuales el ordenamiento les reconoce, bajo ciertas condiciones, algunos efectos jurídicos que aseguran la estabilidad y la ejecución de la “solución”: efectos que, de no producirse, la técnica alternativa sería *inutiliter data* [se le conceda], lo que la condena al seguro fracaso.

Así es que, resuelto el conflicto, es necesario cumplir las pretensiones “conciliadas”, asignando ahora a aquella “solución”, declarada en un “procedimiento no jurisdiccional”, eficacia ejecutiva. Por lo tanto, se otorga a la “solución” título para la apertura del procedimiento ejecutivo<sup>7</sup>, permitiendo satisfacer la pretensión sin la “colaboración” de quien es sometido a aquella pretensión.

Parece evidente, entonces, que resolver un conflicto entre pretensiones jurídicamente relevantes y atribuir a esta “solución” eficacia ejecutiva, sin que tal “solución” sea apreciable como “procedimiento jurisdiccional”, entra en tensión con el derecho a la tutela jurisdiccional.

Es esto un “principio supremo del ordenamiento constitucional, directamente conectado con el principio de democracia que debe asegurar a todos y siempre, por cualquier controversia, un juez y un juicio”<sup>8</sup>. Una decisión, por lo tanto, que aplica la “ley”<sup>9</sup>,

<sup>2</sup> Aunque la mediación conciliatoria puede actuar como una técnica alternativa, a su vez, a otra técnica alternativa a los procedimientos judiciales, como es el arbitraje: este es el caso de la “mediación” o “conciliación” prevista en una cláusula de “contrato”, un “estatuto” o de una “escritura de constitución” de una entidad (Art. 5, quinto párrafo, D.Lgs. n° 28/2010).

<sup>3</sup> La palabra “conciliación” significa “reconciliar, reconciliar y lograr”; y conciliar significa “ponerse de acuerdo” independientemente de la intervención de un tercero (De Mauro, 2000).

<sup>4</sup> Mediador significa “quien realiza el trabajo de mediación o interviene entre dos o más partes para facilitar la obtención de un acuerdo” (De Mauro, 2000).

<sup>5</sup> Como es el caso de la “mediación conciliatoria” que puede tener lugar tanto antes del proceso judicial (en algunos como condición para poder proceder) como durante el proceso, como se verá en el apartado 1.1 de esta investigación.

<sup>6</sup> Así, en las actas hay mucha discusión en la “mediación conciliatoria” (Art. 11, párrafos primer, tercer y cuarto, D.Lgs. n° 28/2010) así como, ejemplarmente, en el intento obligatorio de conciliación en procedimientos judiciales ordinarios (Art. 185, 3er párrafo, c.p.c.); en la conciliación de conflictos laborales (art. 411 del Código Civil italiano —llamado c.c.— y 420 párrafo tercero, c.c.), este último también aplicable a las controversias relativas al arrendamiento, préstamo y alquiler); en asesoramiento técnico preventivo (artículo 696 *bis* c.c.). Y el “proceso verbal de conciliación”, llevado a cabo ante un juez, está dedicado al Art. 88 de la disp. att. y trans. Código de Procedimiento Civil (llamado c.p.c.)

<sup>7</sup> En uno con la preferencia en el orden de satisfacción de los acreedores atribuido por la hipoteca judicial (previsto de manera general, para las sentencias y para las comisiones de elogio, cuando se hizo exigible: arts. 2818-2820 c.c.).

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional n° 18/1982.

<sup>9</sup> Por esta razón, incluso cuando la “medida jurisdiccional” se traduce “según la equidad” —hipótesis admisible para disputas “menores” (menos de 1.100 euros)— el juez debe “aplicar los principios que informan al sujeto” (Art. 113, primer párrafo, c.p.c., según lo interpretado por el Tribunal Constitucional con la pronunciación n° 206/2004).

a la cual todo “juez” está vinculado<sup>10</sup> y cuyo respeto debe ser racionalmente verificable a través de la “motivación” de la decisión<sup>11</sup>.

Principio, a su vez, que tiene un valor de derecho fundamental en la Unión Europea, que le atribuye a toda persona el derecho a un recurso efectivo, ante un juez independiente e imparcial, y consecuentemente, preestablecido por ley, llamado a examinar la causa introducida de manera “justa, publica” y dentro de un término razonable, asegurando a las partes involucradas, inclusive privados de medios (económicos) suficientes<sup>12</sup> (llamado gratuito patrocinio), la “asistencia” y la “representación” de un profesional<sup>13</sup>.

Un principio tan relevante, entonces, como para ponerle límites incluso al arbitraje llamado ritual, técnica alternativa históricamente más cercana a la “jurisdicción”, en los sentidos mencionados y atendida en modo más cercano al procedimiento jurisdiccional. Límites entre los cuales señalaría: (1) la exclusión de la legitimidad de un árbitro ritual obligatorio<sup>14</sup>; (2) la necesidad de una disposición textual para asignar a la “solución” del conflicto (el llamado laudo), los “efectos de la sentencia pronunciada de la autoridad judicial”<sup>15</sup> y (3) la solicitud de intervención de la autoridad jurisdiccional<sup>16</sup> para asignar eficacia ejecutiva al laudo previo una evaluación de su

regularidad formal<sup>17</sup>.

1.1. La consecuente disciplina de la “mediación conciliatoria”: las condiciones, los costos, los tiempos y la eficacia ejecutiva

Esta tensión, entre técnica alternativa de solución de conflictos entre pretensiones jurídicamente relevantes y el derecho de obtener un pronunciamiento jurisdiccional, ha provocado —no por casualidad— en la disciplina de la mediación conciliativa una declaración de inconstitucionalidad<sup>18</sup> que nos ha impuesto una modificación, que data del 2013<sup>19</sup>. En la perspectiva de esta tensión, la disciplina de la “mediación conciliatoria” hoy vigente se traduce en algunas reglas que podrían ser así resumidas:

El experimento de la “mediación conciliatoria” es una (mera) condición de procedencia<sup>20</sup> del proceso de origen jurisdiccional, que no puede en caso alguno restringir el acceso a la justicia<sup>21</sup> y que conlleva una carga por asumir, que en algunos casos, específicamente indicados<sup>22</sup>, es anterior al inicio del procedimiento jurisdiccional y en otros durante el curso del procedimiento jurisdiccional, si el intento de “mediación conciliatoria” es propuesto por el juez<sup>23</sup>. De ello se deduce que la no realización de la “mediación de la conciliación”, antes de la iniciación de los procedimientos judiciales o en el curso de la misma,

<sup>10</sup> Art. 102, segundo párrafo, Tribunal Constitucional.

<sup>11</sup> Art. 111, sexto párrafo, Tribunal Constitucional.

<sup>12</sup> Confrontar, también el Art. 24, párrafo tercero, Tribunal Constitucional.

<sup>13</sup> Art. 47 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (adoptada el 12 de diciembre de 2007), documento que tiene la misma significación jurídica que los “Tratados de la Unión Europea” de conformidad con el art. 6, § 1, del Tratado de la Unión Europea. Del mismo modo art. 6, § 1, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, “principio general” en el derecho de la Unión Europea según el art. 6, párrafo 3, Tratado de la Unión Europea.

<sup>14</sup> Entre los primeros, Tribunal de la Constitución n° 127/1977.

<sup>15</sup> Art. 824 *bis* c.p.c.

<sup>16</sup> En detalle, es el Tribunal territorialmente competente para pronunciar el “decreto” de “ejecución”; para el laudo extranjero, la competencia está enraizada en el Tribunal de apelación de acuerdo con los criterios descritos en el arte 839 c.p.c.

<sup>17</sup> Art. 825, primeros párrafos, c.p.c.

<sup>18</sup> Tribunal de la Constitución n° 272/2012, intervino, esencialmente, en el primer párrafo del art. 5 D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>19</sup> D.I. n° 69/2013 que también introdujo del art. 5 D.Lgs. n° 28/2010 el párrafo 1-*bis*.

<sup>20</sup> Art. 5, párrafo 1-*bis*, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>21</sup> Art. 60, tercer párrafo, b), L. n° 69/2009.

<sup>22</sup> Art. 5, párrafo 1-*bis*, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>23</sup> Art. 5, párrafo 2, D.Lgs. n° 28/2010. Cuando “la naturaleza de la causa, el estado de la educación y el comportamiento de las partes hace particularmente adecuado el recurso a soluciones amistosas del mismo, también teniendo en cuenta el contenido de las propuestas conciliatorias formuladas durante el juicio”: Tribunal de Turín, n° 4613/2017.

obliga<sup>24</sup> al Tribunal<sup>25</sup> a pronunciar una declaración de improcesabilidad, que no excluye una nueva iniciación del procedimiento judicial. Por lo tanto, el juez no decide sobre el mérito del conflicto. En definitiva, la no aceptación de las cargas de inicio de la “mediación conciliatoria” no impide la re-proposición del requerimiento jurisdiccional; lo que genera, como consecuencia, la necesidad de tener que introducir incentivos para la aceptación de las cargas o desincentivos para no evadirla. La parte sobre la cual recae la carga, intuitivamente, coincide con el “actor” del eventual procedimiento jurisdiccional, siendo el sujeto que tiene interés en la introducción del procedimiento mismo, el cual será ahora condenado a las costas del litigio en caso de un pronunciamiento de improcedencia<sup>26</sup>. Estos incentivos y desincentivos son funcionales respecto a las condiciones de procedencia que, en cuanto a la “suspensión temporal” de la obtención de un “procedimiento jurisdiccional”, es aplicable solo respecto a conflictos de seleccionadas materias<sup>27</sup>, no susceptibles, por lo tanto, de interpretaciones extensivas o analógicas<sup>28</sup>.

La realización de una “mediación conciliatoria” no interfiere con la posibilidad de obtener “medidas urgentes y cautelares”, medidas que resuelven un conflicto cuya “solución tardía” podría socavar la utilidad de la teoría del conflicto<sup>29</sup>, caracterizada por el llamado *periculum* en residencia, y luego se resolvió con una llamada “medida

jurisdiccional” y un “conocimiento incompleto” basado en la apariencia de los méritos del reclamo (llamada *fumus boni iuris*).

El costo de la “mediación conciliatoria”, como condición de procedencia, debe ser contenido y previsible. En sintonía con esto, el D.Lgs. n° 28/2010 prevé la indicación preventiva de mínimos y máximos de gastos, establece reducciones obligatorias y, para quien demuestre no tener los “medios” económicos suficientes, la exención total (llamado gratuito patrocinio)<sup>30</sup>. Al respecto, es oportuno evidenciar que los costos “contenidos” se refieren a las costas de la “mediación conciliatoria” y no de la asistencia de los abogados a las partes en conflicto, durante la mediación misma: asistencia convertida en obligatoria<sup>31</sup>. Se genera así una incompatibilidad parcial entre la “mediación conciliatoria” y la normativa de derivación europea, que en conflictos relativos a los consumidores legitima a estos a iniciar “conciliaciones” (comprendida la “mediación conciliatoria”) sin la asistencia de abogados<sup>32</sup> (por tal modo sin pagarnos el “costo”); en sintonía, ante estas hipótesis, el D.Lgs. n° 28/2010 ha sido inaplicable por estar en contraste con el derecho comunitario<sup>33</sup>.

La “suspensión” del derecho a acceder a un pronunciamiento jurisdiccional, como consecuencia de la apertura de la “mediación conciliatoria”, está limitada en el tiempo<sup>34</sup> y existen índices y modalidades que permiten

<sup>24</sup> En la interpretación preferible. De hecho, en algunos casos de “mediación conciliatoria” solicitada durante el proceso judicial, el juez, en ausencia de una pronta activación, no procedió con el fallo de impropietad: detalles en Ferraris (2016, p. 631, nt. 3) la voz *Mediación civil y comercial*.

<sup>25</sup> Establecer un plazo corto (15 días) para la presentación de la aplicación. El término que la jurisprudencia tiende a no considerar perentorio dada la connotación “conciliatoria” de “mediación”: v. Corte de la aplicación Milán, 25 de mayo de 2017. Sigue la necesidad de evaluar, caso por caso, las posibles consecuencias de no haberlo presentado oportunamente (v. Tribunal de Vasto, Sección del Trabajo, 27 de septiembre de 2017, sobre el mandato no perentorio, véase también Trib. Bolonia, n° 21109/2017). El hecho de que sea una condición procesal implica, además, que “el aplazamiento del juicio debido a la falta del proceso de mediación no socava las preclusiones procesales que, a mediano plazo, han madurado”: Cass. n° 9557/2017.

<sup>26</sup> Corte de Roma, n° 23237/2017.

<sup>27</sup> Art. 5, párrafo 1-*bis*, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>28</sup> Corte de Bologna 1 de diciembre de 2011.

<sup>29</sup> Art. 5, tercer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>30</sup> Art. 17, párrafo cuarto e 5-*bis*, D.Lgs. n° 28/2010. Confróntese Corte de Trieste, n° 6797/2017.

<sup>31</sup> Art. 8, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010 enmendado por el D.L. n° 69/2013. Asistencia que evidentemente no puede considerarse equivalente y si la asistencia como representación ante un tribunal (denominado *jus postulandi*): v. Cass. n° 13886/2016 y el Tribunal de la Ley de Pavia, 14 de septiembre de 2015.

<sup>32</sup> Tribunal de Justicia de la UE n° 75/2017, en relación con la Directiva 2013/11/UE.

<sup>33</sup> Corte de Verona, 28 de septiembre de 2017.

<sup>34</sup> No pudiendo durar más de “tres meses”, plazo no sujeto a suspensión laboral: art. 6, primer y segundo párrafo, D.Lgs. n° 28/2010. Si la relación no es “congelar” el derecho a una “decisión judicial”, es claro que este término no constituye un “límite de tiempo para la formación del acuerdo”, operando “exclusivamente para la capacidad de acción de las aplicaciones judiciales”: Corte de Roma, 22 de octubre de 2014.

mantener implícitamente satisfecha la condición de procedencia, al tiempo que impiden revelarnos su ausencia. Y así, siempre que el primer encuentro frente al mediador concluya sin acuerdo o “conciliación”<sup>35</sup>, la condición de procedencia se reputa satisfecha; mientras que la falta de cumplimiento de esta condición de procedencia debe ser revelada por el demandado o por el juez, no antes de la primera audiencia posterior al inicio del procedimiento jurisdiccional o debe considerarse —ante la propuesta del juez— durante el curso del procedimiento jurisdiccional<sup>36</sup>.

La eficacia ejecutiva<sup>37</sup> de la “solución conciliada” es atribuida —respetados ciertos requisitos de forma<sup>38</sup>— siempre que todas las partes hayan sido asistidas por un abogado; en defecto<sup>39</sup>, aquella eficacia requiere de una disposición de la autoridad jurisdiccional<sup>40</sup>, de homologación de la solución previo examen de la regularidad formal y del respeto a las normas imperativas de orden público<sup>41</sup>. Esto permite evidenciar un perfil fundamental: en la “mediación conciliativa”, la solución del conflicto parece susceptible de un vínculo débil en orden al respeto de la aplicación de las reglas de derecho<sup>42</sup>, incluida (si se considerase, como me parece que se debe, una regla no “de derecho”) la equidad. En la disciplina de la “mediación conciliatoria”, de hecho, no existe ninguna disposición textual que imponga una “solución conciliada” que aplique al conflicto concreto” reglas “de derecho”:

a buena vista, la verificación del respeto de las normas imperativas y de orden público está prevista, como recién hemos visto, solo en el caso (residual) de ausencia de asistencia de abogados para todas las partes. Y así, una “solución conciliada”, que resuelva el conflicto concreto aplicando reglas de derecho, tampoco garantiza el deber del mediador de formular propuestas de conciliación que respeten los límites del orden público y de las normas imperativas<sup>43</sup>; propuestas que serán sometidas a las partes solo si todas lo solicitan<sup>44</sup> (la facultad del mediador para hacer propuestas emana del art. 14, segundo párrafo, let. c), D.Lgs. n° 28/2010. Tal facultad se convierte en un deber si todas las partes lo solicitan [Arte 11, párrafo 1, D.Lgs. n° 28/2010]). Orden público y normas imperativas son, de hecho, un límite externo, por así decirlo, al reconocimiento de los efectos jurídicos (ejecutivos) de los actos atribuibles a la autonomía privada (es decir, el acuerdo en el que se fundamenta la “solución conciliada”). Hay que añadir que la propuesta de conciliación del mediador no siempre es necesaria, como ocurre en el caso del “acuerdo amistoso”, en el que las partes concilian independientemente de la propuesta.

Dos corolarios. El primero: la aplicación de reglas de derecho a la solución del conflicto concreto, de un lado, se deja a la voluntad de las partes, del mediador y de los abogados que asisten a las partes. Así es que una eventual queja de las partes, por la no aplicación

<sup>35</sup> Art. 5, párrafo 2-bis, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>36</sup> Art. 5, párrafo 1-bis e segundo párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>37</sup> Como un “título ejecutivo para la expropiación forzosa, la ejecución para la entrega y liberación, la ejecución de las obligaciones de hacer y de no hacer, y para el registro de una hipoteca legal”, Art. 12, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010; hipótesis, la de la hipoteca judicial, de tipo “especial” con respecto al Art. 2818 c.c. con la consecuencia de que “no hay posibilidad de una sindicación sobre el contenido del acto” (Tribunal Ascoli Piceno, 11 de octubre de 2017, sobre el problema, en doctrina, ver Ceolin (2018). La eficacia ejecutiva también puede fortalecerse estableciendo “el pago de una suma de dinero por cada violación o el incumplimiento de las obligaciones establecidas [en la “reconciliación”] o por la demora en su cumplimiento”: art. 11, tercer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>38</sup> Art. 11, tercer párrafo, y 12 D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>39</sup> Esta es una hipótesis residual porque, como se mencionó anteriormente, la asistencia de un abogado es obligatoria desde la “primera reunión [y durante las] reuniones posteriores, hasta el final del procedimiento”: Art. 8, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>40</sup> El Presidente de la Corte que pronuncia un decreto. El control sobre la regularidad formal insiste en: “1) la firma de los partidos y el mediador; 2) la propiedad declarada del suscriptor de su condición legítima como sujeto incluido en las funciones de un órgano de conciliación debidamente registrado en el Ministerio de Justicia; 3) el origen del informe de una organización registrada en el registro de conformidad con los arts. 3 y 4 d.m. n° 180 de 2010; 4) la inclusión en el acta de los detalles de dicho registro en el registro; 5) la trazabilidad del acuerdo al campo de la mediación de conformidad con el art. 2 y esa es la membresía del acuerdo en asuntos civiles y comerciales”, Corte de Módiica, 9 de diciembre de 2011.

<sup>41</sup> Art. 12, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>42</sup> Probablemente más débil que el laudo donde el riesgo de apelación debe orientarse para una definición lo más cercana posible a la aplicación de las reglas “por ley” (ver Art. 829, tercer, cuarto y quinto párrafos, c.p.c.).

<sup>43</sup> Art. 14, segundo párrafo, c), D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>44</sup> Art. 14, segundo párrafo, c), D.Lgs. n° 28/2010.

de las reglas “de derecho”, podrá ser dirigida contra los abogados, siempre que concurren los elementos de la responsabilidad civil, a riesgo de lo cual el abogado está hoy obligado a inmunizarse a través del establecimiento de un seguro profesional<sup>45</sup>. Para el mediador, en la actualidad, no se ofrece ningún seguro profesional, aunque se requiere la adopción de códigos de conducta<sup>46</sup> y códigos de ética<sup>47</sup>, también a nivel europeo.

El segundo: la aplicación de las reglas de la “ley” puede ser impugnada, me parece, solo con los medios (restringidos) de oposición a la ejecución y los actos ejecutivos<sup>48</sup>. Es un perfil (con sus corolarios) que no puede sorprender. La “mediación conciliatoria” evoca un acuerdo entre las partes involucradas en el conflicto, que estas reputan conveniente prescindiendo de las reglas “de derecho”, acuerdo al cual el mediador no tiene más que permanecer ajeno. No puede emitir juicios o decisiones vinculantes<sup>49</sup>, sino que, como máximo, solo puede formular una “propuesta” de acuerdo. No es un “lugar” de aplicación del derecho, sino de elección, concordada, de la “conveniencia” recíproca consagrada en el acuerdo; si se quiere, las partes involucradas eligen, aceptan y reconocen un grado de “justicia”. Justicia, por lo tanto, intermediada por el mediador, que ha agilizado el acuerdo, pero que permanece ajeno.

Justamente, la búsqueda de la conveniencia recíproca, por lo tanto, legitima un complejo de incentivos a, y desincentivos a no, concluir el acuerdo. De esto se tratará más adelante. Perfil, creo, que es capaz de explicar la referencia en l. delegación<sup>50</sup> [Art. 6, tercer párrafo, letra d), D.Lgs. n° 28/2010] al modelo de solución extrajudicial en el campo del derecho de sociedades, la intermediación financiera y los asuntos bancarios y crediticios<sup>51</sup>; áreas de conflicto que, evidentemente, requieren un grado de flexibilidad en la solución no jurisdiccional o acordada del

conflicto, teniendo en cuenta, más que el derecho, las necesidades concretas de las partes. Lo mismo puede decirse del ajuste de la “mediación conciliatoria” al texto<sup>52</sup> de la Directiva 2008/52/CE, dedicada a la conciliación amistosa de los conflictos transfronterizos<sup>53</sup>, en la que la aplicación de las reglas de derecho a la solución de los conflictos aparece, por definición, complicada por la transnacionalidad de la disputa y, por lo tanto, por el posible conflicto de fuentes normativas.

Por otra parte, la actualidad se caracteriza por la velocidad con la cual nuevos conflictos entre pretensiones surgen adelante, especialmente en Italia, donde el constante retardo en el “plantear las reglas jurídicas” de parte de los titulares del poder legislativo, a menudo estancadas o incapaces de trazar reglas generales actuando solo “en emergencia” sobre este o aquel sector. Lo anterior se traduce frecuentemente en la “suplencia” del legislador, por parte del juez que debe proponer “soluciones” jurisdiccionales en ausencia de supuestos planteados en textos de rango legal<sup>54</sup>, lo que lleva a entonces “inventar” (Grossi, 2017, p. 831) la solución sobre la base de todas las circunstancias fácticas (que asumen un inédito relevo jurídico, para los ordenamientos modernos) y, además, los principios del ordenamiento (Lipari, 2018).

1.2. La consecuente disciplina de la “mediación conciliatoria”: el procedimiento entre “mediación” y “conciliación”

Las anotaciones previas, todas reconducibles a la cualificación no jurisdiccional del acuerdo en el cual se sitúa la “solución conciliada”, éxito de la “mediación conciliatoria”, permiten también entender algunos otros pasos sobre los cuales es oportuno detenerse brevemente.

<sup>45</sup> De cuyos extremos el abogado debe informar al cliente y al Consejo de la asociación de abogados a la que pertenecen (Art. 12, 1 er y 3er párrafo, L. n° 247/2012).

<sup>46</sup> Art. 4, § 1, Directiva 2008/52/CE.

<sup>47</sup> Art. 6, tercer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>48</sup> Arts. 615 ss. c.p.c.

<sup>49</sup> Art. 1, b), D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>50</sup> V. Art. 60, tercer párrafo, c), L. n° 69/2009.

<sup>51</sup> D.lgs. n° 5/2003 y, difusamente, arts. 38 y siguientes.

<sup>52</sup> Eso se puede leer en el análisis “técnico-normativo” contenido en el informe ilustrativo del D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>53</sup> Directiva 2008/52/CE, Arts. 1, §§ 1 y 2.

<sup>54</sup> Por lo tanto, hemos hablado de “crisis en este caso” (Irti, 2014). Y ahora Irti (2016).

El mediador siendo tercero respecto a las partes involucradas, debe subscribir una declaración de imparcialidad, y le está vedado recibir compensaciones económicas directamente de las partes y, más en general, asumir derechos u obligaciones que aquella imparcialidad pudiera minar<sup>55</sup>. Ello impone, en primer lugar, la substracción de la selección del mediador a las partes involucradas<sup>56</sup>, individualmente consideradas, elección que queda entregada a un “organismo de mediación”, elegido por las partes<sup>57</sup>, que designa, en modo imparcial pero no arbitrario<sup>58</sup>, al mediador, y que está sujeto a reglas de acreditación y de vigilancia de la autoridad gubernativa<sup>59</sup>, para garantizar la seriedad y eficiencia<sup>60</sup>, a través de la inscripción, y la permanencia de la inscripción, en un registro destinado a este propósito<sup>61</sup>.

La “mediación conciliativa” asume los caracteres de un “servicio de mediación”<sup>62</sup> que, como otros servicios de “masa”, es profesionalmente ofrecido al público por parte de los organismos antes señalados. Su oferta permite, en los límites de las fuentes primarias y secundarias, diferenciar el servicio prestado dentro de un régimen de competencia<sup>63</sup>, lo que legitima a los organismos de mediación para dotarse de diferentes reglamentos que son además revisados por la autoridad gubernamental para su registro, en cuanto verdaderos actos contenedores de la autonomía disciplinaria del procedimiento de

mediación y de sus costos asociados<sup>64</sup>; regulaciones que serán evaluadas por la autoridad gubernamental para su inscripción en el registro<sup>65</sup>.

La cualificación no jurisdiccional de la solución al conflicto y la consecuente y natural ausencia del “rigor” de la aplicación de las normas de derecho (buscando la “solución” más conveniente), entonces, justifican la posibilidad de que los mediadores no sean “juristas”, lo que no resta valor, tratándose de un “servicio profesional”, por cuanto el mediador debe estar profesionalmente preparado para la tarea, preestableciéndose por lo tanto requisitos mínimos<sup>66</sup> y obligaciones de formación de parte de los sujetos acreditados (los así llamados “entes formadores”)<sup>67</sup>. Las competencias de cualquier mediador, sin embargo, no son irrelevantes, ya que orientan la designación en el caso específico<sup>68</sup>. Así, y debiendo “mediar para conciliar” un conflicto de pretensiones jurídicamente relevantes, es racional la previsión que involucra a los abogados como mediadores “de derecho”, salvo obligaciones de formación (también continua) específica<sup>69</sup>, el mediador puede valerse de expertos inscritos en el registro de consultores, aunque solo de manera excepcional, ya que la nominación del experto aumenta los gastos del procedimiento<sup>70</sup>. Cuando el conflicto requiera específicas competencias técnicas, el organismo de mediación podrá nominar mediadores

<sup>55</sup> Art. 14, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>56</sup> Tener que admitir “la posibilidad de una indicación común del mediador por las partes, a los efectos de su posible nombramiento por parte del organismo”: art. 7, quinto párrafo, c), d.m. 180/2010.

<sup>57</sup> Art. 3, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>58</sup> Tener que cumplir con los procedimientos de nombramiento preconstituidos e insertarlos en el reglamento que garantizan no solo la imparcialidad sino también “la idoneidad para la finalización correcta y rápida de asignación” (Art. 3, segundo párrafo, D.Lgs. n° 28/2010); luego también revelando las habilidades.

<sup>59</sup> Encomendado al Ministerio de Justicia y, para los asuntos de consumo, al Ministerio de desarrollo económico.

<sup>60</sup> Art. 16, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>61</sup> Art. 16, segundo, tercer y cuarto párrafos, D.Lgs. n° 28/2010. Sobre los requisitos para el registro, ver Art. 4 d.m. n° 180/2010.

<sup>62</sup> Art. 4, § 1, Directiva 2008/52/CE.

<sup>63</sup> El número de organismos de mediación al 24 de marzo de 2014 era n° 1015 (Cámara de Diputados-Expediente n° 107).

<sup>64</sup> Art. 1, g), y art. 7 d.m. n° 180/2010.

<sup>65</sup> Art. 16, tercer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>66</sup> En primer lugar, con respecto a la calificación: art. 4, tercer párrafo, a), d.m. 180/2010.

<sup>67</sup> Que garantizan “altos niveles de formación”: art. 16, quinto párrafo, D.Lgs. n° 28/2010 y Art. 18 d.m. n° 180/2010.

<sup>68</sup> De hecho, en la regulación de los órganos de mediación, es necesario indicar “criterios obligatorios para la asignación de asuntos predeterminados de mediación respetando la competencia profesional específica del mediador designado, también deducida del tipo de título universitario poseído”, art. 7, quinto párrafo, e), d.m. 180/2010.

<sup>69</sup> Art. 16, párrafo 4-bis, D.Lgs. n° 28/2010: los mediadores de abogados deben estar “adecuadamente capacitados” también a través de “campos de actualización”. En el mismo sentido, se prevé un procedimiento simplificado para el registro en el registro de instituciones de mediación por los consejos de abogados (Art. 18 D.Lgs. n° 28/2010).

<sup>70</sup> Art. 8, cuarto párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

auxiliares<sup>71</sup>. Ellos permiten hacer la solicitud de inicio del procedimiento sin mayores formalidades, con fórmulas de adhesión tendencialmente estandarizadas (en línea con el carácter de oferta de “masa” del “servicio de mediación”), en donde basta con identificar el organismo de mediación, las partes, el hecho y las razones (no necesariamente “de derecho”) de la pretensión<sup>72</sup> sobre la cual las partes discutirán con el mediador<sup>73</sup>. Se desprende que se trata de una “instancia” capaz de englobarse en formularios pre-compilados<sup>74</sup>.

Además, legitiman un procedimiento dividido en reuniones, la primera de las cuales se fija dentro de los treinta días posteriores a la solicitud<sup>75</sup>, sin formalidad<sup>76</sup> (al igual que las escrituras relativas<sup>77</sup>) y sujeto a conformación, a través de la regulación del cuerpo de mediación dentro de los límites indicados en las fuentes legales primarias y secundarias. Entre estos límites, más lógicos que jurídicos, señalaría dos: toda mediación dirigida a un acuerdo requiere la posibilidad de que cada parte involucrada participe, dialogue y busque la solución más conveniente<sup>78</sup>. En este sentido, la prohibición de las reglamentaciones en cuanto a facilitar el acceso a la

mediación exclusivamente a través de las modalidades telemáticas es ejemplar<sup>79</sup>. Toda mediación requiere la imparcialidad e independencia del mediador con respecto a las partes, no solo al comienzo<sup>80</sup>, sino también durante el curso del proceso<sup>81</sup>. Por lo tanto, ejemplarmente, son prohibidas las comunicaciones de las partes al mediador y este es obligado a informar a las partes y al organismo en caso sobreviniente de peligro de “parcialidad”<sup>82</sup>.

La circunstancia que la “solución conciliada” sea un acuerdo (no jurisdiccional) supone que las pretensiones jurídicamente relevantes en conflicto sean susceptibles de modificarse (y eventualmente de extinguirse) por las partes involucradas. Entonces, se debe tratar de pretensiones que atribuyan derechos disponibles<sup>83</sup> a las partes. Esto justifica (1) La obligación de reserva ante terceros<sup>84</sup> participantes del procedimiento<sup>85</sup>, para facilitar el alcance del acuerdo<sup>86</sup>; (2) la aplicación de las reglas sobre el secreto profesional, ante todo al mediador<sup>87</sup>; así como (3) la irrelevancia en los procedimientos jurisdiccionales de las informaciones y de las declaraciones rendidas en el procedimiento de mediación<sup>88</sup>.

<sup>71</sup> Art. 8, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>72</sup> Cuando se requiere una “medida jurisdiccional”, se hace referencia a las reglas “legales” (para la cita, Art. 163, tercer párrafo, n° 4, c.p.c.) o las “razones para la solicitud” (Art. 125, primer párrafo, c.p.c.), que evoca, dada la referencia a la “aplicación” (y no a la “reclamación”), la necesidad de un argumento a modo de reglas “legales”.

<sup>73</sup> Art. 4, segundo párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>74</sup> En el tema, Marzocco (2012).

<sup>75</sup> Art. 8, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>76</sup> Art. 8, segundo párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>77</sup> Art. 3, cuarto párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>78</sup> V. Corte de Pavia, 14 de octubre de 2015, según el cual “el procedimiento de mediación es un procedimiento confidencial, en gran medida oral y, en muchos sentidos, informal”, cuyo “momento más importante” se constituye de la actividad del mediador “obligado a trabajar para que las partes lleguen a un acuerdo amistoso, sin ninguna otra especificación del contenido de la actividad del mediador, que se confirma esencialmente mediante el diálogo con las partes y los defensores”.

<sup>79</sup> Art. 7, cuarto párrafo, d.m. n° 28/2010. Medio, en línea, que si fomenta la participación entre partes físicamente distantes (y de hecho está expresamente previsto en el art. 3, cuarto párrafo, D.Lgs. n° 28/2010), no se dice que sea accesible para todos.

<sup>80</sup> Art. 3, primer y segundo párrafos, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>81</sup> Excepto “los realizados durante sesiones separadas”: art. 7, séptimo párrafo, d.m. n° 180/2010.

<sup>82</sup> Art. 14, segundo párrafo, b), D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>83</sup> Art. 2, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010 y art. 60, tercer párrafo, a), l. n° 69/2009.

<sup>84</sup> Es decir: participantes en el cuerpo mediador, mediador y, diría, mediadores auxiliares y consultores.

<sup>85</sup> Art. 9, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>86</sup> Con el consentimiento del declarante: art. 9, segundo párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>87</sup> Art. 10, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010 que recuerda el art. 200 Código de procedimiento penal.

<sup>88</sup> En este caso, con la excepción del consentimiento del declarante: art. 10, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010. V. Corte de Treviso, 1 de marzo de 2016.

## 2. La “mediación conciliatoria” entre las técnicas de solución de conflictos alternativas al procedimiento jurisdiccional: el objeto del conflicto y los incentivos (y desincentivos)

Las referencias al acuerdo y a los derechos disponibles, entonces, permiten incluir otros dos principios fundamentales de la “mediación conciliativa”, referidos al conflicto potencialmente objeto de “acuerdo”, y a los incentivos y desincentivos al inicio del procedimiento y a la conclusión del acuerdo.

Conviene analizarlos separadamente. Respecto al objeto susceptible de ser “conciliado”, las partes pueden acordar sobre cualquier derecho disponible<sup>89</sup>, inherente a una controversia civil o comercial<sup>90</sup>.

Como fue evidenciado más arriba, en tales conflictos, la “mediación conciliativa” es condición de procedencia para obtener un “procedimiento jurisdiccional”. Se trata de conflictos que tratan sobre materias que pertenecen a: relaciones destinadas a prolongarse en el tiempo o en las cuales se encuentran involucrados sujetos pertenecientes a la misma familia, grupo social o área territorial, para los cuales parecen preferibles soluciones extrajudiciales que favorezcan la continuación de la relación (copropiedad, arrendamiento, comodato, alquiler de compañía, derechos reales, divisiones, sucesiones, pactos de familia); relaciones particularmente conflictivas, con respecto a las cuales parece más fértil el terreno de la composición judicial (responsabilidad médica y difamación por medios de prensa); tipos contractuales

que, además de sustentar relaciones duraderas entre las partes, sean relativos a una difusión de masa (contratos de seguros, bancarios y financieros)<sup>91</sup>.

Dos son las observaciones que parecen pertinentes. La primera, respecto a la presencia de técnicas de solución de conflictos alternativas al procedimiento jurisdiccional que son sustitutivas a la “mediación conciliatoria”, incluso sobre conflictos que versan sobre materias del todo asemejables a aquellas previstas para esta. Pienso, por ejemplo, en el resarcimiento del daño causado por la circulación de vehículos y embarcaciones<sup>92</sup>, como resultado típico de “relaciones conflictuales” frecuentes, normalmente sujetas a composición, como condición de procedencia a los (distintos) “procedimientos de negociación asistida por uno o más abogados”<sup>93</sup>.

La segunda, respecto a la presencia de técnicas de solución de conflictos alternativas al procedimiento jurisdiccional que puedan ser potencialmente<sup>94</sup> concurrentes con la “mediación conciliatoria”, son el Arbitrio Bancario Financiero (llamado ABF) y el Arbitrio para las Controversias financieras (llamado ACF), los cuales son textualmente tenidos (a su vez) como alternativos (y algo completamente opcional) a la “mediación conciliatoria”<sup>95</sup>. Concurrencia cuanto menos oportuna en razón de la alta especialización que tanto la materia

<sup>89</sup> Estos no son, por ejemplo, los derechos del c.c. personal y “estado”.

<sup>90</sup> Art. 2, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>91</sup> Ver Informe explicativo el D.Lgs. n° 28/2010, p. 5.

<sup>92</sup> Circulación sujeta a seguro de daños obligatorio.

<sup>93</sup> Arts. 2 y siguientes. D.L. n° 142/2014, evidentemente caracterizado por negociaciones (sin mediadores) entre las partes asistidas por abogados.

<sup>94</sup> El tema del conflicto y la legitimidad al inicio de estas técnicas no son, entre los diferentes perfiles, siempre y totalmente coincidentes con los de la “mediación conciliatoria”. Raggiagli, para el llamado ABF, en Lucchini Guastalla (2015); y para el llamado ACF, en Simone (2018), la conferencia Procedimiento de la Consob, en Informes Legales Co. n. so.b., 26 de febrero de 2018, n° 16. También debe tenerse en cuenta que los dos árbitros también difieren en términos del valor legal de la “reconciliación”, el incumplimiento al que esencialmente produce “efectos reputacionales” para la parte que incumple.

<sup>95</sup> Art. 5, párrafo 1-*bis*, D.Lgs. n° 28/2010 que se refiere tanto al llamado ABF (Art. 128-*bis* D.Lgs. 1.º diciembre 1993, n° 385) y al llamado ACF (establecido por el art. 32-ter D.Lgs. 24 febrero 1998, n° 58, introducido por el D.Lgs. 3 agosto 2017, n° 129).

bancaria y financiera suponen, poco coherente con los mediadores (los cuales, como hemos visto, pueden ser limitados en sus competencias específicas sobre el tema) y totalmente coherente con los así llamados ABF y ACF, compuestos de profesionales altamente especializados.

Viceversa, se mantienen excluidos los conflictos relativos a algunas materias, cuya solución está destinada a procedimientos jurisdiccionales puestos a medida de intereses para los cuales una tentativa preventiva obligatoria de mediación<sup>96</sup> parece inútil o contraproducente frente a la tutela jurisdiccional<sup>97</sup>, llevada en forma sumaria y que no requiere de un contradictorio previo, para asegurar celeridad en la satisfacción de los intereses mismos.

Pasando a los incentivos y desincentivos a la apertura del procedimiento, a la participación y a la conclusión de la “solución conciliada”, se puede observar que estos pueden sustentarse (1) en incentivos y desincentivos económicos; y (2) en incentivos y desincentivos respecto a la decisión de la solución del conflicto en un procedimiento jurisdiccional.

Desde el punto de vista económico: al inicio del procedimiento son funcionales las ventajas fiscales, en la forma de exención de impuestos sobre documentos del procedimiento, así como de crédito de impuesto reconocido, sea sobre la medida como tal, o en el caso de fallido alcance de una “solución conciliada”<sup>98</sup>, en

la conclusión de la “solución conciliada” es funcional un régimen especial de las costas procesales del procedimiento jurisdiccional, tenido a consecuencia de la fallida adhesión a la propuesta formulada por el mediador<sup>99</sup>. Derogando el régimen ordinario que sitúa las costas procesales en el vencedor<sup>100</sup>, sobre el vencido, aquellas inherentes a la “mediación conciliativa” son impuestas por el juez sobre el que ha rechazado la propuesta, siempre que la decisión jurisdiccional corresponda integralmente al contenido de la propuesta rechazada, con la condena de reembolsar las costas sostenidas por el vencido y la entrega al erario de una tasa llamada “de contribución unificada” (por ejemplo, la tasa necesaria para iniciar un procedimiento jurisdiccional civil)<sup>101</sup>. Además, el juez puede imponer al vencedor del proceso jurisdiccional las costas de la “mediación conciliativa” en caso de adherencia solo parcial entre el contenido de la propuesta (rechazada) y el procedimiento jurisdiccional, siempre que concurren graves y excepcionales razones y sea expuesta la motivación<sup>102</sup>. La participación en el procedimiento es un deber del juez para condenar a la parte que no ha participado sin motivo justificado al pago al tesoro por un monto igual a la llamada contribución unificada<sup>103</sup>. Respecto a los incentivos y desincentivos relativos a la decisión de las soluciones mediante un “procedimiento jurisdiccional”, a fallida participación en el procedimiento de “mediación conciliatoria”, sin justificado motivo, constituye “argumento de prueba” en el juicio.

<sup>96</sup> Informe explicativo del D.Lgs. n° 28/2010, p. 7. Son los indicados en el art. 5, cuarto párrafo del D.Lgs. n° 28/2010, es decir: “medidas cautelares, incluida la oposición, hasta la resolución sobre las solicitudes de concesión y suspensión de la ejecución provisional...; procedimientos para la validación de la licencia o desalojo, hasta el cambio del procedimiento...; procedimientos de asesoramiento técnico previo a los fines de la composición de la diferencia...; el proceso del poseedor, hasta que el fallo de la orden acepte o rechace la solicitud; Procedimientos de oposición o jurisdicción incidental relativos a la ejecución;... procedimientos en la cámara del consejo;... la acción civil ejercida en el juicio penal”.

<sup>97</sup> La acción de clase de los consumidores y la de las asociaciones de consumidores (Arts. 37, 140 y 140 bis D.Lgs. n° 206/2005, el llamado Código del Consumidor): informe ilustrativo al D.Lgs. n° 28/2010, p. 6. También art. 23, segundo párrafo, D.Lgs. n° 28/2010 también salva los procedimientos de conciliación sectorial obligatorios, previstos para temas específicos, como el procedimiento para disputas entre usuarios y operadores de comunicaciones electrónicas (Marzocco, 2012), especialmente las páginas 187 y siguientes.

<sup>98</sup> Art. 20 D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>99</sup> Reglas para ser notificadas por el mediador cuando se presente la propuesta de conciliación: art. 12, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>100</sup> Art. 91, primer párrafo, c.p.c. Es una excepción sistemáticamente significativa que postula una “decisión judicial”, quedando así inaplicable, a menos que las partes lo decidan, en el caso de una “mediación conciliatoria” iniciada antes de un arbitraje en el que la decisión no es exquisitamente jurisdiccional pero solo bajo ciertas condiciones equiparadas por ley: art. 13, tercer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>101</sup> Art. 13, primer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>102</sup> Art. 13, segundo párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>103</sup> Siempre que se trate de una “mediación conciliatoria” requerida para el procesamiento de la solicitud: Art. 8, párrafo 4-bis, D.Lgs. n° 28/2010.

### 3. La “mediación conciliatoria” y su concreto funcionamiento: alguna revelación empírica

Quisiera cerrar esta exposición con algún dato empírico. Partiría por esto: en el 2016, los habitantes en Italia eran 60,6 millones, de los cuales 243.680 eran abogados. Un número de abogados por habitante entre los más altos de Europa; en el 2017, las causas civiles pendientes eran iguales a 3.628.936<sup>104</sup>; siempre en el 2017, los asuntos pendientes, capaces de generar un derecho de indemnización por irrazonable duración del proceso<sup>105</sup>, violando los principios europeos de los cuales hemos hablado en el inicio, eran, en distintas etapas del juicio, iguales a 77.133, 127.244 y 407.017<sup>106</sup>; en Italia, la percepción de la justicia y de desconfianza es muy alta: el 52% de aquellos que han tenido una experiencia directa con la justicia civil ha declarado sentirse poco o nada satisfechos. De los mismos, el 68,6% estima necesario, sobre todo, reducir la duración de los procedimientos; el 57,7%, simplificar los aspectos burocráticos; y el 31%, garantizar la puntualidad a las audiencias; entre los años 2012-2015, un millón y medio de personas ha decidido renunciar a iniciar una causa civil por el temor de cargar con costos demasiado elevados respecto a la ventaja conseguible (30,8%), por la incertidumbre de los tiempos de desarrollo (25,6%) o del resultado favorable (15,5%)<sup>107</sup>.

Estos números y esta desconfianza, que desde hace años son sustancialmente los mismos, han orientado al legislador italiano a intervenir en el ordenamiento a través de distintas modalidades: (1) reduciendo las hipótesis de impugnación (tanto en apelación como en casación)<sup>108</sup>; (2) introduciendo “sanciones” en la forma de

resarcimiento del daño, cuando la acción jurisdiccional fue propuesta “sin la normal prudencia”, admitiendo, por lo tanto, en todo caso, la condena al pago de una suma determinada en modo equitativo<sup>109</sup>; (3) imponiendo el deber de sintetizar los hechos, tanto por las partes como por el juez<sup>110</sup>; (4) requiriendo que la justificación de las medidas jurisdiccionales sea “concisa” y “sucinta”<sup>111</sup>.

Y, naturalmente, el legislador ha ampliado y potenciado las técnicas de solución de conflictos alternativos al procedimiento jurisdiccional, en evidente función deflacionaria del contencioso jurisdiccional: entre estas, además de la posibilidad de transferir a sede arbitral los procedimientos pendientes ante la autoridad judicial<sup>112</sup>, viene obviamente la “mediación conciliatoria”, ya no a modo experimental (por lo tanto “a tiempo”), sino de manera estable y permanente<sup>113</sup>.

Y bien: si son analizados los datos de la “mediación conciliatoria” del 2017, se entiende que con que los números en relación al contencioso son realmente pequeños: en el inicio del año había pendientes 85.499 procedimientos, en el año fueron inscritos 166.989, fueron definidos 155.457 y al final del año resultaron pendientes 97.031<sup>114</sup>.

Ciertamente, algunas intervenciones correctivas pueden imaginarse: sea en derecho vigente o sea de *jure condendo*.

<sup>104</sup> Ministerio de Justicia.

<sup>105</sup> Según la L. n° 89/2001 (llamada *legge Pinto*).

<sup>106</sup> Ministerio de Justicia.

<sup>107</sup> *Informe sobre ciudadanos y justicia civil* (Instituto nacional de estadísticas de Italia, 2015).

<sup>108</sup> Ver, respectivamente, el Art. 348-bis c.p.c., introducido por el D.L. n° 83/2012; y el Art. 360-bis c.p.c., introducido por el L. n° 69/2009.

<sup>109</sup> En el orden, Art. 96, segundo y tercer párrafos, c.p.c.

<sup>110</sup> Al menos cuando se deposita en modo telemático: Art. 16 bis L. n° 221/2013, modificado por el L. n° 132/2015.

<sup>111</sup> En el orden, Art. 132, segundo párrafo, n° 4, c.p.c. y el Art. 118, primer párrafo, disp. att. y trans. c.p.c., según enmendado por L. n° 69/2009.

<sup>112</sup> Art. 1 D.L. n° 132/2014.

<sup>113</sup> Art. 11 ter, primer párrafo, D.L. n° 50/2017.

<sup>114</sup> Ministerio de Justicia.

Y así, para proponer algún ejemplo, en cuanto a derecho vigente, la jurisprudencia puede actuar por la vía de interpretar las disposiciones sobre incentivos y desincentivos. En particular: considerando la no participación en el procedimiento de mediación, sin causa justificada, como una fuente de prueba suficiente y única para la decisión del juez; sancionando la conducta no colaborativa, que ha determinado el fallo de la “mediación conciliatoria”, con la condena, en caso de derrota, incluso al pago, a título de mayor daño, de las costas extrajudiciales generadas en el procedimiento conciliativo<sup>115</sup>; aplicando las consecuencias derivadas de la falta de participación sin motivo justificado, independientemente del resultado<sup>116</sup> (Art. 88 c.p.c.); considerando la participación en el procedimiento de “mediación conciliatoria” como expresión del deber de lealtad de las partes<sup>117</sup>, textualmente previsto para los procedimientos jurisdiccionales<sup>118</sup>, susceptible entonces de valoración para los fines de la decisión y de la atribución de las costas procesales; estimando la participación en el procedimiento como una “conducta absolutamente necesaria”, que las partes no pueden omitir, si no es en presencia de un motivo impeditivo justificado que tenga caracteres de absoluto<sup>119</sup>; exigiendo que la participación en el procedimiento sea “efectiva” y que, por lo tanto, que las partes no se limiten a la sola sesión informativa, debiendo además estar presentes personalmente<sup>120</sup>.

De *jure condendo*, se podrían recibir algunas posiciones jurisprudenciales<sup>121</sup> y colmar la incerteza de la disciplina

vigente. Entre las varias, por ejemplo y respecto al primer perfil, obligando a una efectiva y personal participación de las partes al procedimiento; y, respecto al segundo, identificar a quienes incurren en la carga de iniciar una “mediación conciliatoria” en caso de oposición al decreto preceptivo, una vez que la ejecución provisional ha sido otorgada o suspendida<sup>122</sup>.

Entre otros. No todos son conscientes de la posibilidad de alcanzar un acuerdo recíprocamente satisfactorio a través de formas de resolución no “jurisdiccional”: en una investigación del 2015<sup>123</sup>, solo el 43,9% de los entrevistados conocía el significado de “mediación civil”. E incluso está expresamente previsto que el abogado deba informar al cliente, al momento de conferirse el encargo y a pena de anulación del contrato de actuación profesional, de la posibilidad de valerse de la “mediación conciliatoria” y de los beneficios fiscales<sup>124</sup> a que se refieren los artículos 17 y 20.

Y entonces, tal vez, el verdadero problema es aquel de crear una cultura conciliativa: sea entre las partes en conflicto, sea en los abogados que deben considerar la “mediación conciliativa” como una oportunidad de formar una nueva profesión como mediador y de asistencia del cliente en la mediación<sup>125</sup>.

No parece fácil de entender si para formar una “cultura” conciliativa pueda ser útil o no la aplicación de las materias sujetas a la condición de procedencia

<sup>115</sup> Corte de Milán, 21 de julio de 2016.

<sup>116</sup> Corte de Mantua, 14 de junio de 2016.

<sup>117</sup> Art. 88 c.p.c.

<sup>118</sup> Corte de Roma, n° 22475/2017.

<sup>119</sup> Corte de Vasto, 16 de diciembre de 2016.

<sup>120</sup> Corte de Roma, 14 de junio de 2016.

<sup>121</sup> En este sentido se mueven las propuestas de la Comisión de estudio para la elaboración de hipótesis de disciplina orgánica y de reforma de los instrumentos de desjurisdicción, en especial respecto de la mediación, la negociación asistida y el arbitraje, del Ministerio de Justicia de Italia (*Proposte normative e note illustrative*, 2017).

<sup>122</sup> En la doctrina, ver Califano (2017) En la jurisprudencia, confrontar Cass. No 24629/2015. En el mismo sentido, para la aplicación o no de la “mediación de conciliación” a las terceras partes puestas en entredicho, sobre las cuales, por ejemplo, ver Corte de Palermo, 27 de febrero de 2016.

<sup>123</sup> *Informe sobre ciudadanos y justicia civil* (Instituto nacional de estadísticas de Italia, 2015).

<sup>124</sup> Art. 4, tercer párrafo, D.Lgs. n° 28/2010.

<sup>125</sup> Comisión de estudio, (2017), p. 16.

de la “mediación conciliatoria”; ampliación que, de *jure condendo*, ha sido por cierto propuesta<sup>126</sup>. Sin embargo, es correcto que para formar “cultura” es necesario invertir recursos y no solo introducir nuevas reglas en el

ordenamiento jurídico o perfeccionar y corregir aquellas existentes. Esto, tal vez, debería entender el legislador italiano.

## Referencias

- Calfano, G. P. (2017). Su due attuali problemi in materia di mediazione obbligatoria: in relazione agli interventi di terzi e al procedimento monitorio; tra ciò che mi piacerebbe e ciò che invece mi appare. *Giustizia Civile: rivista giuridica trimestrale* (4), 999-1010.
- Ceolin M. (2018). Procedimento di mediazione ex d. legis. n. 28/2010 ed ipoteca giudiziale: nessuna deroga ai principi generali: Nota a Trib. Ascoli Piceno 11 ottobre 2017. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* (3), 324-330.
- De Mauro, T. (2000). Conciliazione. In *Grande Dizionario dell'uso*. Torino: Utet.
- Ferraris, F. (2016). Mediazione civile e commerciale. In *Enciclopedia del diritto - Annali*. Milano: Giuffrè.
- Grossi P. (2017). La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 71 (3), 831-846.
- Instituto nacional de estadísticas de Italia, Informe sobre ciudadanos y justicia civil (2015). Recuperado de [https://www.istat.it/it/files//2016/09/Cittadini-e-giustizia-civile-23\\_09\\_2016PC.pdf](https://www.istat.it/it/files//2016/09/Cittadini-e-giustizia-civile-23_09_2016PC.pdf) (Fecha de consulta 16 de abril de 2018).
- Irti N. (2014). La Crisi della fattispecie. *Rivista di diritto processuale* 69 (1), 36-44.
- Irti N. (2016). *Un diritto incalcolabile*. Torino: Giappichelli Editore.
- Lipari N. (2018). Il diritto civile dalle fonti ai principi. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 72(1), 5-37.
- Lucchini Guastalla, E. (2015). Arbitro Bancario finanziario. In *Enciclopedia del diritto, Annali* 8 (p. 35). Milano: Giuffrè.
- Marzocco, A. M. (2012). Requisiti di forma-contenuto ed effetti dell'istanza di mediazione. *Rassegna di diritto civile* (4), 1127-1163.
- Marzocco, A. M. (2012). *Le controversie in materia di comunicazioni elettroniche: contributo allo studio della giurisdizione condizionata*. ROMA: Dike Giuridica Editrice.
- Ministerio de Justicia, Comisión de estudio, *Proposte normative e note illustrative*, Recuperado de [https://www.mfsd.it/sys\\_dati\\_open.php?open\\_UID=PDF\\_9009DDC304839DB3&open\\_source=module\\_upload\\_contents\\_files](https://www.mfsd.it/sys_dati_open.php?open_UID=PDF_9009DDC304839DB3&open_source=module_upload_contents_files) (Fecha de consulta 16 de abril de 2018).
- Simone Alvaro (Coord.) (2018). *Tutela degli investitori e dei clienti degli intermediari e ADRs. Atti del convegno Consob*. Milano, Università Bocconi: Quaderni giuridici Co.n.so.b.

---

<sup>126</sup> Extender la condición de procesabilidad a conflictos relacionados con otras relaciones de duración (contratos de obra, trabajo profesional, compras privadas, franquicias, arrendamiento, suministro y administración) y relaciones sociales relacionadas con las empresas de personas. Se ha dicho que las partes en conflicto están persiguiendo un propósito común y tienen interés en resolverlo “mediante un método que favorezca la definición amistosa, asegurando la confidencialidad y flexibilidad de las soluciones” (Comisión de estudio, 2017, p. 37). Además, la propia Comisión constató que la disposición de organismos específicamente dedicados a la solución de conflictos parece que da mejores resultados. Por ejemplo, el CORECOM para el conflicto en las comunicaciones, los procedimientos promovidos por la autoridad para la energía y el gas, y especialmente para el ABF (Comisión de estudio, 2017, p. 16).

**Alberto  
Lyon  
Puelma**

**Universidad  
Católica de Chile**

alyonp@uc.cl

Recibido: 11.09.18

Aceptado: 03.10.18

**El concepto de persona y su papel en nuestro sistema legal.**

**Análisis crítico del fallo del tribunal constitucional que declaró la constitucionalidad de la ley que despenalizó el aborto en tres causales**

**The concept of person and its role in our legal system.**

**Critical analysis of the failure of the constitutional court that declared the constitutionality of the law that depanelized abortion in three causes**

**Resumen:** Este trabajo pretende explicar que el concepto de persona y personalidad jurídica no es un requisito necesario y suficiente para ser titular de derechos, aunque sí lo es para ser considerado como un *sujeto de derecho* en materia de relaciones jurídicas creando, modificando o extinguiendo derechos y obligaciones. Y pretende hacer lo anterior, con el objeto de analizar críticamente el fallo del Tribunal Constitucional chileno, que declaró la constitucionalidad de la ley N° 21.030, que despenalizó el aborto en tres causales, demostrándose que el voto de mayoría contiene aseveraciones falsas, insuficientes y lógicas y jurídicamente mal construidas; que las conclusiones a las que dicho voto arriba, subvierten algunos conceptos fundamentales de la ciencia del derecho y que hace caso omiso de la voluntad expresada por el constituyente cuando a propósito de una modificación de la Constitución, se dejó constancia de que el concebido y no nacido gozaba del derecho a la vida.

**Palabras clave:** persona; función de la personalidad jurídica; dignidad intrínseca del *nasciturus*; aborto; interrupción del embarazo.

**Abstract:** This work aims to explain that the concept of person and legal personality is not a necessary and enough requirement to be the holder of rights, although it is to be considered as a subject of law in matters of legal relationships creating, modifying or extinguishing rights and obligations. And intends to do so, in order to critically analyze the Chilean Constitutional Court ruling, which declared the constitutionality of law N° 21.030, which decriminalized abortion in three causes, showing that the majority vote contains false, insufficient and logically and legally badly constructed assertions; that the conclusions to which said vote above subvert some fundamental concepts of the Science of Law and that ignores the will expressed by the constituent when, regarding to a modification of the Constitution, it was recorded that the unborn and conceived child had the right to life.

**Keywords:** Person; function of legal personality; intrinsic dignity of the *nasciturus*; abortion; interruption of pregnancy.

En este trabajo nos proponemos formular un análisis crítico del fallo del Tribunal Constitucional de 28 de agosto de 2017 que se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley 21.030, pero desde el punto de vista del derecho, esto es, de la ciencia jurídica y de la normativa vigente.

Sin embargo, para hacerlo adecuadamente, es necesario exponer qué es lo que la ciencia del derecho y nuestro sistema legal establecen y consideran respecto de algunos conceptos jurídicos muy relevantes, porque constituyen los soportes sobre los cuales se ha tejido la trama de nuestro ordenamiento jurídico.

Por esta razón, en la primera parte de este trabajo, se expondrán estos conceptos tal como se describen por la disciplina jurídica tratando siempre de conectarlos

con el papel que desempeñan dentro de nuestro orden jurídico, porque sin esta consideración, las posibilidades de desviación y subversión de los mismos, son muy significativas.

En la segunda parte, se desarrollará el análisis crítico del citado fallo, demostrándose que el voto de mayoría contiene aseveraciones insuficientes, y lógica y jurídicamente mal construidas; que las conclusiones a las que dicho voto arriba subvierten algunos conceptos fundamentales de la ciencia del derecho y que hace caso omiso de la voluntad expresada por el constituyente cuando, a propósito de una modificación de la Constitución, se dejó constancia de que el concebido y no nacido gozaba del derecho a la vida.

## 1. Los conceptos fundamentales

### 1.1. Categorías jurídicas

Todo ordenamiento jurídico se encuentra organizado y se desenvuelve alrededor de unos cuantos conceptos fundamentales “que tienen la propiedad de ser, no resultados, sino instrumentos de la ciencia jurídica, no generalizaciones casuales de fenómenos jurídicos empíricos, sino categorías imprescindibles del pensamiento jurídico” (Radbruch, 1959, p. 50). Se trata de conceptos que la misma ciencia jurídica ha construido para alcanzar por su intermedio los resultados que se propone. Como tales, no nacen de la observación de la realidad empírica ni constituyen tampoco el resultado de sucesivas aproximaciones o elaboraciones abstractas de relaciones humanas, son formas puras, carentes de todo juicio valorativo que no sea la utilidad que prestan para una organización abstracta de las normas de conducta (Stammler, 1930)<sup>1</sup>.

Así por ejemplo, no puede pensarse en ningún orden jurídico que no estructure las relaciones jurídicas sobre la

base de derechos y deberes. A su vez, no cabe pensar en derechos y deberes sin sujetos en quien residan o sin objetos a que referirse.

La noción de persona es uno de estos conceptos fundamentales en que descansa la ciencia del derecho. Es uno de los métodos de ordenación de nuestra conciencia jurídica. Solo mediante su intervención se puede entender que una cuestión concreta pueda articularse y proyectarse dentro de la totalidad del derecho.

### 1.2. La noción de personalidad jurídica y persona

#### 1.2.1. Introducción

Persona y hombre son palabras sustancialmente diferentes. La palabra hombre da cuenta de una realidad. El concepto de persona da cuenta de una abstracción jurídica que expresa solamente el punto común al cual deben ser referidas las acciones y omisiones reguladas por el orden jurídico.

<sup>1</sup> A partir de la página 289, el autor realiza un amplio desarrollo del tema relativo a categorías jurídicas.

La personalidad como concepto estrictamente jurídico es, en consecuencia, un producto de este orden que se puede ligar a cualquier sustrato de base estable. En este sentido preciso, el hombre es persona, no por su naturaleza, sino por obra del derecho, cuando se considera como categoría jurídica. No necesariamente el hombre debe estar dotado de personalidad para gozar de un derecho así como tampoco necesariamente debe ser la única cosa o entidad que sea considerada por el derecho como persona. Esa ciencia que denominamos derecho podría establecer la esfera de protección de la dignidad del hombre y su valor de una manera distinta; y de hecho lo hace cuando protege la vida del que está por nacer y la divulgación de su identidad genética, aun sin atribuirle personalidad. Por otro lado, la historia demuestra que por largo tiempo hubo una clase de hombres a los que se les negaba la calidad de sujetos de derecho, los esclavos, no tanto porque no tuvieran dignidad y valor sino por la necesidad de contar con mano de obra gratis o por razones políticas. Más aún, hasta hace poco tiempo, la personalidad podía perderse por la muerte civil, como lo establecía el artículo 95 de nuestro Código Civil, hoy derogado, que decía: “Termina también la personalidad, relativamente a los derechos de propiedad, por la muerte civil, que es la profesión solemne, efectuada conforme a las leyes, en instituto monástico, reconocido por la Iglesia Católica”. Además, la personalidad es un concepto elaborado por la ciencia jurídica, un instrumento del cual se sirve para ordenar y describir su objeto (Kelsen, 1960, p. 127).

Parte de la doctrina ha reconocido que “no hay diferencia alguna entre la personalidad jurídica individual y la colectiva; desde el punto de vista del derecho, es irrelevante que el sustrato de la personalidad jurídica sea el individuo humano o una pluralidad de individuos unificados idealmente por el orden jurídico. Como es irrelevante también que esta pluralidad de personas

constituye a su vez, o no, una *persona* o incluso se trate de una entidad que deba a la ley su realidad” (Legaz Lacambra, 1943, p. 514).

Sin embargo, debemos advertir —para templar la omnipotencia formal del derecho— que el orden jurídico es “la norma de convivencia humana, es un producto del espíritu humano y por consiguiente, tiene siempre por objeto el desarrollo y la garantía de los intereses individuales y sociales” (Ferrara, 1943, p. 154). No se puede negar que toda personalidad jurídica (individual o colectiva) presupone “ontológicamente el momento formal y abstracto de la persona (individuo) humana: un ser con dignidad, un ser que es sujeto y no objeto, que posee libertad y sobre el cual gravita un destino” (Legaz Lacambra, 1943, p. 511).

### 1.2.2. Quiénes son personas

#### a. Personas naturales

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 55 del Código Civil, son personas “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. De esta manera, nuestro código atribuye personalidad jurídica a todo ser nacido de una mujer, rechazando, con ello, la doctrina imperante en la antigua legislación española<sup>2</sup> y en algunas legislaciones, muy recientemente derogadas de algunos países<sup>3</sup> que solo atribuía la personalidad a aquellos seres que presentaban signos característicos de humanidad.

Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Civil, la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás. Esto hace que el individuo humano que todavía no llega

<sup>2</sup> Alfonso X en La Ley 5, título 23, Partida 4 decía: Non deben seer contados por fijos, los que nascen de mujer et non son figurados como homes, asi como si hobiesen cabeza ó otros miembros de bestia... Mas si la criatura que nasce, ha figura de home, maguer haya miembros sobejanos ó menguados, nol empesce quanto para poder heredar...”.

<sup>3</sup> En derecho comparado, por ejemplo, el artículo 51 del Código Civil argentino, hoy derogado por la ley N° 26.994 publicada el 8 de octubre de 2014, que lo sustituyó por un nuevo Código Civil y Comercial, exigía que los entes presenten signos característicos de humanidad; y el artículo 30 del Código Civil Español, sustituido recién en 2011 por la ley 20/2011 Disposición final tercera, decía “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

a nacer no sea considerado *persona* por el orden jurídico chileno.

No obstante, ha surgido en Chile una doctrina que se conoce con el nombre de la “teoría de la evolución del concepto jurídico de persona”. Esta concepción sostiene que el concepto jurídico de *persona* ha sufrido una evolución en la historia del derecho. Así, en la antigüedad, el término *persona* no tenía un alcance técnico para el derecho siendo utilizado como sinónimo de hombre. En Roma era posible considerar a un esclavo como hombre, aunque no podía ser titular de derechos.

En una segunda etapa, el concepto de persona pasó a ser utilizado por el derecho, especialmente una vez desaparecida la organización feudal de la sociedad como sirviendo de base a la explicación técnica de la categoría conceptual llamada “derecho subjetivo”. El derecho subjetivo precisa un titular, un sujeto. Este sujeto recibe el nombre de persona. Se trata, por tanto, ya de una categoría conceptual propiamente jurídica, pero de alcance más bien instrumental o técnico. Esta concepción de persona como noción técnico-legal llega a su máxima expresión con Hans Kelsen, para el cual el término persona no designa más que un centro de imputación normativa, posición esta que se le asigna por los partidarios de la postura que exponemos como una visión formalista de la persona.

La tercera etapa —dice esta nueva doctrina— corresponde a la de ellos mismos y se encuentra inspirada en la necesidad de superar los modelos positivistas que, al decir de ellos, quedaron desprestigiados por las horribles violaciones a la dignidad humana cometidas por los regímenes totalitarios nazi y comunista. Para esta doctrina se debe transformar el concepto técnico de persona en la que se establece o crea un abismo entre ella y las cosas (objetos de derechos) a fin de darle un

significado jurídico- institucional y no puramente técnico, y exigir así que la personalidad le sea reconocida a todo ser humano, nada más que por el hecho de ser tal: por pertenecer a la especie *homo sapiens* (Corral Talciani, 2018, p. 284). La Declaración Universal de Derechos Humanos, ha podido proclamar que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 6), precepto que ha sido recogido también por la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica: “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 3)<sup>4</sup>.

Esta doctrina, más que una reacción ante las atrocidades de los regímenes nazi y comunista es una reacción a las estrategias del postmodernismo actual, que pretende privar de contenido axiológico a las instituciones jurídicas y utilizar su cáscara para gozar del prestigio que ellas tienen en nuestra sociedad, precisamente para producir un cambio subrepticio en su moral. Ese método es el utilizado por todos los totalitarismos y, en consecuencia, el temor de la doctrina en comentario es justificable, pero no es suficiente como para poder probar en términos jurídicos una postura nueva.

Los partidarios de esta doctrina sostienen que dado lo dispuesto en el artículo 1.2 y el artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, se ha modificado en cierta forma nuestro Código Civil, pues el artículo 1 establece que “persona es todo ser humano” y el artículo 3 previene que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Para esta posición, la “doctrina tradicional ha interpretado las normas de los arts. 74, 75 y 77 de nuestro Código haciendo una separación entre *existencia legal* de la persona y existencia natural: la primera comenzaría con el nacimiento; la segunda con la concepción. De este modo, el *nasciturus* no

---

<sup>4</sup> La misma Convención declara previamente que para sus efectos, “persona es todo ser humano” (art.1.2). Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso denominado *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, de 2012, considerando 186, dice lo siguiente: “No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término ‘concepción’. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción”.

sería legalmente persona mientras no llegue a nacer y su nacimiento no reúna las condiciones previstas por el art. 74: separación completa de la madre y sobrevivencia de la criatura, aunque sea por un instante después del parto”.

Para esta postura, la interpretación tradicional explicada en los párrafos precedentes no es extraña porque ella no hace sino reflejar la época en la que se redactó el Código y en la que se escribieron sus primeros comentarios: es decir, aquella en la que el concepto de persona era utilizado como una noción técnica desprovista del valor institucional que le reconocemos hoy en día y que se centraba en el problema de la adquisición de derechos patrimoniales (hereditarios). El mismo Código, que declara, para los efectos de la adquisición de derechos patrimoniales, que la *existencia legal* de la persona principia al nacer, no tiene inconveniente en proclamar solemnemente que la ley protege la vida del que está por nacer, y conceder una especie de tutela cautelar (en una especie de anticipación del actual “recurso de protección” del art. 20 de la Constitución), para que de oficio o petición de cualquier personas el juez adopte “todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra” (art. 75). A la doctrina en comentario le parece que una interpretación sistemática y actualizada del Código Civil, hecha ahora en la perspectiva del concepto institucional de persona, que es el recogido por nuestro texto constitucional y por la cultura jurídica nacional, no puede sino admitir que, en nuestro Código Civil, el *nasciturus* es considerado un ser humano y, por ende, una persona con derecho a la vida. Esta lectura actual de las viejas normas es facilitada por un precepto ordinariamente descuidado por nuestra dogmática. “Se trata del art. 55, en el que Bello introdujo una norma muy vanguardista, no solo para su época sino incluso en la nuestra: ‘Son personas todos los individuos de la especie humana’” (Corral, 2005).

Pero esta doctrina supone, aunque sabemos que lo

hace solo formalmente, que la personalidad jurídica es una condición necesaria para constituir al hombre en sujeto de derechos, en circunstancias que el hombre no es titular de derechos por ser persona sino porque posee una *dignidad intrínseca*. Es digno por tener un alma racional, consciente de su existencia, sensible, que es libre en el ejercicio de esa racionalidad, y que, por tal razón, es capaz de crear<sup>5</sup>. Y se dice que esa dignidad que tiene es *intrínseca*, porque no proviene de nada más que de sí mismo, de su propio ser interior<sup>6</sup>; y la posibilidad de tener *derechos* no es, por consiguiente, algo que haya podido serle dado por alguien, llámesele colectivo, estado, tribu, nación u ordenamiento jurídico.

Esta doctrina se funda en que, producto de la evolución del concepto jurídico de persona, la forma elegida por la referida Convención para reconocerle esa *dignidad intrínseca* al ser humano fue otorgarle un derecho fundamental para que se le reconozca su personalidad jurídica, subsumiendo así esa dignidad dentro de tal concepto, pero se olvida, a nuestro juicio, que para cumplir tal objetivo, este concepto jurídico tiene una importante limitación porque el concepto de “persona” no expresa jurídicamente toda la realidad ontológica del hombre, sino una parte de ella, que es la que se expresa únicamente en el plano de las *relaciones jurídicas*, como se verá.

Y es por ello que la modificación tácita de los artículos 74, 75 y 77 del Código Civil, que esta doctrina sostiene que ha ocurrido, en realidad no ha podido ocurrir, pues el que todo ser humano tenga derecho a que se le reconozca su *personalidad jurídica* no se opone a que se le reconozca, también, su propia existencia natural, que es una existencia distinta a la legal, una existencia que es mucho más amplia y omnicompreensiva que esta última, porque es la base donde residen todos los derechos. Tener derecho a que se le reconozca personalidad jurídica no significa que, por no tenerla, se sea incapaz de adquirir derechos, sino que, por tener existencia natural, es que se puede adquirir el derecho a que se le reconozca

<sup>5</sup> Y por eso que la fe católica expresa que el hombre es copartícipe de la creación de Dios y, que, por ello, todo ser humano es también parte del plan de Dios.

<sup>6</sup> Intrínseco, del latín *intrinsecus*, que significa “interiormente”.

tal personalidad. En consecuencia, no ha existido modificación tácita, porque ambas regulaciones, las del Pacto de San José de Costa Rica como las del Código Civil, no son excluyentes entre sí, sino complementarias.

El reconocimiento constitucional y legal de la existencia natural del ser humano garantiza su capacidad jurídica en todo orden de derechos, sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales. En materia únicamente de relaciones jurídicas se ha organizado esa garantía a través del concepto de personalidad, porque con ello se permite a los cuerpos intermedios entre el hombre y el estado que co-actúen con los seres humanos en un plano de igualdad; pero incluso en éste así como en todos los otros órdenes de materia, la capacidad de adquirir derechos se funda únicamente en la existencia natural del ser humano.

#### b. Personas jurídicas

Por su parte, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 545 del Código Civil, “persona jurídica es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representadas judicial y extrajudicialmente”.

Sin embargo, como veremos en el párrafo 2.2 siguiente, esta definición corresponde —como lo señala la “teoría de la evolución del concepto jurídico de persona”— a una segunda etapa de la evolución jurídica de persona y personalidad. La norma en comentario, que es un reflejo de la Teoría de la ficción de Savigny (1872, p. 55), indirectamente establece que el hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. La persona física —señala Kelsen— designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo; la persona jurídica, en cambio, designa un conjunto de normas que regulan la conducta de una pluralidad de individuos. Sin embargo, en ambos casos la persona representa el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por esas normas.

En el caso específico de las personas jurídicas, sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Algo similar ocurre con los actos de la persona jurídica. Ellos, en rigor de verdad, son actos cumplidos por individuos, pero imputados a un ser ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. La personalidad jurídica se convierte así, en un punto de imputación de actos, derechos y obligaciones, es decir, una entidad ficticia (tanto en el hombre como en las entidades morales) a la cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por las normas jurídicas (Kelsen, 1965, p. 87).

Sin embargo, lo anterior significa, en la práctica, que “persona es el único sujeto de derechos”; y el que no sea persona, no puede tener derecho alguno desde un punto de vista de técnica jurídica. Pero esto que se dice debe ser necesariamente precisado, porque tal aseveración carece de sentido cuando se utiliza fuera del plano de las relaciones jurídicas, que es precisamente el campo de aplicación donde tal aseveración es constreñida por el propio sistema legal. Fuera de ese campo, el concepto de persona mirado desde un punto de vista técnico, esto es, como un mero instrumento para atribuir determinados efectos jurídicos cuando se presentan las hipótesis previstas en la norma jurídica, carece de sentido y puede conducirnos a conclusiones no solamente contrarias a derecho en el preciso sentido técnico que tiene dentro de la ciencia del derecho sino que, también, legitimar desde un punto de vista jurídico acciones que el ordenamiento jurídico rechaza como un todo, desarmando el núcleo de la información contenida en sus instituciones, pero conservando la forma que ellas expresan en un sentido técnico.

Por esta razón, no solo es importante sino también primordial, determinar el objetivo que cumple la personalidad jurídica en la trama de nuestro ordenamiento jurídico, lo que nos conduce, también, a determinar quién es el verdadero sujeto de derechos. A ello le dedicamos el párrafo siguiente.

1.2.3. *El objetivo que cumple la personalidad en la trama del ordenamiento jurídico. Personalidad y sujeto de derechos*

a. El único titular de derechos es el hombre

Es esencial entender que el concepto mismo de la *personalidad jurídica* para hombres y entidades nunca ha sido ni fue creado para constituir el soporte de derechos objetivos y subjetivos, patrimoniales y extrapatrimoniales. Los supuestos que se consideran por el orden jurídico para configurar los distintos derechos objetivos y subjetivos constituyen hipótesis donde se encuentra siempre el ser humano individual o colectivamente considerado. El sujeto del derecho y del poder que este configura no puede serle atribuido materialmente a una cosa o entidad que no sea el hombre o un grupo de hombres y sus decisiones. Cuando hablamos de personas jurídicas es materialmente impensable atribuirle ese derecho y ese poder a una entidad imaginaria que no existe, porque las normas jurídicas solo pueden tener como objetivo la regulación de conductas humanas<sup>7</sup>. Esto significa que, en rigor de verdad, el único titular de derechos es en verdad el ser humano, el individuo humano, puro y desnudo, porque es un ser sobre el cual radica un destino, que es un fin en sí mismo y que, por tal razón, tiene dignidad. Siendo esto en esencia verdadero, se podrá entender, entonces, por qué razón la *personalidad jurídica*, no puede ser el supuesto necesario y suficiente de todos los derechos objetivos y subjetivos, patrimoniales y extrapatrimoniales. Antes bien, y por el contrario, el único supuesto necesario y suficiente de todos los derechos es siempre “el hombre”.

No obstante, el concepto de “persona” se justifica como categoría jurídica en el derecho moderno, porque

es necesario *personificar* ciertas asociaciones de seres humanos o determinados patrimonios destinados a un fin particular con el fin de que ellos sean considerados “en un plano de igualdad” en el mundo de las *relaciones jurídicas* con el hombre de carne y hueso. El orden jurídico moderno no utiliza el concepto de *persona* para dividir a los seres humanos entre los que tienen personalidad jurídica y los que carecen de ella; y para extraer de dicha división determinadas consecuencias jurídicas. Muy por el contrario, desempeña actualmente un papel de igualación entre todos los hombres y todas las asociaciones de hombres, es decir, no es concebido para dividir sino para unificar en una sola categoría a todos ellos, individual o colectivamente considerados. Para el derecho romano, en cambio, persona era aquel que tenía capacidad jurídica o de goce<sup>8</sup>, pero se les negaba dicha capacidad a los esclavos, que para muchos efectos eran cosas, a los que no tenían la ciudadanía romana, y también, a los que no pertenecían a una familia agnaticia<sup>9</sup>. Pero esto ocurrió antaño, no ocurre ahora, ocurría en una humanidad evolutivamente poco desarrollada, y quien pretenda concebir la personalidad jurídica con criterios divisionales, o ignora una buena parte de la ciencia del derecho o pretende la obtención de resultados metajurídicos. Para el derecho moderno, el concepto de persona es obviamente distinto que para el derecho antiguo. En realidad, como bien sostiene Recasens Siches (1991, p. 269), “quien tiene los deberes y los derechos es el hombre. La personalidad jurídica no es el soporte de esos derechos y deberes, sino su expresión unitaria, bajo la forma de personificación de aquella parte del orden jurídico que los establece y que es concebido como formando parte de un orden jurídico relativamente independiente”.

<sup>7</sup> En igual sentido se pronuncian Enneccerus, Kipp y Wolff (1948) pp. 291 y 292: “la determinación dada al concepto de los derechos sólo encajan inmediatamente aquellos que corresponden al hombre individual o a una pluralidad de hombres. Donde hablamos de derechos de una persona jurídica, por ejemplo, una asociación jurídicamente capaz o una fundación, no existe en realidad un sujeto al que correspondería el poder jurídico (pensado), pues no cabe considerar como sujetos de los derechos de la asociación o de la fundación ni a los miembros o representantes de la primera ni a los beneficiarios o administradores del patrimonio de la segunda. Por tanto, puesto que todo poder, incluso el meramente pensado, presupone conceptualmente un sujeto del poder, aquí no tenemos derechos en el sentido antes expuesto. Sólo hay una vinculación de bienes o de personas para un cierto fin (el fin de la persona jurídica). Pero a estas afectaciones a un fin no le son aplicables ni el concepto del derecho subjetivo, ni ninguno de los numerosos conceptos singulares y disposiciones jurídicas edificados sobre aquel”.

<sup>8</sup> Es decir, porque se tiene capacidad de goce se es persona, que es todo lo contrario a lo que manifiesta equivocadamente Hernández Gil en el prólogo a la obra de Pascual Quintana (1959, p. 11): “no se es persona en cuanto se ostenta capacidad jurídica, sino que se ostenta capacidad jurídica en cuanto se es persona”.

<sup>9</sup> Que expresa un parentesco que no es natural o de sangre sino civil, esto es, puramente jurídico, dependiente de la rigurosa dominación del jefe de familia y del carácter particular de la patria potestad de los romanos.

Esto nos obliga a comprender que el concepto de “persona” actúa en diversas dimensiones de nuestra realidad jurídica, que ser persona no significa para muchos efectos jurídicos, constituir el único soporte de los derechos subjetivos y objetivos de los individuos de la especie humana, que estos individuos no requieren tener personalidad para gozar de tales derechos, porque cualquier sistema legal se construye siempre con base a ese individuo humano y que, por lo mismo, es imposible pensar desde el punto de vista técnico y moral que algún derecho de que gozan otros de la misma especie, no lo tenga un determinado individuo de esa especie, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe y condición, como muy bien se establece en el artículo 55 del Código Civil.

b. Las diferentes dimensiones donde se desenvuelve el concepto de “persona” o “personalidad”

Para Luis Recasens en la realidad, “ser persona consiste en ser yo y no otro; es constituir una existencia única, intransferible, inalienable, irreductible a cualquier otra; es la realidad de mi propia vida, una perspectiva en el horizonte del mundo distinta de todas las otras perspectivas que son las de las demás vidas. La persona auténtica, profunda, íntima, constituye una instancia única e intransferible de decisión que somos cada uno de nosotros” (Recasens, 1991, p. 270), mandante, funcionario público, contribuyente, etc. En cambio — sostenía — “la personalidad jurídica atribuida al individuo se apoya o funda precisamente en aquellas dimensiones de éste, que no son individuales, sino colectivas, comunes, genéricas, esquemáticas. La dimensión del hombre que funciona como persona en el Derecho es la dimensión que este tiene de común con otros sujetos jurídicos, con todos aquellos otros que pueden encajar en la figura prevista por la norma jurídica” (Recasens, 1991, p. 270).

Lo que se ha transcrito es importante por el contenido de derecho que conlleva. Cuando se habla de *persona* en el lenguaje social, cultural y en algunas materias

jurídicas, lo que se expresa es la simple unidad del yo, con exclusión de cualquier otra cosa o individuo. Cuando se habla de personalidad jurídica, en cambio (y en ello no existe ninguna diferencia entre personas físicas o jurídicas), no se designa el *yo individual*, sino que el yo en una dimensión colectiva y esquemática “que se expresa solo en el mundo de las relaciones jurídicas”, entendiéndose el yo en su relación no ya consigo mismo como conciencia propia de ser, sino como lo que se individualiza esquemáticamente en relación con los otros o lo otro. Cuando se actúa como persona en el mundo jurídico, se actúa en diversas dimensiones esquemáticas que producen efectos jurídicos en dichas dimensiones, ninguna de las cuales refleja un aspecto puramente individual<sup>10</sup>.

Lo expuesto significa, entonces, que la personalidad jurídica (tanto la que tiene el hombre como las demás entidades morales) se entiende como una forma de presentarse o de estar en las relaciones jurídicas, porque esa es la forma que genera una *auténtica igualdad* entre las distintas partes que integran una relación jurídica.

Esto se ve ratificado por lo dicho por otros filósofos del derecho. Para Luis Legaz Lacambra (1943, p. 698), por ejemplo, “lo mismo en el lenguaje jurídico que en el lenguaje moral, el uso tiende a establecer un cierto matiz diferencial entre las expresiones “ser persona” y “tener personalidad jurídica”. En el primer caso se piensa en una cualidad abstracta, mientras que en el segundo una forma concreta, una concreción de una determinada forma de la persona”. “Se puede decir —añade— que la personalidad jurídica es una peculiar manera o forma de ser de la existencia, que podríamos calificar como *un estar en situaciones jurídicas*; pero un estar que implica su contrapartida activa y dinámica: el hacer, usando de la libertad, situaciones jurídicas nuevas” (Legaz Lacambra, 1943, 705). “La personalidad jurídica —añade— pertenece constitutivamente a la persona humana, pero por ser una categoría de la vida social, es una realidad normativa y, en cuanto normativa, es realidad

<sup>10</sup> Recasens Siches (1991, p. 270) lo explica así: “Todas las concreciones singulares de la personalidad jurídica de cada uno de los hombres traducen ninguno de los aspectos *auténticamente individuales* de cada cual. Por el contrario, “ellas representan complejos o racimos de un conjunto de dimensiones genéricas que concurren en el sujeto que, por ejemplo, es, a la vez, ciudadano, mayor de edad, marido, padre, propietario de inmuebles, inquilino, comprador, hipotecante, depositario, mandante, funcionario público, contribuyente, etc.”.

‘construida’”.

En consecuencia, persona jurídica es el individuo humano en cuanto está en situaciones jurídicas, o sea, en cuanto es persona en dimensión social, bajo cuya condición puede estar en situaciones jurídicas que son situaciones sociales.

c. Cuáles son las consecuencias que se pueden extraer

Cuando los autores hablan de *personalidad jurídica*, no hacen ninguna diferencia entre la que tiene el individuo humano o la que tienen las entidades abstractas como son las sociedades, las corporaciones, las fundaciones. Ella es lo mismo para unos y otras.

Esto se produce porque las normas e instituciones jurídicas forman masas caóticas y confusas que apenas se pueden abarcar con la mirada a lo largo de la historia. Para reducirlas a conceptos científicos, se necesitan métodos permanentes, es decir, modos formales y siempre idénticos de tamizar y compendiar aquel tropel de normas concretas (Stammler, 2008, p. 288).

Esto se hace mediante la elaboración de formas puras de nuestras nociones jurídicas. Ellas “son métodos de ordenación de nuestra conciencia y condicionan todas las posibilidades concebibles de voluntad, simplemente por el hecho de ser jurídica” (Stammler, 2008, p. 289). En este sentido, se debe entender que solo mediante la intervención de estos conceptos elementales creados por el derecho, que condicionan de cierta manera nuestra realidad, se puede entender con absoluta precisión cómo una cuestión concreta se articula dentro de la *totalidad* del derecho<sup>11</sup>. Uno de estos conceptos es el de la *personalidad jurídica*. Ella nos permite articular cómo las reglas dadas para el arrendamiento, la compraventa, la hipoteca, el depósito, el mandato y otras tantas normas que rigen la conducta de los hombres entre sí y con entidades abstractas que no existen materialmente, pueden regirse en lo concreto de una manera igual y uniforme para los intervinientes que se encuentren en las mismas situaciones jurídicas.

Pero esto que se ha dicho, ocurre en el mundo de las *relaciones jurídicas* que son reguladas por las normas legales, pero no ocurre de igual forma en los casos en que el sistema legal le reconoce al hombre un derecho que garantiza y protege su propio yo, es decir, la realidad biológica de su propia existencia. En aquellas, el concepto de persona está concebido para reflejar la dimensión de esa existencia en el mundo de las *relaciones jurídicas*, en dimensiones del hombre que no son individuales, sino colectivas, comunes, genéricas, esquemáticas.

De esta forma, cualquier efecto o consecuencia que jurídicamente pretenda atribuirse a la personalidad del hombre, concebida como esa dimensión del “yo”, que existe como unidad intrínseca, intransferible, no canjeable, irreductible a cualquier otra, y que provenga de la concepción de la persona concebida por el orden jurídico para la otra dimensión, que, como hemos dicho, concibe su existencia en el mundo de las *relaciones jurídicas*, resulta inapropiada, ilegal o contraria a derecho, porque esas consecuencias no fueron pensadas para serle aplicadas al concepto de persona como expresión del “yo”, sino al concepto de persona en una dimensión no individual.

La incompreensión de los conceptos anteriores ha conducido no ya a los juristas (en lo que pudieren ser calificados de tales) sino a algunos órganos jurisdiccionales del Estado, a resolver cuestiones fundamentales que empecen al hombre de manera completamente equivocada desde el punto de vista jurídico, como es el negarle el derecho a la vida al individuo humano que se encuentra concebido y no nacido, fundándose precisamente “en que este no es persona para el mundo de las relaciones jurídicas”, en circunstancias de que, cuando el texto constitucional asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, le reconoce un derecho al ser humano en su dimensión de ser yo y no otro; en constituir una existencia única, intransferible, no canjeable, irreductible a cualquier otra; es decir, utilizando las palabras de Recasens Siches (1991), le asegura la realidad de su propia vida, una perspectiva en el horizonte del mundo distinta de todas las otras perspectivas que son las de las demás vidas.

<sup>11</sup> En igual sentido Stammler (1930, p. 290).

Desde luego que, en esta decisión, tomada por muchas naciones, no concurre un concepto jurídico, sino cultural, pero es incorrecto que los órganos jurisdiccionales del Estado interpreten nuestros propios textos legales y constitucionales, tergiversando la noción de persona, para alcanzar metas propias de una agenda cultural compartida solo por una parte de la sociedad. Es por esto que todos los resultados obtenidos conforme a una interpretación del concepto de *persona* equivocado, deben ser desconocidos, porque se fundan en un error

de derecho, en el que se ha incurrido por dichos órganos jurisdiccionales, ya sea intencional o culpablemente, para negarle el derecho a la vida a un ser humano, sin tener que reunir las mayorías necesarias para modificar la Constitución Política y los tratados internacionales, debiendo advertirse que, la crítica contenida en estas palabras, es solo jurídica, porque este no es un trabajo sobre moral y su autor carece de la formación intelectual para formularla debidamente, aunque la conoce.

## 2. El análisis crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional

### 2.1. Introducción

Hasta hace unos pocos años, bastaba con la disposición del artículo 55 del Código Civil, y muy pocos ponían en duda la conexión que existía entre seres humanos y derecho a la vida. Hoy en día, en cambio, la situación ha cambiado. Hay quienes son parte de una opinión según la cual la condición de los individuos concebidos y no nacidos no resulta claramente definida en materias jurídicas y morales, al punto de privarlos de la condición de tales, atendido el nivel de su gestación, su condición de salud y viabilidad posterior al nacimiento; o identificándolos simplemente como una parte del cuerpo de la madre que lo lleva en su vientre, por lo que se concluye que, como solo ella tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo, puede deshacerse de lo que involuntariamente contiene cualquiera sea esa cosa que crece y se alimenta de ella.

Dentro de estas posiciones, se destaca aquella según la cual la protección que la ley y la Constitución despliega sobre el individuo humano concebido y no nacido se incrementa en la medida que avanzan los meses de gestación al punto de que, sobre el interés de una mujer por deshacerse de la criatura que lleva en su vientre empieza a predominar el interés público de mantenerlo con vida en la medida en que avanzan los meses de gestación y el feto se hace compatible con la vida extrauterina independiente. Mientras en los primeros meses se considera una unidad, la madre y el feto, en las siguientes es considerado una dualidad. Según señala el fallo del Tribunal Constitucional Chileno, en este sentido se enmarcan las sentencias del Tribunal Constitucional alemán, esloveno<sup>12</sup> y portugués<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> El Tribunal Constitucional de Eslovaquia, resolvió el año 2007 un conflicto de constitucionalidad presentado contra la ley de aborto dictada en 1986, en el que razonó que la “vida humana por nacer” constituye un “valor” constitucional, objeto de protección, pero de una intensidad menor que la protección otorgada a un “derecho” constitucional, lo que le permitió al Tribunal Constitucional adoptar un marco de equilibrio de derechos y valores, para establecer que finalmente el proyecto de aborto impugnado era constitucional. Véase artículo de Nicolás Godoy Fuentes en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/08/doctrina45687.pdf> [Fecha consulta 3 de septiembre de 2018].

<sup>13</sup> El fallo portugués repite algunas consideraciones de fallos anteriores. Las dos principales son: (a) “En esta visión de las cosas, se reconocerá que el artículo 24 de la Constitución de la República, además de garantizar a todas las personas un derecho fundamental a la vida, subjetivado en cada individuo, integra también una dimensión objetiva, en la que se considera la protección de la vida humana intrauterina, que va a ser una verdadera imposición constitucional. Sin embargo, esta protección de la vida humana en gestación no tendrá que asumir el mismo grado de densificación ni las mismas modalidades que la protección del derecho a la vida individualmente subjetivado en cada ser humano ya nacido”; (b) “De la inviolabilidad de la vida humana como fórmula de tutela jurídica no deriva, desde luego, que la protección contra agresiones postule un derecho subjetivo del feto o que no sea de distinguir un derecho subjetivo a la vida de una protección objetiva de la vida intrauterina, como resultados de la jurisprudencia constitucional portuguesa y otros países europeos. El hecho de que el feto sea tutelado en nombre de la dignidad de la vida humana no significa que haya título idéntico al reconocido a partir del nacimiento”. Y luego de eso, sostiene que: “El Tribunal no ve motivo para revisar esta posición, que siempre ha estado perfilada. <https://dre.pt/pesquisa/-/search/2670436/details/maximized> [Fecha consulta, 16 de diciembre de 2018].

Dedicaremos dos párrafos al fallo del Tribunal Constitucional de Alemania de 28 de mayo de 1993<sup>14</sup>, no solo por su importancia, sino porque no es cierto que ésta sentencia se adscriba a la corriente de la protección incremental del embrión y feto, como lo asevera el Tribunal chileno. Esta corriente carece de la lógica más elemental y es por ello que difícilmente pudo haber sido digerida por el pensamiento jurídico alemán. En ninguna parte el fallo alemán se sostiene una afirmación ni parecida a lo que esta doctrina sostiene. Es más, el Tribunal se cuida muy bien de no decir nada en este sentido, fundamentalmente porque llevaría a conclusiones contradictorias con la mayoría de los principios que se dejan asentados en esa misma sentencia<sup>15</sup>. El Tribunal dijo: “Incluso a la vida humana no nacida se le otorga la dignidad humana. “El derecho a la vida no comienza primero con la aceptación del nonato por parte de la madre”<sup>16</sup>; “La terminación debe verse como fundamentalmente incorrecta durante toda la duración del embarazo y, por lo tanto, está prohibida por la ley.<sup>17</sup>”; “Los derechos constitucionales de la mujer no se extienden lo suficiente como para dejar de lado, en general, su obligación legal de llevar a término al niño, ni siquiera por un tiempo limitado. Las posiciones constitucionales de la mujer, sin embargo, sí significan que no imponer tal obligación legal en situaciones excepcionales es permisible, en algunos casos, tal vez incluso obligatorio. Depende de la legislatura determinar en detalle, según el criterio de no exactitud, lo que constituye una situación excepcional.<sup>18</sup>”; “La obligación del estado de proteger la vida humana también abarca la protección contra amenazas a la vida humana no nacida que surgen de influencias en la familia o del círculo social de la mujer embarazada, o de las condiciones de vida presentes y previsibles de la mujer y la familia, y contrarrestar la disposición para llevar al niño a término”<sup>19</sup>; “Además el mandato del estado para proteger la vida humana requiere que se conserve y reviva la conciencia

general del público sobre el derecho de los no nacidos a la protección”<sup>20</sup>.

Como se puede observar, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 28 de mayo de 1993 reconoce expresamente la dignidad del concebido y no nacido, la protección de la vida intrauterina, lo que significa para el estado el establecimiento de dicha protección, y la ilegalidad de su destrucción. Solo muy sutilmente se desliza que la obligación de la mujer y de todos de llevar a término su embarazo puede ser dispensada atendidas las posiciones constitucionales de la mujer y en casos muy excepcionales, después de haber sido guiada en el discernimiento respecto a lo valioso de la vida que lleva en su vientre, además de imponerle al estado la obligación de “conservar y revivir la conciencia general del público sobre el derecho de los no nacidos a la protección”.

Otra de las posturas es la seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica* de 2012. En el considerando 186, dice lo siguiente:

No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la Concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es

<sup>14</sup> Búsquese en: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/fs19930528\\_2bvf000290en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/fs19930528_2bvf000290en.html) (fecha consulta, diciembre 16, 2018).

<sup>15</sup> Reconocemos que, para muchos, la sentencia es contradictoria con haber fijado un plazo máximo de 22 semanas de vida del feto para abortar a la criatura, pero esto pudo haberse debido a otras consideraciones, por ejemplo, a que, según lo expresado frecuentemente en el ámbito científico, los fetos son capaces de sentir dolor desde la semana 26 en adelante.

<sup>16</sup> Número 1 de sus notas principales.

<sup>17</sup> Número 4 de sus notas principales.

<sup>18</sup> Número 6 de sus notas principales.

<sup>19</sup> Número 7 de sus notas principales.

<sup>20</sup> Número 10 de sus notas principales.

que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

El trabajo que nos hemos propuesto es considerar y analizar el fallo del Tribunal Constitucional chileno de fecha 28 de Agosto de 2017, que resolvió sobre la *constitucionalidad* de la ley 21.030, formulando una buena cantidad de aseveraciones que serán criticadas a continuación nada más que con criterios jurídicos, pues, en opinión de este autor, carecen de todo fundamento y subvierten el contenido de las instituciones del derecho que hemos expuesto más arriba, con las consecuencias dañinas que ello conlleva.

## 2.2. La fórmula que usaremos para el análisis del fallo del Tribunal Constitucional

Para cumplir nuestro cometido, creemos que debemos preguntarnos dos cosas fundamentales y, a través de su respuesta, señalaremos qué es lo que dice la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional y las razones por las cuales el voto mayoritario incurre en los errores de derecho que expondremos. Las preguntas son las siguientes:

(i) ¿Es el producto de la concepción entre un hombre y una mujer *un individuo* de la especie humana?

(ii) Ya sea se concluya lo uno o lo otro, ¿por el hecho de que la ley priva al producto de la concepción de personalidad jurídica, lo priva también, y por tal motivo, del derecho a la vida?

Se debe advertir que estas preguntas, que son jurídicas propiamente tales, no surgen de ley N° 21.030 que despenalizó el aborto en tres causales, sino fundamental de los diversos considerandos de la sentencia del

Tribunal Constitucional de 28 de agosto de 2017, la que se pronunció sobre asuntos respecto de los cuales la ley no lo hace, suponiendo como veraces y ciertas desde el punto de vista jurídico, una serie de afirmaciones jurídicas cuya fundamentación no solo es equivocada sino que subversiva respecto de ciertos conceptos elementales de la ciencia del derecho, del Código Civil y de la propia Constitución Política del Estado, según se verá en los párrafos siguientes.

## 2.3. Sobre si el concebido y no nacido es un individuo de la especie humana

El considerando cuadragésimo<sup>21</sup> de la sentencia, dice:

En un contexto donde el que está por nacer mantiene en el vientre materno una existencia común con la madre, sin vida individual ni autónoma, constituyendo una existencia condicionada al nacimiento y a la sobrevivencia un momento siquiera, parece necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un nasciturus, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una expectativa de persona, una vida en ciernes, sin duda objeto de valoración por el derecho que lo protege durante el desarrollo gestacional.

El Tribunal Constitucional dice en primer lugar, “que el feto no tiene vida individual y autónoma”, y lo dice desde el punto de vista del derecho, es decir, que, para el orden jurídico chileno, esa criatura no es tal, porque su vida no es “individual” ni “autónoma”. Si su vida no es individual, entonces no es un individuo, y al no serlo, no pertenece a ninguna especie. Pero la condición no individual del cigoto, del embrión o del feto es, por cierto, una afirmación científicamente falsa<sup>22</sup>, siendo, además, en este caso, una falsedad que produce efectos jurídicos, si es que no se distingue entre lo que esa frase tiene de derecho y lo que ella contiene de pura frivolidad. En efecto, según la ciencia, desde el momento mismo de la concepción, el cigoto es un individuo distinto a la madre, porque el

<sup>21</sup> Último párrafo del considerando Cuadragésimo de la sentencia.

<sup>22</sup> Los conocimientos actuales de biología molecular concluyen que el genoma único e irrepetible que está presente en el momento de la concepción, es el mismo que encontramos en cada una de las células del embrión, del feto, del niño, del joven, del adulto y del anciano. Si en el transcurso de la vida hay enfermedades, mala nutrición, accidentes o cualquier otro percance, el genoma humano permanece exactamente igual.

número diploide de cromosomas es restaurado, lo que da lugar a un ser humano nuevo, con cuarenta y seis cromosomas, esto es, un embrión humano, un miembro individual de la especie humana, genéticamente diferente a su madre y a su padre. En consecuencia, siendo dicha afirmación una falsedad, no tiene ni puede tener efectos jurídicos, no puede usarse como precedente para ser citado en ninguna resolución de tribunal alguno que pretenda fundarse en dicha frase para resolver lo que haya de resolverse, ni tampoco como argumento de autoridad, porque el Tribunal Constitucional carece de autoridad en materias científicas, por lo que debemos calificar dicha afirmación como insustancial y veleidosa.

Queríamos entender que esa calificación contenida en el fallo de mayoría, de carecer el embrión o feto de vida individual, pudiera tener un sentido distinto al expuesto, entendiéndolo que lo que quiere decirse con la expresión “vida individual”, no es más que una vida que es dependiente de la madre. Sin embargo, no podemos ser ciegos o ingenuos en esta materia. No parece que ese haya sido el sentido de dicha expresión, porque la no dependencia de la madre se explica con el término “autónoma” que se utiliza en seguida, siendo este término usado no como complementario del primero (vida individual) sino como principal, es decir, distinto a lo que debe entenderse por individual. Además, el fallo señala que el feto mantiene una existencia *sin vida individual ni autónoma*, donde la expresión “ni” constituye una conjunción copulativa, esto es, que es una conjunción coordinante que forma conjuntos *cuyos elementos se suman*, lo que significa que con la conjunción “ni” se separa lo que es individual de lo que es autónomo. Entonces, parece ser que lo que quiere decirse con esa expresión, es que el feto no es un individuo propiamente tal. Si no fuere así, estaríamos encantados de que se nos desmintiera y se expresara con claridad que con esa expresión no se quiso negar la calidad de individuo a la criatura que se encuentra en el vientre materno.

En seguida se dice que el feto *no tiene vida autónoma*, lo cual es cierto, porque depende de la madre, pero no es un fundamento para sacar conclusiones jurídicas, porque no hay nada de derecho que se pueda extraer de tal afirmación. Por la misma razón se podría negar la

calidad de seres humanos a los enfermos que necesitan de soporte vital, lo cual, creemos, no es lo que el sistema legal chileno establece.

Dice en tercer lugar, que el cigoto, el embrión o el feto tiene una existencia *condicionada al nacimiento*, lo cual significa, desde el punto de vista jurídico, que dicha existencia no se ha generado todavía hasta que se cumpla con una condición (suspensiva en este caso) de que nazca y sobreviva un instante siquiera a la separación de su madre, lo que, por una parte, significa, de nuevo, negarle su calidad de individuo, con las consecuencias ya expuestas, y por otro lado, fundamentar la inexistencia del ser en su falta de personalidad jurídica; o, en el segundo caso, que existe aunque no sea persona, pero bajo la condición de que nazca (resolutoria de la existencia). Como se puede apreciar, tal frase usada por el voto de mayoría, es una elaboración incomprensible desde el punto de vista jurídico, porque esto mismo se puede decir de toda vida humana, sea o no sea persona, porque todos los seres humanos tienen una existencia condicionada a la muerte (si la criatura no nace o no sobrevive un instante siquiera a la separación, es porque ha muerto), por lo que, aplicando semejante afirmación como fundamento, como que lo es para la sentencia del Tribunal Constitucional, se podría también sostener que, como toda existencia humana es condicional a la muerte, ninguna vida humana individual tiene mucho valor, siendo más importante, entonces, la nación, la raza, la especie, el bienestar social, la salud pública y cualquier otra cosa que suene políticamente correcta en el momento, cuestión esta que es la base de todos los totalitarismos.

Dicha frase es ciertamente desafortunada, pero no porque haya sido un error cuyas consecuencias no fueron previstas, sino porque se persigue conscientemente relativizar la existencia biológica del cigoto, del embrión y del feto, cuestión que la Constitución no hace porque ordena proteger la vida del que está por nacer; y es por esto, que el voto de mayoría del Tribunal Constitucional es antijurídico.

No es razonable ni apropiada la diferenciación que hace en la sentencia entre “persona” y expectativa de vida. La sentencia dice en cuarto lugar que, “parece

necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un *nasciturus*, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una expectativa de persona, una vida en ciernes...”. Esto significa sostener que es correcto, desde el punto de vista jurídico se entiende, distinguir entre un ser humano concebido y no nacido y un ser humano nacido, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y una expectativa de persona o una vida en ciernes, argumento este último que, en lógica informal, constituye una falacia circular, porque lo que se trata de resolver es precisamente si la criatura tiene o no tiene derechos, cuestión en la cual, obviamente, no debería intervenir como criterio decisivo o acumulativo, el hecho de que los tenga o no los tenga por no ser persona.

En consecuencia, en este considerando, el voto de mayoría de la sentencia del Tribunal Constitucional le niega el carácter de individuo humano al ser concebido y no nacido, producto de razonamientos o fundamentos que se han demostrado que son falsos (falta de vida individual), insuficientes (falta de vida autónoma) y lógica y jurídicamente mal contruidos (vida condicionada al nacimiento). Y de esto queremos dejar constancia en este trabajo.

#### 2.4. Sobre si el concebido y no nacido es solo un “bien jurídico de mucha importancia para la Constitución”

El primer párrafo del considerando septuagésimo octavo dice:

Que el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución. Por eso se refiere a él y le encarga al legislador su resguardo.

La reducción de la existencia del feto a un mero bien jurídico protegido provoca que este carezca de dignidad intrínseca, y por consiguiente, de valor. A ningún “bien jurídico” puede atribuírsele dignidad alguna. La existencia de vida humana intrauterina no es un bien jurídico protegido, es un individuo perteneciente a la especie humana. Tiene razón Rafael Domingo (1993, p. 278), cuando afirma que “llevada hasta sus últimas consecuencias, la teoría del bien jurídico acaba con la más tradicional división del derecho en “personas” y

“cosas”, pues, en el ámbito penal, incluso la persona en cuanto tal es reducida a bien, es decir, a cosa, y puede ella misma entrar en conflicto de otros bienes. En efecto, como están tan íntimamente unidos el concepto de vida humana y el de hombre, de suerte que sin uno no existe el otro, al convertir la vida en un bien jurídico se acaba convirtiendo también el mismo hombre en un bien, incorporado al campo penal en pie de igualdad con los demás bienes”.

Sobre este particular, Hernán Corral (2018, p. 286) ha sostenido que si bien el Tribunal Constitucional no le confiere al *nasciturus* el estatuto de persona, ni un derecho a la vida propiamente tal, advierte “que uno de los seis ministros que adhirieron al voto de mayoría, el ministro Domingo Hernández, hizo prevención de que no compartía esa conclusión y estimaba que el concebido no era solo un bien o interés, sino un ser humano distinto de la madre y con titularidad de derechos fundamentales, entre ellos el de la vida”. Y que, por lo tanto, este voto debe unirse al disidente de cuatro ministros “que afirma con variados argumentos la tesis de la personalidad jurídica del embrión humano”, lo que produce en esta materia un empate de cinco votos contra cinco, no debiendo considerarse que en este punto hubo pronunciamiento del Tribunal Constitucional y que, por lo mismo, se mantenía el anterior pronunciamiento de la sentencia de 18 de abril de 2008 (rol N° 740-2007), que claramente afirmó la personalidad del ser humano concebido y no nacido.

Ahora bien, es cierto que, en muchos considerandos del fallo, el Tribunal Constitucional reconoce que la ley protege la vida del que está por nacer, pero, al final, termina por concluir que proteger la vida no es lo mismo que tener un derecho a ella. En el considerando cuadragésimo sexto se señala:

la Constitución manda a la ley proteger. Lo primero que cabe señalar es que la Constitución marca una diferencia en su regulación con lo establecido en el inciso primero. Mientras ahí establece ‘el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la persona’, utilizó aquí un lenguaje distinto. Desde luego, porque no habló de derechos; encarga a la ley proteger.

Pero este argumento vuelve a chocar con principios elementales de la ciencia jurídica, porque desconoce que cuando la ley protege algo, surge el derecho a tal protección; y si se manda proteger la vida de un individuo, es porque se tiene el derecho a que la vida le sea protegida. No queremos aquí extendernos en la teoría general de los derechos objetivos y subjetivos, solo pretendemos decir que, dada la forma como opera actualmente nuestro sistema legal, todo derecho subjetivo nace del derecho objetivo y que este “impone deberes de protección de los intereses humanos, y como reflejo surge en aquellos en cuyo favor son dictadas las normas, el poder de constreñir en favor propio al cumplimiento de éstas” (Ferrara, 1943, pp. 329). “La norma se impone a todos y exige coactivamente la observancia de sus mandatos. Por esto el derecho prescinde, aun cuando su supuesto sea normal, de la voluntad o conciencia del destinatario del precepto, porque la función del derecho es regular relaciones sociales, no hacer tentativas de motivación” (Ferrara, 1943, pp. 330).

Para nosotros, el concebido es titular del derecho a la vida aunque no sea persona, porque es un ser humano individual, distinto a su madre, irrepetible, que es intrínsecamente digno. Además, como lo hemos dicho, consideramos que la personalidad jurídica no es un requisito necesario y suficiente para ser titular de derechos. Ser persona solo le permite tener y mantener relaciones jurídicas, creando, modificando o extinguiendo derechos subjetivos.

### 2.5. La elaboración de un concepto de persona o personalidad jurídica equivocado

El segundo párrafo del considerando septuagésimo octavo, agrega:

El que está por nacer no necesita del estatuto de persona ni distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal, para recibir protección. La Constitución lo relevó de aquello. No hay ninguna entidad que en nuestro sistema jurídico tenga esta posibilidad.

Antes de empezar, permítasenos una pequeña ironía: la sentencia afirma que “él está por nacer no necesita del estatuto de persona”. Pues bien, en nuestra opinión, atendido los argumentos del Tribunal Constitucional, parece que sí lo necesita, porque es en esta materia donde se juega literalmente *su propia vida*.

La sentencia ya había sostenido que parecía razonable hacer una diferencia entre persona y *nasciturus*<sup>23</sup>, pero es a partir de este considerando donde se empieza a elaborar una suerte de *doctrina*, construida al margen de nuestro sistema legal, en la que se otorga al concepto de *persona* una connotación jurídica que nunca ha tenido en la ciencia del derecho, por mucho que el Tribunal se haya esforzado en aclarar que lo que pretende es desentrañar el *concepto de persona para la Constitución*, al cual le destina, seguramente para elaborarlo, 17 considerandos, reunidos todos en un capítulo especial del fallo, que lleva el N° IX y se titula “el concepto de persona en la constitución”.

Pero se debe decir que no existe un concepto especial de *persona* en la Constitución, así como tampoco puede decirse que exista un *estatuto de la persona* como afirma el considerando; y desde luego, finalmente, tampoco se puede decir que ese concepto de persona haya terminado siendo no ya siquiera esbozado, ni menos elaborado por el Tribunal Constitucional, sino que ha sido totalmente destruido como categoría jurídica que pueda de alguna manera formar parte de la ciencia del derecho.

(i) Partamos con decir que la ley no considera al concebido y no nacido como persona, no porque no sea un individuo de la especie humana, sino porque desde el punto de vista del derecho, *carece de la facultad natural de influir en el mundo jurídico, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas*. La razón de ser de la *personalidad jurídica* obedece a la necesidad de regular dichas relaciones. La personalidad jurídica es creada por el orden jurídico como una categoría que permite regular adecuadamente las relaciones de conducta, ya sean que intervengan en ellas individuos físicos o

<sup>23</sup> Considerando Cuadragésimo.

individuos asociados en una comunidad de intereses y fines, operando de esta manera la *personalidad jurídica* de la misma forma en los hombres de carne y hueso como en las entidades morales, esto es, *representando la personalidad jurídica, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por las normas jurídicas.*

Es por esto que, en los casos de seres humanos concebidos y no nacidos, el concepto *de personalidad jurídica* no resulta apropiado, porque no se le puede imputar a esa entidad ontológica *las acciones u omisiones que regulan las normas jurídicas*, porque ella ni siquiera puede influir con sus acciones u omisiones en el mundo jurídico; y es en consideración a ello que la ley no ha visto necesario otorgarles personalidad jurídica.

(ii) Pero se debe advertir que la personalidad jurídica no ha sido construida para que sea el presupuesto necesario y suficiente de la titularidad de todo derecho objetivo o subjetivo, menos aun cuando se trata de derechos extrapatrimoniales, como lo es el derecho a la vida, pues este derecho se le reconoce a la persona, entendida como esa dimensión del “yo”, que existe como unidad intrínseca, intransferible, no canjeable, irreductible a cualquier otra (véase & 2) y no como aquella que se expresa propiamente con el término *personalidad jurídica*, que concibe a la persona en una dimensión colectiva y esquemática que se expresa en el mundo de las *relaciones jurídicas*, entendiéndose el yo en su relación no ya consigo mismo como conciencia propia de ser, sino como lo que se individualiza esquemáticamente en relación con los otros o lo otro.

*La personalidad jurídica* propiamente tal, entiende a la persona en el mundo de las *relaciones jurídicas* siendo un concepto elaborado por el derecho para permitir a las asociaciones humanas o a los patrimonios destinados por el hombre a cumplir ciertos fines, actuar como una unidad abstracta, independiente de su sustrato personal, y a quien pueda entonces referírseles *las acciones y omisiones reguladas por las normas jurídicas* (Kelsen, 1960, p. 72; 1965, p. 87). La personalidad jurídica es una construcción del derecho que se aplica por igual a los seres humanos como a las entidades morales.

Pero el hombre de carne y hueso nunca ha necesitado de la *personalidad jurídica* para ser titular de derechos patrimoniales o extrapatrimoniales. Por el contrario, los que necesitaban de ella eran las asociaciones humanas, porque no eran una unidad al estar compuesta por muchos, o, en el caso de los patrimonios, porque ellos necesitan de una construcción jurídica que permita legalmente sostener que ciertos bienes (presentes y futuros) están adscritos al pago de ciertas obligaciones (presentes y futuras), lo que hace que se constituyan en una entidad. Entonces, para igualar a unos y otros en materia de *relaciones jurídicas* entre ellos, el orden jurídico los denominó a unos y otros como “*personas*” o, mejor dicho, como entidades que gozan de *personalidad jurídica*. Pero el hombre no necesita de esa personalidad jurídica para ostentar la titularidad de derechos patrimoniales o extrapatrimoniales. Prueba de ello es que la ley no define a las personas naturales como “un ser” capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representados judicial y extrajudicialmente, como lo hace en el caso de las personas jurídicas el artículo 545 del Código Civil. Es más, *el orden jurídico chileno no define de manera alguna y en ninguna parte a las personas naturales, sino que se limita a señalar que el hombre es persona, y punto.* Cuando dice esto, dice que el hombre tiene *personalidad jurídica*, es decir, una entidad capaz de intervenir en las *relaciones jurídicas*. En realidad, el hombre es, para el derecho, el único titular de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. Todo lo demás es pura construcción del sistema legal a fin de regular las *relaciones jurídicas*, porque no puede haber *relación jurídica* propiamente tal entre entidades de diferente naturaleza. Y es por esto que le atribuye *personalidad jurídica* al hombre, para igualarlo a las personas jurídicas en el plano de esas *relaciones jurídicas*; pero nunca se ha planteado tan despreocupadamente en la ciencia del derecho, que sea la *personalidad jurídica* lo que habilite al hombre para ser titular de derechos fundamentales, sino que es titular de derechos fundamentales, porque, como persona entendida en su primera dimensión, es expresión del “yo”, de que existe como unidad intrínseca, intransferible, no canjeable e irreductible. Lo que ha hecho el Tribunal Constitucional es extraño para la ciencia del derecho, y sostenerlo es como decir que, en el caso de la persona que mata a otro, la pena que se le impone no

se le impone al homicida, sino a su personalidad jurídica, siendo ella la que debe ir a prisión. ¿Parece raro, no? Bueno, es lo que sostiene el Tribunal Constitucional, porque le atribuye a la *personalidad jurídica* del hombre la facultad de adquirir derechos, lo que sería como decir que no es el hombre el que goza y usa de su propiedad, sino que es su personalidad jurídica.

En resumen, la personalidad no es el supuesto necesario para ser *sujeto de derechos*; el único sujeto de derechos es el hombre y lo es desde el momento de su precisa concepción; el concepto de personalidad se concibió para que las “personas” pudieran mantener *relaciones jurídicas*, lo que significó igualar en este concepto a ciertas entidades ficticias que son asociaciones humanas y patrimonios que cumplen los requisitos que la ley señala, con los hombres de carne y hueso; el concepto de *persona* tiene sentido para el hombre en cuanto puede tener *relaciones jurídicas*, pero carece de sentido cuando la ley o la Constitución intentan reconocerle derechos al individuo humano que protegen su propia integridad, desde la concepción, pues esos derechos los tiene en tanto cuanto es hombre y no porque sea “persona”. Si fuera así, se dejaría a la voluntad de cualquier constituyente la determinación de si un individuo humano goza de tales derechos, negándole o concediéndole personalidad jurídica a su antojo.

(iii) Por otro lado, ¿alguien puede creer que los derechos fundamentales que nuestra Constitución le reconoce al hombre, en realidad se elaboraron para proteger su personalidad jurídica?

Pues para el Tribunal Constitucional, la respuesta es que sí. Esto se comprueba cuando dice: “Que uno de los efectos más importantes de atribuir a alguien su condición de persona para efectos constitucionales, es que sólo estas tienen derecho”<sup>24</sup>.

La equivocación que subyace en esta afirmación conduciría a concluir que los derechos fundamentales protegen a los hombres no porque sean hombres sino

porque son personas, lo que otorga al concepto de persona y personalidad la condición necesaria para ser titular de derechos objetivos y subjetivos, circunstancia que se ha demostrado como falsa. La personalidad, como concepto en el derecho es un requisito necesario para tener y mantener relaciones jurídicas, lo que ciertamente supone la adquisición de derechos, pero la personalidad no le otorga a los hombres de carne y hueso la posibilidad de adquirir derechos, que la tienen por ser humanos, sino que se las entrega a las personas jurídicas, que no la tienen naturalmente, porque no son seres humanos. Es por eso que el art. 545 del Código civil define a la persona jurídica como aquella “persona ficticia, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Por eso, también, el referido cuerpo legal no define a la persona natural de la misma forma. No dice que las personas naturales sean capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, etc, sino que las define indicando quiénes son. El art. 55 del Código civil expresa que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe y condición”. Es decir, a las personas jurídicas las define por una función o capacidad que la ley les otorga. En cambio, a las personas naturales las define describiendo quiénes son. ¿Acaso no se nota la diferencia de tratamiento que existe? ¿Acaso no se vislumbran las consecuencias que la diferencia trae consigo? ¿Acaso no resulta evidente que no se puede definir a las personas naturales como a las personas jurídicas, porque a aquellas no se les entrega con la personalidad algo que ya traían desde antes?

O cuando dice: “Es decir, los derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover son los que están garantizados en ambos textos. No aquellos que emanan únicamente “de la naturaleza humana”<sup>25</sup>.

Esta aseveración es doblemente grave, primero, porque los derechos fundamentales que se garantizan solo son los que se le reconocen a la personalidad jurídica, lo que es de suyo falso, tal como lo hemos afirmado anteriormente; y, segundo, porque declara que

<sup>24</sup> Considerando Sexagesimosexto.

<sup>25</sup> Considerando Septuagésimocuarto, párrafo 2.

los derechos que los órganos del Estado deben garantizar son únicamente los consagrados en la Constitución y no aquellos que emanan de la naturaleza del hombre. Y si esto no fuera cierto, ¿de dónde saca la Constitución los derechos fundamentales sino de la naturaleza del hombre? ¿O es que se los han inventado unos cuantos iluminados? Claro, se podrá sostener que esto no tiene mucha relevancia, porque la Constitución actual los consagra todos, cuestión respecto de la cual no nos pronunciaremos; pero la gravedad de esta aseveración de la sentencia se puede observar con mejor perspectiva si se piensa la implicancia que esta tendría si una mayoría transitoria o circunstancial eliminare de nuestra Constitución algunos de los derechos fundamentales que hoy garantiza.

O cuando dice: “Además, el problema es que el propio Código dice más adelante, en el ya indicado artículo 74, que la existencia legal de toda persona principia al nacer. Y el nasciturus, por definición, está en el vientre materno; aún no nace”<sup>26</sup>.

Lo que significa sostener que lo que la Constitución protege con derechos es a la existencia legal de los seres humanos, o sea, a su personalidad jurídica, y no propiamente la existencia natural de todos los seres pertenecientes a la especie humana. Que la existencia legal de toda persona principie al nacer no es un problema. El problema es lo que el Tribunal Constitucional pretende deducir de ello. Deduce que, como no tiene existencia legal, el ser humano no nacido carece de derechos, porque solo tiene existencia natural. ¿No es esto un absurdo? Utiliza el concepto de persona, que parece ser lo que entiende de esto que es tener existencia legal, para justificar que un individuo de la especie humana se le prive de la dignidad intrínseca. Insistimos, la personalidad jurídica no es un requisito necesario para tener derechos sino para mantener *relaciones jurídicas*, como se ha explicado.

O cuando dice: “El no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de

persona y titular de derechos”<sup>27</sup>.

Lo que equivale a sostener que la categoría de *persona* elaborada por la Constitución no fue diseñada para proteger al individuo humano sino a su personalidad jurídica, en circunstancias que la personalidad jurídica de la que carece el concebido y no nacido, no le fue concedida para que no tuviera derechos, sino porque no podía ser sujeto de *relaciones jurídicas*, esto es, porque no puede intervenir en el plano de las *relaciones jurídicas*. Además ¿cuáles son esas cualidades habilitantes para ser titular de derechos? ¿Acaso el Tribunal Constitucional puede tener el poder de determinarlas? Ciertamente no tiene ese poder. En rigor de verdad, no lo tiene nadie. Ni siquiera lo tiene la nación toda.

(iv) Finalmente, lo que puede desconcertar a cualquier abogado, atendida la inconsecuencia y la impropiedad de sus términos, es la frase con la que culmina el considerando septuagésimo séptimo, que dice: “la forma correcta de interpretar la Constitución no es alterar una interpretación sistemática ni subordinar el resto de los conceptos constitucionales para dar cabida al nasciturus forzando su incorporación en categorías conceptuales no diseñadas para él”<sup>28</sup>.

En realidad, lo que altera una interpretación sistemática de la Constitución, es considerar que los derechos fundamentales fueron concebidos no para proteger al individuo humano sino a una elaboración de la ciencia jurídica denominada “personalidad jurídica”, atribuyéndole a este concepto un alcance que claramente la misma ciencia del derecho no le ha dado, con el objeto de forzar a esta categoría jurídica para generar efectos distintos a aquellos para los cuales fue diseñada. Nunca debemos olvidar que la personalidad jurídica no fue creada para el hombre, sino para las asociaciones humanas y para los patrimonios destinados a un fin altruista, a fin de que pudieran tener y mantener *relaciones jurídicas* con el hombre y con otras entidades abstractas, para lo cual se dotó a estas de personalidad. En la elaboración y evolución del derecho durante toda la historia humana,

<sup>26</sup> Considerando Septuagesimoquinto, párrafo quinto

<sup>27</sup> Considerando Septuagesimoséptimo, párrafo penúltimo.

<sup>28</sup> Considerando septuagesimoséptimo, último párrafo.

el hombre tenía derechos y obligaciones mucho antes de que surgiera la idea de la personalidad jurídica, la que nació fundamentalmente para otorgar a las ciudades la capacidad de adquirir derechos y obligaciones.

2.6. La fórmula usada por el Tribunal Constitucional para desbaratar la constancia dejada por el Congreso cuando se modificó el art. 1.º de la Constitución Política

#### 2.6.1. La constancia dejada por el Congreso

Con ocasión del debate en Sala de la reforma constitucional que pretendía establecer la igualdad jurídica entre hombres y mujeres y por la cual se sustituía en el inciso primero del artículo 1.º de la Constitución, la expresión “Los hombres” por “Las personas”, y agregaba, al final del párrafo primero del número 2.º del art. 19 de dicho texto, la oración “Hombres y mujeres son iguales ante la ley”, se aprobó dejar constancia por parte de los constituyentes que “el *nasciturus*, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende, es titular del derecho a la vida”<sup>29</sup>, cuestión que es muy relevante para demostrar su intención de que no se quería cambiar con esa modificación lo que la Constitución establecía, según el propio constituyente, respecto a que el *nasciturus* es un verdadero titular del derecho a la vida.

Para nosotros, resulta evidente que esta constancia que dejó el constituyente es de la mayor importancia al momento de determinar si nuestra Constitución Política reconoce el derecho a la vida de que es titular el individuo humano concebido y no nacido.

#### 2.6.2. La reacción del Tribunal Constitucional ante dicha constancia

El voto de mayoría de la sentencia del Tribunal Constitucional, pretendió restarle toda autoridad y efecto a esta *constancia* que dejó el Congreso, porque sostuvo

que ese alcance que hacía el constituyente “no era parte del texto constitucional”<sup>30</sup>; que podía “ser considerado un elemento de interpretación, siempre que no sea contrario a otros preceptos o al propio texto de la Constitución”<sup>31</sup>; “que no podía ser una ley interpretativa del propio texto que se está incorporando a la Constitución”<sup>32</sup>; que “estas leyes son expresas y tienen un quórum especial de aprobación (artículo 66)”<sup>33</sup>; que “la Constitución solo se puede interpretar oficialmente a través de este tipo de leyes. Pero requieren dos requisitos importantes. Un quórum especial (artículo 66) y deben ser objeto del control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional (artículo 93 N°1)”<sup>34</sup>; y que “dicha constancia no siguió ese procedimiento”; que “la constancia no buscó interpretar el artículo 1º que se modificaba, sino el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución”; que “buscaba entonces, fijar el sentido y alcance de otro precepto constitucional al que se modificaba (el artículo 1 inciso primero de la Constitución); y que “eso excede su ámbito”<sup>35</sup>; que “la Ley N° 19.611 tuvo dos modificaciones. Por una parte, reemplazar la expresión “los hombres”, por “las personas”. Por la otra, incorporar la igualdad entre hombres y mujeres. Esto último tiene particular relevancia en la controversia que se analiza, toda vez que la médula de la discusión es si la mujer es o no un sujeto de derecho suficiente para autorizar interrumpir el embarazo”; y que por ello —dice el fallo— “el alcance que se formuló en la Sala tergiversa ese propósito, pues limita su autonomía frente al *nasciturus*”<sup>36</sup>.

#### 2.6.3 El fracaso de los argumentos del Tribunal para desbaratar la constancia

Esta última declaración del voto de mayoría es extraña. ¿Cómo puede un Tribunal Constitucional, sin dejar de ser coherente, decirle al Congreso Nacional que las *constancias* que decide dejar establecidas dicha Magistratura en la discusión de una ley, tergiversan su propósito, cuando es el propio Congreso el que

<sup>29</sup> Véase considerando Septuagésimo, segundo del fallo.

<sup>30</sup> Considerando Septuagésimo Párrafo segundo.

<sup>31</sup> Considerando Septuagésimo Párrafo segundo.

<sup>32</sup> Considerando Septuagésimo. Párrafo tercero.

<sup>33</sup> Considerando Septuagésimo. Párrafo tercero.

<sup>34</sup> Considerando Septuagésimo. Párrafo tercero.

<sup>35</sup> Considerando Septuagésimo. Párrafo quinto.

<sup>36</sup> Considerando Septuagésimo. Párrafos sexto, séptimo y octavo.

aprobó dicha ley? Es como decirle a dicha Magistratura que tergiversa su propia voluntad. Por otro lado, debe decirse que tal tergiversación es inexistente. Lo que pretendía esa ley era procurar la igualdad entre hombres y mujeres y no se ve cómo tal *constancia* dejada por el Congreso pueda tergiversar ese propósito, cuando lo que se perseguía era solo dejar constancia del derecho a la vida que tenía el concebido y no nacido, dado que, al cambiarse la expresión “los hombres” por “las personas”, era evidente que podía pensarse que, como el concebido y no nacido no es persona, la modificación constitucional pretendía privarlo de un derecho que la constitución establecía y que podía dejar de considerarse establecido por ella, si no se dejaba esa *constancia*. Antes bien, y por el contrario, lo que pretendió hacerse con dicha *constancia* es precisamente no tergiversar la modificación constitucional, impidiéndose con tal *constancia* que se diga, como se dice ahora en la sentencia del Tribunal Constitucional, que, como los derechos solo los pueden tener las personas, el *nasciturus*, que no es persona, no puede tener derecho alguno, incluyendo el derecho a la vida. En realidad, lo que hace el voto de mayoría en este considerando es desbaratar la *constancia* dejada por el Congreso, acusándola de algo que, en rigor de verdad, la *constancia* no hace. Esto no es propio, ni está a la altura de un Tribunal Constitucional.

Pero para el voto de mayoría del Tribunal Constitucional, desbaratar la *constancia* dejada por el Congreso era esencial. Y lo era porque demostraba cuál era la verdadera intención del constituyente respecto al derecho a la vida del concebido y no nacido, porque esa es la regla que permite determinar el correcto sentido y el alcance de una norma jurídica, por mucho que se diga por algunos que la interpretación de la Carta Fundamental no se

hace conforme a las reglas de interpretación de la ley establecidas en el Código Civil.

Por eso el voto de mayoría se apresura a sostener que la sobredicha *constancia* que dejaba el constituyente, “no era parte del texto constitucional” y que “no podía ser una ley interpretativa del propio texto que se está incorporando a la Constitución”. Ambas cuestiones resultan evidentemente ciertas, solo que ninguna de ellas va destinada a contradecir que la constancia del Congreso demostraba cuál era la intención del constituyente respecto al derecho a la vida del *nasciturus*, cuestión que era la esencia misma de lo que debía sopesarse y considerarse por parte de dicho Tribunal. Este análisis evitó hacerlo conscientemente, porque recurrió al ya conocido expediente de construir o simplemente asumir ciertos argumentos que no son verdaderos, para después derribarlos con el objeto de sostener que esa *constancia* carece de valor, en circunstancias que su valor es que demostraba la intención del constituyente, cuestión imprescindible en materia de interpretación de toda norma jurídica.

Es cierto que el voto de mayoría señala en el considerando en comentario, que la *constancia* del Congreso podía “ser considerado un elemento de interpretación, siempre que no sea contrario a otros preceptos o al propio texto de la Constitución”, pero no desarrolla las razones o fundamentos de por qué esa *constancia*, o la interpretación que se extrae de ella, sería contraria a otros preceptos o al propio texto constitucional. Lo que hace, en su reemplazo, es acusar a la *constancia* de tergiversar el propósito de la ley que ella misma aprueba, tergiversación que se ha demostrado que es falsa.

## Conclusiones

De todo lo anterior, se debe deducir que, muy por el contrario a lo sostenido por el voto de mayoría del Tribunal Constitucional:

- a. El concebido y no nacido es un individuo de la especie humana.
- b. Cuando la Constitución alude a la persona para asegurarle el derecho a la vida, alude a su sustrato, que es el individuo humano, cualquiera que fuere su condición, incluyendo al cigoto, al embrión o al feto.
- c. Aunque se haya despenalizado el aborto en tres causales, el concebido y no nacido sigue gozando del derecho a la vida, del derecho a su integridad física y psíquica, a su intimidad genética, etc., todo lo cual la ley 21.030 no desconoce.
- d. Que solo por falta de disciplina y destreza en el manejo de los conceptos jurídicos, el voto de mayoría del Tribunal Constitucional le ha negado tal derecho a la vida, cosa que no era necesaria para despenalizar el aborto en tres causales. La constitucionalidad de la ley podría haberse fundado en la presencia de una colisión de derechos, porque la madre también ostenta la misma dignidad intrínseca de todo ser humano. Con ello, por lo menos, se mantiene la coherencia del orden jurídico, impidiendo la subversión de algunos conceptos elementales de la ciencia del derecho. Este fue el camino elegido por el Tribunal Constitucional alemán.
- e. Por tales razones, el concebido no es un “bien jurídico protegido”, como lo ha calificado el voto de mayoría, sino que es un ser humano individual, distinto a su madre, en formación, un ser digno, que es un fin en sí mismo, y sobre el cual gravita un destino.

## Referencias

- Alfonso X el Sabio (1807). *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio III: Partida Cuarta, Quinta, Sexta y Septima* (cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia). Madrid: Imprenta Real. Recuperado de [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/01fb8a30-82b2-11df-acc7-002185ce6064\\_6.htm](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/01fb8a30-82b2-11df-acc7-002185ce6064_6.htm) [Fecha de consulta 23 de octubre de 2018].
- Corral Talciani, H. (2005). El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida. *Revista Ius et Praxis*, 11(1), 37–53. Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122005000100003](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100003). dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100003 [Fecha de consulta 23 de octubre de 2018].
- Corral Talciani, H. (2018). *Curso de Derecho Civil: Parte General*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters.
- Domingo, Rafael: “El aborto y el Tribunal Constitucional alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 21 N° 2, pp. 273-281.
- Enneccerus, L. Kipp, T. & Wolff, M. (1948). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Bosch.
- Ferrara F. (1943). *Teoría de la persona jurídica*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Hernández Gil, A. (1959). En Pascual Quintana, J. M. *En torno al concepto de Derecho Civil* (Prólogo). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Kelsen H. (1965). *Teoría general del Estado*. México: Editora Nacional.
- Legaz Lacambra, L. (1943). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Editorial Bosch.

- Orgaz, A. (1946). *Personas individuales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Radbruch G. (1959). *Filosofía del derecho* (4ta.ed.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Recasens Siches, L. (1991). *Tratado general de filosofía del derecho* (10ª ed.). México: Editorial Porrúa S.A.
- Savigny, F. C. (1872). *Sistemas de Derecho Romano Actual*. Madrid: F. Góngora.
- Stammler R. (2008). *Tratado de Filosofía del Derecho*. Madrid. Editorial Reus S. A.

Código Civil de la República Argentina de 1871

Código Civil Español.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso denominado Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, de 2012. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf) [fecha consulta, 3 de septiembre de 2018).

Tribunal Constitucional de Alemania. BverfGE 88, 203. Sentencia de 28 de mayo de 1993.

Tribunal Constitucional Portugal. Sentencia N° 75/2010, 11.4.8.

Corte Constitucional, República Eslovaca, PL. ÚS 12/01. Sentencia de 4 de diciembre de 2007.

**María Sara  
Rodríguez  
Pinto**

Universidad de  
los Andes, Chile  
msrodriguez@uandes.cl

## **Partidas adicionales como obra extraordinaria en un contrato de valor fijo**

**Comentario a la sentencia de la Corte  
Suprema (Tercera Sala), de 7 de junio de 2017<sup>1</sup>**

## **Overtime construction-works in a lump-sum price contract**

**Commentary on a sentence in the Supreme  
Court (Third Room), on June 7, 2017**

**Resumen:** Las obras o partidas adicionales, no valorizadas en la propuesta aceptada de un proceso de licitación público, no están incluidas en un contrato de precio a valor fijo. Un contrato a valor fijo no incluye partidas que licitante y proponente (la constructora) consideran obras extraordinarias. La constructora no está obligada por el contrato a ejecutar dichas obras. Su negativa a efectuarlas no es constitutiva de incumplimiento contractual. El demandado es condenado a pagar por los trabajos efectivamente ejecutados, y a restituir garantías indebidamente cobradas al demandante. El demandado tiene interés en el contrato como dueño de los terrenos y de la obra. Los pagos efectuados al contratista cumplen dos objetivos. El pagar por la construcción, como dueño de ella. El anticipar el subsidio habitacionales a sus beneficiarios finales.

**Palabras clave:** contrato de construcción; contrato de valor fijo; suma alzada; precio único; partidas adicionales del presupuesto; obras extraordinarias; obras adicionales; subsidio habitacional.

**Abstract:** Construction-works that are not estimated or valued in the accepted offer of a public tendering process are not included in a lump-sum contract price, and constitute extra works. A lump-sum price construction contract does not include works that both the tenderer and the successful bidder (the contractor) consider to be extra. The contractor is not obliged by the contract to execute those extra works. The contractor's denial to execute the works is not a breach of contract. The Defendant is sentenced to pay for the works effectively executed under the contract, and to retribute to the Plaintiff payment guarantees, even if a legislative mandate considers the tenderer is not a formal party to the contract. The author argues the tenderer is the owner of the land and the works, and that payments to the contractor comply with two purposes. The first is paying for the building, as the owner has to. The second is anticipating public housing subsidies to its final beneficiaries.

**Keywords:** construction contract; lump-sum price contract; additional items of a bill of quantities; extra works; additional works; housing subsidy.

<sup>1</sup> *Obras Especiales Navarra Agencia en Chile con Servicio de Vivienda y Urbanización Región del Bío Bío*. Sentencia de la Corte Suprema (Tercera Sala), Santiago, 7 de junio de 2017, Rol 52.960-1017 (recursos de casación en el fondo y en la forma rechazados). En adelante, *Obras Especiales con Serviu (2017)*. Este trabajo es un producto del Proyecto Fondecyt (Reg. 2015) N° 1150634.

## 1. Antecedentes del caso

*Obras Especiales con Serviu (2017)* es un juicio ordinario de cumplimiento de dos contratos de construcción, con indemnización de perjuicios. En subsidio, el demandante pide resolución de los contratos, con indemnización de perjuicios (ambas pretensiones, según lo dispuesto en el artículo 1489 CCch). En subsidio, indemnización de perjuicios según el artículo 1999 CCch. En subsidio, restitución de sumas por causa de enriquecimiento injusto. En subsidio, indemnización de perjuicios conforme a los artículos 2314 y siguientes CCch. En este complejo petitorio, el Serviu es demandado para que se lo condene, conjunta o separadamente, con las dos organizaciones de beneficiarios del subsidio habitacional (comités de vivienda) y una EGIS, que son parte en los dos contratos por los que se formaliza la adjudicación de los proyectos<sup>2</sup>.

### 1.1. Los hechos

La demandante es adjudicataria de la licitación de dos proyectos de construcción, por contratos de valor fijo (suma alzada o precio único), financiados por el Serviu a través del D.S. N° 174, de 2006, Fondo Solidario de Vivienda. De conformidad a esta normativa, los proyectos se formalizan mediante la suscripción de dos contratos. Uno, para el proyecto Mirador del Bío Bío Etapa I, con el Comité de Vivienda Bicentenario y la EGIS Servicios Financieros e Inmobiliarios Limitada. Otro, para el proyecto Mirador del Bío Bío Etapa II, con el Comité de Vivienda Santa Teresita y la EGIS Servicios Financieros e Inmobiliarios Limitada.

Los contratos se celebran con relación a presupuestos validados por el Serviu, por separado, de conformidad a la propuesta presentada por la demandante. En ellos no se valorizan obras que la licitación considera *partidas adicionales*, que son aislación térmica exterior, obras de pavimentación y de evacuación de aguas lluvia, necesarias para la recepción definitiva de los edificios. Tampoco se

valoriza la modificación estructural de una sede social. Por tanto, estos trabajos quedan fuera del alcance del proyecto.

Los hechos que motivan el juicio son los siguientes. El 19 de agosto de 2013 la EGIS notifica a la demandante, por carta certificada, la terminación anticipada y unilateral de los contratos por el incumplimiento de obligaciones contractuales al negarse a ejecutar las mencionadas *partidas adicionales*. El 30 de agosto de 2013 se notifica a la demandante la aplicación de multas por retraso en la entrega de las viviendas piloto, por 14.622,917 U.F. El mismo día, el Serviu cobra dos boletas bancarias de garantía de la correcta inversión y devolución del anticipo, entregadas por la demandante, por 35.788 U.F. La demandante alega no estar obligada a realizar los trabajos a cuya ejecución se niega, por haberse excluido su valoración del precio del contrato. Esta situación se intenta solucionar con el Serviu en la fase de aclaraciones, y desde el inicio de las obras, a través del otorgamiento de mayor presupuesto, lo que habría resultado en el financiamiento de los trabajos como *obras extraordinarias*. Queda demostrado en el juicio que no existieron “los incumplimientos que se atribuyeron a [la demandante] para proceder al término anticipado [del contrato] toda vez que las obras que se negó a realizar tenían el carácter de *obras adicionales*, existiendo además un monto ejecutado que no fue debidamente solventado” (Considerando Vigésimo Primero y voto concurrente de la ministra Egnem). La demandante no consigue demostrar que los retrasos en la entrega de las viviendas piloto, que le atribuyen la ITO y la EGIS, obedecen a causas que no le son imputables.

El Tercer Juzgado Civil de Concepción rechaza la demanda en cuanto pide el cumplimiento forzado de los contratos. A juicio del sentenciador, estos deben tenerse por terminados por haberse ejercitado una facultad de

<sup>2</sup> Los comités de vivienda son organizaciones funcionales constituidas por personas interesadas en postular colectivamente al subsidio habitacional del D.S. N° 174, de 2005, Fondo Solidario de Vivienda, que cuentan con personalidad jurídica de acuerdo a la ley N° 19.418, de 1995, sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias (texto refundido y sistematizado en el D.S. N° 58 [Interior], de 1 de abril de 2014). Las EGIS (Entidades de Gestión Inmobiliaria Social) son personas jurídicas, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que prestan los servicios de asistencia técnica y social para el programa Fondo Solidario de Vivienda, del D.S. N° 174 (Vivienda), de 2005, según reglamentación del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (Resolución N° 533, de 29 de diciembre de 2009).

terminación unilateral reconocida en los contratos (cláusula décimo octava); y no se puede pedir el cumplimiento de un contrato “extinguido con anterioridad a la presentación de la demanda”.

En subsidio, el juez de primera instancia acoge parcialmente la demanda en cuanto pide indemnización de perjuicios por incumplimientos contractuales imputables al Serviu (ex artículo 1489 CCch). En consideración a estos incumplimientos es que se condena al Serviu a una suma por obras efectivamente ejecutadas y no pagadas, a otra por *obras adicionales* efectuadas no pagadas. Adicionalmente, se condena al Serviu a restituir las boletas bancarias de garantía, cuyo cobro se considera indebido. La demanda se rechaza en cuanto pide restitución de multas cobradas por retrasos, cuya inimputabilidad al demandante se considera insuficientemente probada en el juicio. En consecuencia, se ordena deducir de la condena las multas hechas valer contra la demandante.

La Corte de Apelaciones de Concepción confirma. Al hacerlo declara que la judicatura está facultada para acoger pretensiones de indemnización de perjuicios ex artículo 1489 CCch, aun desestimando el cumplimiento forzado del contrato. Que el Serviu posee la calidad de deudor “en lo relativo al pago del precio”, aunque “formalmente no figura en los contratos celebrados”. Que así “fluye de lo normado en el [D.S.] N° 174, del año 2005, del [Minvu] cuyo Título XIII, relativo al pago del subsidio y de los anticipos, que regula los deberes que dicha entidad tiene en relación con el contratista en torno a esta materia”. El tribunal de alzada también declara que el “Serviu estaba obligado a pagar el precio del contrato”; y que “también tenía el derecho de hacer efectivas las multas que se cursen o impongan al contratista, tal y como se establece en la cláusula décimo cuarta de los contratos en los cuales se funda la acción” (Considerando Decimoséptimo).

La Corte Suprema rechaza los recursos de casación en el fondo y en la forma interpuestos contra esta sentencia.

1.2. La demandante no está obligada a ejecutar obras adicionales

La *ratio* que parece decidir el juicio a favor de la demandante es el incumplimiento del Serviu, único

condenado en el juicio, de su obligación contractual de pagar *obras adicionales*, reconocidas por él y necesarias para la recepción definitiva del proyecto en un contrato de valor fijo. El incumplimiento de su obligación de pagar obras ejecutadas por la demandante, junto a la obligación de restituir las boletas bancarias de garantía, emitidas a nombre de él e indebidamente cobradas, por un hecho que no es imputable a incumplimiento del demandante lo pone en la posición de indemnizar los perjuicios. Es decir, el valor fijo del contrato no considera las obras adicionales, a cuya ejecución se niega la demandante. Estas requieren financiamiento extraordinario que la demandante no está obligada a soportar. La negativa a ejecutar obras adicionales no constituye un incumplimiento que le sea imputable. La negativa a pagarlas, en lo efectivamente ejecutadas, sí es un incumplimiento contractual imputable al Serviu. También lo es el impago de otros trabajos, y el cobro de las boletas bancarias en una etapa en que el proyecto se encuentra ejecutado en un 90%, y la envergadura del avance es suficiente garantía de devolución del anticipo.

Lo propuesto anteriormente corresponde con la pregunta que los tribunales consideran que es lo decisivo. Según se consigna en la sentencia, la cuestión de fondo consiste en determinar “si correspondía a la empresa demandante ejecutar a su costa las obras necesarias para dar cumplimiento al contrato de construcción, toda vez que la empresa constructora expresó que dichas obras no fueron contempladas en el proyecto original ni en el presupuesto validado por el Serviu, por lo que se trataba de obras adicionales que requerían un financiamiento extraordinario” (Considerando Decimoséptimo). La respuesta es que la constructora no está obligada a financiar obras adicionales a su propia costa. Por tanto, nada dejaba de cumplir al negarse a realizar dichos trabajos sin la correspondiente contraprestación.

Se estima acreditado en el juicio el hecho de que todas las partes involucradas (Serviu, ITO y demandante) conocían y entendían que la ejecución de obras se licitó solo con los proyectos de arquitectura; y que era necesario “aprobar el financiamiento [de las partidas adicionales] que [permitiría] obtener las recepciones definitivas ante organismos competentes” (Considerando Decimoséptimo).

Los jueces del fondo concluyen que se encuentra plenamente acreditado que durante toda la ejecución del proyecto se consideraron por la empresa constructora, ITO y el Serviu como *obras adicionales* las partidas [cuyo incumplimiento se imputa a la demandante,] por lo que la conducta asumida por el Serviu de argüir la existencia de un contrato de valor fijo, obviando las aclaraciones y modificaciones introducidas y de las cuales tomó conocimiento y no desconoció sino hasta cuando el proyecto llevaba un estado de avance por sobre el 90% constituye una falta de lealtad con su contraparte al hacerlo asumir obligaciones que no le corresponden so pretexto de no recibirle la obra (Considerando Decimoséptimo).

La justicia se inclina por estimar la pretensión indemnizatoria del demandante por incumplimiento de obligaciones emanadas del contrato, aunque la condena se haga en forma separada e independiente de la petición principal de cumplimiento (ex artículo 1489 CCch). Se considera que tampoco procede que los contratos sean declarados resueltos por incumplimiento, pues se encuentran ya terminados por facultad de parte (en ejercicio de la cláusula Vigésimo Octava de los contratos) al momento de la notificación de la demanda (Considerando Vigésimoséptimo). Se rechaza la demanda en cuanto se dirige contra los dos comités de vivienda y la EGIS por falta de enunciación precisa y clara de las peticiones que se dirigen contra ellos.

### 1.3. Responsabilidad contractual del Serviu (*dictum*)

La sentencia condena al Serviu a responder por infracción de sus obligaciones emanadas del contrato, según los artículos 1489 y 1545 CCch. Esta es una de las materias controvertidas en esta causa pues, conforme a la ley, el Serviu no es parte en los contratos de construcción materia de la *litis*. Conforme a la normativa especial que rige la licitación (D.S. N° 174, de 2005), el Serviu está obligado a pagar la ejecución física de los trabajos con “anticipos a cuenta del subsidio” (artículos 53 y 54 D.S. N° 174, de 2005).

Es decir, el Serviu licita y adjudica los proyectos, y paga a la constructora por medio de “anticipos a cuenta del subsidio” de los beneficiarios del mismo, que sí

son parte en el contrato. Por su parte, la constructora está obligada a emitir boletas bancarias a nombre de la entidad pagadora, el Serviu, para garantía de la correcta ejecución de las obras y adecuada inversión del anticipo (20% del valor del contrato). A pesar de no suscribir formalmente los contratos de ejecución de obra, el Serviu “contrae una serie de obligaciones que derivan de estos actos jurídicos de origen contractual, que finalmente redundan en una obligación sui generis prevista en la ley para quien no fue parte de aquellas convenciones” (*ibidem*). Esta obligación es de fuente contractual.

También emana del contrato la obligación de pagar obras adicionales, es decir, como considera la sentencia, obras

no contempladas en el proyecto habitacional respectivo, cuestión que origina la obligación de pagar tales obras y además de devolver las sumas indebidamente cobradas[,] en relación al cobro de las boletas de garantía de fiel cumplimiento y de adecuada inversión de los anticipos (Considerando Vigésimo Tercero).

Sobre este punto, el fallo ofrece una opinión concurrente firmada por la ministra señora Rosa Egnem. En ella se considera que la legitimación pasiva y obligación del Serviu de pagar “los anticipos con cargo a los subsidios habitacionales de los comités que suscribieron el contrato respectivo, así como las facultades que se le otorgan en relación al cumplimiento de las obligaciones contractuales, tiene un origen legal y no contractual”. Por tanto, no procedería acoger las pretensiones del demandante en función de la responsabilidad contractual (artículo 1489 CCch). La obligación del Serviu no emana de “convención alguna ni de la voluntad de obligarse por parte del Serviu VIII Región, sino de los efectos que la ley ha previsto”. La responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales es extracontractual. Sin embargo, como correctamente considera el mismo voto, esto no influye en lo dispositivo de la sentencia impugnada. De acogerse el recurso por esta causa, la sentencia de reemplazo tendría que haber condenado al Serviu a las mismas partidas indemnizatorias por causa de infracción de ley.

## 2. Comentario de la sentencia

Este comentario aborda dos de las cuestiones problemáticas de este caso. En primer lugar, la cuestión de fondo: si el contratista debe asumir por su cuenta *obras adicionales* no financiadas en el precio fijo por el que se adjudicó el contrato, que son necesarias para obtener la recepción definitiva de los proyectos. Es decir, las obras adicionales ¿están cubiertas por un precio único prefijado o no? La otra cuestión es la calidad que tiene el Serviu en los contratos que dan origen al juicio. Dicho organismo no es parte formal en ellos. Sin embargo, es condenado en el juicio a indemnizar perjuicios a la demandante por incumplimiento de obligaciones que derivan de los contratos y que se estiman imputables a él. ¿Qué función tiene el Serviu en los contratos para la construcción de proyectos acogidos al subsidio habitacional?

### 2.1. Obras adicionales no financiadas en el valor fijo del contrato

En el contrato de construcción, los cambios o variaciones son agregaciones o modificaciones al plan primitivo de la obra (ex artículo 2003 CCch). Lo que el Código Civil denomina plan primitivo consiste, en las construcciones licitadas por el Serviu, en el proyecto habitacional adjudicado. Estos cambios son menores si no afectan el precio ni el plazo de ejecución de los trabajos. Si las variaciones requieren financiamiento adicional, en términos de precio y plazo, se reconoce que es normalmente el dueño quien autoriza los cambios (Kelleher, Mastin, & Robey, 2015, p. 300). El sistema de obras públicas considera estas variaciones como *obras extraordinarias*. Solo la autoridad puede autorizar obras extraordinarias y convenir con el contratista la compensación económica correspondiente a ellas (Molina, 2016, pp. 151-155).

El carácter de obra nueva de estos trabajos aparece reflejado en la forma como la ley define las *obras extraordinarias*: “obras que se incorporan o agregan al proyecto, cuyas características son diferentes a las especificadas o a las contenidas en los antecedentes que sirven de base al contrato” (artículo 2.o). La normativa deja en claro que las obras extraordinarias se pagan

por separado (artículo 4.o, numeral 4, D.S. N° 236, de 2003). Es decir, no están incluidas en la suma alzada de un contrato.

En *Obras Especiales con Serviu (2017)* se trata de una licitación que considera una lista de *partidas adicionales* por las que el proponente no realiza oferta, situación prevista en la normativa aplicable a la licitación: “el oferente podrá voluntariamente considerar en su oferta la ejecución de dichas partidas” (artículo 5.o D.S. N° 236, de 2003). El proponente se adjudica la licitación en las condiciones de su propuesta, conocidas por el Serviu.

Para la completa ejecución de los trabajos, desde el inicio de la fase de ejecución de los contratos, la constructora propone la valorización de estas *partidas u obras adicionales* como *obras extraordinarias*; es decir, pide que se autorice una modificación al proyecto y financiamiento específico para su ejecución. La modificación no llega a concretarse y la demandante se niega a ejecutar trabajos no comprendidos en el alcance del contrato.

Se demuestra en el juicio que el Serviu conocía el hecho de que estos trabajos requerían financiamiento extraordinario; y que no puede negar “las aclaraciones y modificaciones introducidas y de las cuales tomo conocimiento y no desconocí sino hasta cuando el proyecto llevaba un estado de avance por sobre el 90%” (Considerando Decimoséptimo).

La responsabilidad contractual del Serviu procede, como considera la Corte Suprema, por haber desconocido la existencia de obras adicionales no contempladas en el proyecto habitacional respectivo, cuestión que origina la obligación de pagar tales obras y además de devolver las sumas indebidamente cobradas en relación al cobro de las boletas de garantía de fiel cumplimiento y adecuada inversión de los anticipos (Considerando Vigésimo Tercero).

La decisión de la justicia en este caso se fundamenta en que las mencionadas *obras o partidas adicionales* no fueron valorizadas en los presupuestos del contrato. No quedaron incluidas en la oferta económica aceptada por la autoridad que adjudicó los contratos, acto por el quedó fijo el precio único del contrato. Las obras adicionales no incluidas en un contrato de favor fijo tampoco quedan financiadas; y solo pueden ejecutarse si se autorizan como *obras extraordinarias*. El precio único o valor fijo de un contrato no incluye trabajos no previstos en las partidas presupuestarias valoradas en la propuesta del oferente. Estos trabajos exigen cambios al proyecto y financiamiento extraordinario.

## 2.2. El Serviu es dueño del terreno y dueño de la obra

Se ha destacado recientemente (Caprile, 2017), que según el D.S. N° 174, de 2006, en un caso como el que motiva el fallo, el Serviu ostenta la propiedad de los terrenos en que se ejecuta la obra, le corresponde la asignación y transferencia de las viviendas a los beneficiarios del subsidio, concentra el control técnico de los proyectos habitacionales, de la ejecución de los contratos y, por tanto, de todas las obras; tiene el control económico y financiero del proyecto y de los contratos (paga el anticipo, aprueba y paga los estados de pago cursados por la constructora); es beneficiario de todas las garantías contractuales. A esto es posible agregar que corresponde al Serviu, como dueño, autorizar la ejecución de trabajos como obra extraordinaria. Por otra parte, se ha destacado que la garantía de calidad de las viviendas acogidas al subsidio habitacional, por fallas o defectos constructivos, recae sobre el Serviu por falta de servicio (artículo 42, ley N° 18.575, de 1986<sup>3</sup>).

En un sentido diverso al que defiende Caprile (Caprile, 2017), todas estas macizas atribuciones legales y disposiciones complementarias del derecho privado, nos parece que justifican la sentencia de la Corte Suprema cuando defiende que la responsabilidad del Serviu frente a la constructora es contractual (Considerando Vigésimo Tercero). Esto se comprueba por dos argumentos que complementan los que fundamentan el fallo.

El primero es que el Serviu es dueño de los terrenos y se hace dueño de lo que se edifica o construye en ellos, según el principio *superficies solo cedit* (lo superpuesto accede al suelo) (artículos 668 y 669 CCch) (Soza, 2011). El Serviu es contraparte del contratista como dueño. Es decir, actúa por cuenta propia, pues se construye en terrenos suyos y lo edificado es suyo. Ahora bien, el contrato de construcción en que el mandante aporta el terreno es siempre un arrendamiento de obra, aunque el contratista aporte todos los materiales (San Martín, 2016). La figura de una parte que aporta el terreno, se hace dueña de lo edificado en él y paga el precio al que se encarga de la construcción, es un contrato de construcción. Se explican, entonces, las prerrogativas del Serviu en la licitación y adjudicación del proyecto, en la dirección de la obra, en la aprobación de los estados de pago y en el pago efectivo a la constructora.

Los pagos conectan lo anterior con el otro argumento. ¿Por qué la ley trata el pago como “anticipo a cuenta del subsidio”? Aparecen, a nuestro juicio, dos funciones que deben reconocerse a una misma prestación. Una función es la de satisfacer el precio de la construcción de un edificio, hecho en terrenos propios. En esta función, la obligación del Serviu se cumple por cuenta propia. El dueño del suelo se hace dueño de lo que en él se edifica o construye, sin perjuicio de las contraprestaciones debidas al constructor (ex artículos 668 y 669 CCch). Estas contraprestaciones están reguladas y medidas, en este caso, por contratos de construcción de proyectos habitacionales, licitados y adjudicados por el dueño. Por tanto, los pagos a la constructora tienen por fuente el contrato, y la responsabilidad consiguiente es verdaderamente contractual.

Otra función de los mismos pagos es la de anticipar el pago del subsidio a los beneficiarios (artículos 53 y 54 D.S. N° 174, de 2006). Esta es una modalidad de pago de un subsidio fiscal, que tiene por fuente la ley. En lo que se refiere al pago del subsidio, la obligación del Serviu tiene por fuente la ley. La doble función de estos pagos cumple la finalidad de garantía de que los recursos

<sup>3</sup> Ley N° 18.575, de 1986, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración. Diario Oficial de 5 de diciembre de 1986. Esta doctrina está reconocida por la jurisprudencia. Por todos, Corte Suprema, 4 de marzo de 2015, Rol 2024-2014, Laura Bustos y otros con Servicio de la Vivienda y Urbanismo de la Región del Bío Bío.

fiscales sean empleados efectivamente en la edificación de viviendas. Una vez recibida definitivamente la obra, el Serviu debe transferir las viviendas a los beneficiarios del subsidio, a título de compraventa (artículo 55 D.S. N° 174, 2006). “El Serviu pagará el subsidio cuando las viviendas se encuentren recepcionadas e inscritas en el respectivo Conservador de Bienes Raíces a nombre de cada uno de los beneficiarios” (artículo 55, inciso 1.º D.S. N° 174, 2006). Es claro que el subsidio del Estado, ya invertido en las viviendas como “anticipo a cuenta del

subsidio”, se tiene por precio pagado en los contratos de compraventa por los que los beneficiarios adquieren definitivamente sus viviendas.

Queda por reiterar que, después de transferidas las viviendas a los beneficiarios del subsidio, el Serviu garantiza la calidad de la vivienda, como propietario primer vendedor, pero por falta de servicio (artículo 42, ley N° 18.575, de 1986). ¿Cómo podría negarse la calidad de parte del Serviu en el caso que motiva este juicio?

## Conclusiones

Los dos problemas más importantes del juicio fueron resueltos, a juicio de este comentario, acertadamente por la justicia. El primero era si la demandante estaba o no obligada por un contrato de valor fijo a ejecutar *partidas adicionales* no valorizadas ni autorizadas como *obras extraordinarias*. La respuesta es que la demandante no podía ser obligada a ejecutar a su propia costa unos trabajos que no fueron previstos en la determinación del valor fijo del contrato. El precio único o valor fijo considera e incluye las variaciones de precios en partidas presupuestadas; pero no trabajos que no fueron valorizados en los presupuestos de los contratos.

El segundo problema era la legitimación pasiva del Serviu en el juicio por el que la constructora pretendía hacer valer su responsabilidad por incumplimiento de

contrato. El asunto se decide considerando al Serviu como parte en los contratos de construcción, que dieron motivo al juicio. La calidad de parte en dichos contratos deriva de las obligaciones que asume, exige y cumple durante todo el período de ejecución del contrato, especialmente la de pagar el precio. En este comentario se agrega que el Serviu es, además, dueño de los terrenos y dueño del edificio. Los pagos que efectúa cumplen la función de satisfacer la obligación del dueño en el contrato de construcción. Adicionalmente, como destaca la normativa aplicable, esos pagos también son anticipos del subsidio habitacional que reciben los beneficiarios; y se imputan al precio de las viviendas en la compraventa por la que se transfieren las unidades habitacionales a los asignatarios del subsidio.

## Referencias

- Caprile, B. (2017). *El régimen de responsabilidad del SERVIU frente a la empresa constructora de viviendas sociales. ¿Responsabilidad contractual sin contrato?* Santiago.
- Kelleher, T. J., Mastin, J. M., & Robey, R. G. (Eds.). (2015). *Smith, Currie & Hancock's Common Sense Construction Law* (5th ed.). Hoboken, New Jersey, United States: John Wiley & Sons, Inc.
- Molina, C. &. (2016). *Derecho de la construcción*. Santiago: O'Print Impresores.
- Obras Especiales Navarra Agencia en Chile con Serviu Octava Región del Bío Bío, Rol 52960-2016 (Corte Suprema 7 de Junio de 2017).
- San Martín, L. (2016). Contrato para la confección de obra material. Naturaleza jurídica y otros problemas dogmáticos. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 145-179.
- Soza, M. d. (2011). La edificación y la adquisición del dominio del edificio. En H. Corral, *Estudios de Derecho Civil. Tomo I* (pp. 613-627). Santiago: Legal Publishing Chile.

## Gonzalo García Palominos

Universidad de los  
Andes, Chile

ggarcia@uandes.cl\*

### Sobre la despenalización del aborto en tres causales y la paradoja constitucional: Comentario sentencia Tribunal Constitucional rol n° 3729 (3751)-17-cpt

### About the decriminalization of abortion for three causes and the constitutional paradox: commentary regarding the Constitutional Court's sentence rol n°3729 (3751)-17-cpt

**Resumen:** El presente comentario tiene por objeto el análisis esencialmente del voto de mayoría de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley de aborto en tres causales y pretende reconstruir la argumentación esgrimida por dicho tribunal, para luego ofrecer un análisis crítico al mismo. En su parte final, desarrolla un análisis de los efectos jurídicos que, para dicho proyecto, significa que no se haya derogado el precedente de dicho tribunal relativo a la personalidad jurídico-constitucional del no nacido.

**Palabras clave:** Aborto; legalización; despenalización; Tribunal Constitucional; inexigibilidad, deberes negativos.

**Abstract:** This report has the essential aim of analyzing the majority vote of the Constitutional Court's sentence about the project of abortion for three causes. The voting did note repeal the court's precedent regarding the legal-constitutional personality of the still-to-be-born child. Thus, this paper seeks to reconstruct the court's argument, as well as present the legal effects that the revocation has on the application of the new law.

**Keywords:** Abortion; legalization; decriminalization; constitutional Court, unenforceability, negative duties.

\* Agradezco especialmente a los estudiantes y ayudantes de la cátedra de Derecho Penal en la Universidad de los Andes (Chile), Sofía Léniz y Mauricio Kaplan, por la revisión y corrección de este trabajo.

## 1. Contexto general

a. Finalmente, y sin perjuicio de los discursos políticos que tiñeron la discusión sobre el aborto con la idea de la mera “despenalización”, el verdadero debate jurídico sobre la interrupción del embarazo giró directa y esencialmente en torno al estatuto jurídico constitucional del no nacido y al límite del deber extrapenal de la mujer de mantener el embarazo. Adicionalmente, y de manera relevante, se desarrolló un intenso debate en torno al sistema de protección de derechos humanos, su estructura normativa, sus fuentes y límites.

Un debate jurídico que se cristalizó en una compleja sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de agosto de 2017 (Rol N° 3729 (3751)-17-CPT) que es objeto de este comentario. Más específicamente, es objetivo de este comentario el análisis esencialmente del voto de mayoría —que incluye una prevención— de la sentencia del Tribunal Constitucional y pretende reconstruir la argumentación esgrimida por dicho tribunal y luego ofrecer un análisis crítico al mismo.

En este comentario se acentuará el análisis de los límites sustantivos que significa, para la Ley N° 21.031 de 2017 sobre la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, la no derogación del precedente de dicho tribunal relativo a la titularidad de derechos humanos —estatuto de persona— del no nacido. Asimismo, se intentará adentrar en la reconstrucción del argumento centrado únicamente en la “inexigibilidad” de los deberes de la madre en dichos casos.

b. La discusión de mayorías de relevancia política en el Congreso —más allá de los discursos y propuestas de grupos de presión—, se centraron esencialmente en dos polos de discusión en torno al proyecto de ley. El

primero, relativo al estatuto jurídico del no nacido y, el segundo, en torno al alcance de los deberes que aquello implica para el Estado y los deberes de la mujer en virtud del mismo mandato constitucional de protección. Las posiciones políticas que se vieron enfrentadas coinciden, en gran parte, con las tesis jurídicas que luego se vieron enfrentadas en el Tribunal Constitucional. Esto es: por una parte, quienes sostenían que el estatuto de persona dependía de una decisión meramente convencional, para recalcar que no dependía de la naturaleza humana o su adscripción a una especie en particular, sino de las concesiones recíprocas de los hombres en una determinada sociedad<sup>1</sup>. Aquello supone una absoluta libertad de negociación por parte de quienes ejercen el poder temporal para definir estatutos diferenciados entre los seres humanos, lo que estaría cristalizado en la Constitución Política. Para esta opción la interrupción del embarazo podía ser consecuencia de 1) reconocer una priorización de intereses relevantes de la mujer embarazada por sobre la vida de su hijo, en tanto este último, por no ser un sujeto de derechos humanos, estaría sujeto a ponderaciones o 2) independiente del estatuto del no nacido, lo claro es que los deberes de la madre durante el embarazo no pueden ser entendidos como absolutos o ilimitados, y deberían ceder frente a ciertas hipótesis en que su mantención podría ser exagerada, desproporcionada o supererogatoria<sup>2</sup>. Probablemente esta última versión, junto con la idea de tratarse de una mera despenalización o un espacio libre de la valoración estatal que radica en la madre, la decisión de seguir o no con su embarazo, fue la que concitó mayor apoyo político entre los parlamentarios ya que, si bien posibilitaba la aprobación del proyecto del gobierno en su esencialidad, no suponía un cambio de estatuto constitucional del no nacido<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Véase más en profundidad Mañalich (2014, p. 315).

<sup>2</sup> Véanse intervenciones de Peña, Carlos; Squella, Agustín; Bascuñán, Antonio, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en tres causales. Recuperado de <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18444&prmTIPO=INFORMEPLY> [Fecha de consulta 21 de marzo de 2018].

<sup>3</sup> Ejemplo de acuerdo político es el Acuerdo del Consejo Nacional del Partido Demócrata Cristiano de Chile del 27 de Julio de 2015 sobre el proyecto de aborto: “PRIMERO: Reafirmar como uno de los principios fundantes de nuestro partido, la convicción sobre el valor

La otra posición relevante en disputa valoraba el sistema de los derechos humanos como un sistema construido sobre la base de un contenido mínimo sustraído de las posibles arbitrariedades de las autoridades del poder temporal, esto es, reconociendo un valor moral/jurídico o dignidad a todos los individuos de la especie humana por sus cualidades que le son esenciales, sustanciales o “intrínsecas”, mismas que sirven de fuente y fundamento de los derechos humanos. Aquella opción del constitucionalismo moderno implica una decisión radical: la concepción de los derechos humanos es “inclusiva” y está construida como una forma de evitar distinciones arbitrarias. Lo anterior se recoge, tanto en textos jurídicos como en discursos políticos, en frases como “los derechos humanos son inherentes a la naturaleza humana”, y abarca como titulares a todos “cualquiera sea su edad, estirpe, edad o condición”, etc.<sup>4</sup>. No se trataba en todas sus manifestaciones políticas —como lo señalan ciertos académicos<sup>5</sup>— de la defensa de una tesis especieísta,<sup>6</sup> sino de una que reconocía ciertas cualidades esenciales como la capacidad natural o radical para el pensamiento conceptual y la libre elección, cualidades que se

encuentran ya presentes desde la concepción y, en todo caso también, en los enfermos mentales y terminales<sup>7</sup>. Esta posición, que parte de la base de que el no nacido es digno (le asigna valor moral y jurídico-constitucional) y no puede ser instrumentalizado, defendió la tesis que la prohibición de la occisión directa en su contra es absoluta, solo matizada por la autorización al médico y a la madre para desarrollar conductas tendientes a salvar la vida de esta aunque, como efecto no querido, se pudiera traducir en la muerte indirecta de la criatura. Las demás hipótesis, se sostenía, podrían ser entendidas como causas de exculpación<sup>8</sup>, por tratarse de situaciones excepcionales que pueden afectar la capacidad de la madre de seguimiento del derecho en el caso particular, que impediría reprochar penalmente la conducta, pero que en ningún caso podría materializarse en una autorización de occisión directa. La autorización directa de la muerte, por el contrario, no solo sería una especie de instrumentalización y desconocimiento de la dignidad humana (valor moral/jurídico), sino adicionalmente un incumplimiento al mandato constitucional de protección<sup>9</sup>.

---

inalienable de todos los miembros de nuestra especie. Este valor, conocido como dignidad humana, es inviolable y se entiende como el valor intrínseco de todos los seres humanos atendido las cualidades esenciales del mismo y no de sus características accidentales, tales como el estado de desarrollo, capacidad cognitiva, estado de salud, capacidad de dolor, raza, etc. siendo compartido por todos y todas sin distinción alguna. El reconocimiento de dicha cualidad común nos obliga a procurar que todos los individuos de la especie humana reciban el correspondiente respeto y se garantice la titularidad de sus derechos, el primero de los cuales, y sin el cual no puede existir ningún otro, es el derecho a la vida”. Aprobado en Consejo Nacional de 27/07/2015; Directiva Nacional PDC - Presidente: Jorge Pizarro; Vicepresidentes: Carolina Goic - Yasna Provoste - Sergio Espejo - Matías Walker - Soledad Lucero - Gustavo Paulsen - Enzo Pistacchio - Gonzalo Duarte.

<sup>4</sup> Véase la exposición de Londoño, Fernando, en: Informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales. Boletín n° 9.895-11. [https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/6701/#h2\\_2\\_8](https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/6701/#h2_2_8) [Fecha de consulta 21 de marzo de 2018].

<sup>5</sup> Por ejemplo, Mañalich (2014, p. 315).

<sup>6</sup> Sin perjuicio de lo anterior, una tesis biológica-valorativa es defendida en Chile por Magdalena Ossandón (2015, p. 149). En esta tesis —siguiendo a Spaemann— la autora sostiene que la pertenencia a la especie *homo sapiens* es suficiente para convertirse en miembro de la sociedad, y no la adquisición de ciertas características, ya que aquello supondría que nadie está capacitado para definir si un humano es o no sujeto de derechos.

<sup>7</sup> Se puede ver la explicación en Bertelsen y García (2015) p. 178.

<sup>8</sup> Londoño: “Consignó que este último aspecto traza una diferencia central entre un instituto como la legítima defensa y las autorizaciones a abortar que el proyecto de ley propone, pues mientras que contra una agresión ilegítima puede ser lícita una respuesta defensiva-lesiva, una agresión a la persona no-nacida no puede ser lícita. El Estado —el ordenamiento jurídico— puede y aún debe suspender el juicio de reproche contra quien practique un aborto en determinados supuestos reconducibles a un “estado de necesidad exculpante” o, en general, a fórmulas de “inexigibilidad”, en estatutos ampliamente conocidos en todos los ordenamientos y por cierto también en el chileno, ya bajo fórmulas psicologizantes de inexigibilidad, como el tradicional artículo 10, N° 9, del Código Penal, ya bajo fórmulas normativizadas de estado de necesidad, como el más reciente artículo 10 N° 11 del mismo Código, pero no debe admitir como generalmente lícita la causación de la muerte de una persona no nacida”.

<sup>9</sup> Soledad Alvear (2015, p. 44): “En este artículo me gustaría explicar por qué el aborto legítimo, en los términos que se ha defendido y propuesto en nuestro contexto, constituye una manifestación más de una sociedad basada en el individualismo, relativismo y el hedonismo, que está, lamentablemente, dispuesta a renunciar —al menos para fundar ciertas circunstancias entendidas como justificadas— a aquello que representó el mayor triunfo de la civilización occidental durante el siglo XX: la sustracción de un contenido mínimo ético de la arbitrariedad del poder temporal, esto es, la dignidad humana como atributo esencial de todos los seres humanos”.

La argumentación podría resumirse, como sigue

A1	La valoración moral y jurídica de “dignidad o digno” significa que un ser o individuo es moral y jurídicamente valioso, como un fin en sí mismo.	
A2	Todo ser que es valorado como “digno” no puede ser instrumentalizado y su muerte no puede ser utilizada ni como medio ni como fin para la existencia de otro	
A3	Variante 1: Los seres humanos, en tanto dotados de cualidades radicales de racionalidad, son dignos.	Variante 2: Los seres humanos, por su sola pertenencia a la especie humana, son dignos.
A4	Variante 1: Los seres humanos no dotados de cualidades de racionalidad no son dignos (como una mola).	Variante 2: Los seres humanos, independiente de su racionalidad, son dignos.
A5	Todos los seres humanos [dotados o no dotados de racionalidad] son persona.	
A6	Todas las personas son titulares de derechos humanos/Son titulares de derechos humanos solo las personas.	
A7	Todas las personas tienen derecho a la vida.	
A8	Los seres humanos, desde la concepción y hasta su muerte natural, poseen cualidades de racionalidad que les son inherentes (capacidad radical para el pensamiento conceptual y la libre elección), aun cuando no se puedan actualmente ejercer. Entonces, el no nacido, el recién nacido o enfermo cerebral grave son dignos, sin perjuicio de la imposibilidad de ejercer dichas cualidades.	
A9	El no nacido tiene derecho a la vida (es titular del derecho a la vida).	
A10	El no nacido, en tanto digno y persona, no puede ser instrumentalizado, ni su muerte utilizada como medio o como fin de otro.	
A11	El Estado tiene el deber correlativo a la declaración del derecho a la vida, de proteger la vida de todas las personas, incluidos los no nacidos.	
A12	Toda persona tiene el deber de omitir cualquier conducta que tenga la capacidad de causar la muerte de otro, incluso del no nacido.	
A13	Toda persona tiene el derecho a ejecutar acciones que puedan salvarle la vida, considerando lo siguiente: “un efecto malo que jamás puede ser lícitamente procurado como fin o como medio, puede aceptarse justificadamente cuando es solo el efecto colateral de una acción en sí misma lícita y necesaria para conseguir un efecto bueno de importancia proporcionada”.	
Conclusión	La autorización directa de la muerte de un inocente, por el contrario, no solo sería una especie de instrumentalización y desconocimiento de la dignidad humana, sino adicionalmente un incumplimiento del mandato constitucional de protección de la vida.	

## Sobre la despenalización del aborto en tres causales y la paradoja constitucional

Probablemente, el reconocimiento institucional más relevante de esta tesis —y que constituye un precedente fundado para el Tribunal Constitucional— se puede encontrar en la sentencia del tribunal ROL 740-07-CDS sobre la píldora del día después. La fundamentación

se caracteriza por ir al fondo de la discusión, aunque mantiene diferencias importantes con la discusión del aborto en tres causales que se desarrollaría con posterioridad.

Precedente Tribunal Constitucional	
ROL 740-07-CDS	
(Voto de Mayoría (5), ministros Cea Egaña, Bertelsen Repetto, Fernández Baeza, Venegas Palacios, Marisol Peña Torres; Voto disidente (4): Vodanovic Schnake, Fernández Fredes; Correa Sutil, Colombo Campbell )	
Considerandos	Argumento
<p>- El ser humano, independientemente de su edad, sexo o condición particular, es acreedor siempre a un trato de respeto. (Se sigue del artículo 1.º de la Ley Suprema afirma que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”) (cuadragésimosexto).</p> <p>- La dignidad sustancial de toda persona, a que alude el inciso primero del art. 1.º de la Constitución, supone que los derechos de que es titular una persona son, incluso, anteriores al ordenamiento jurídico positivo, pues son manifestaciones de su propia naturaleza. (sexagesimoctavo).</p> <p>- El estatuto constitucional chileno se construye sobre la base del reconocimiento de la persona como sujeto de derecho y, en particular, como titular de los derechos que se aseguran en el artículo 19 de la Carta Fundamental cuanto de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (cuadragésimoquinto).</p>	<p>A1 “Todo ser humano es digno, por su naturaleza e independiente de condiciones accidentales como la edad, sexo o condición particular”.</p> <p>A2 “Toda persona es sustancialmente digna y todo ser humano digno es persona”.</p> <p>A3 “Toda persona es titular de derechos/todos los titulares de derechos son personas”.</p> <p>A4 “La persona es titular de derechos por su propia naturaleza”.</p> <p>A5 “Los derechos humanos son anteriores al ordenamiento positivo/ el ordenamiento positivo no crea los derechos humanos, solo reconoce y asegura”.</p>

<p>- Cuando la Carta Fundamental “asegura” determinados derechos a las “personas”, solo está reconociendo atributos propios de su naturaleza. En otros términos, no es la Constitución la que ha creado esos derechos sino que, simplemente, se ha limitado a reconocerlos, a regular su ejercicio y a garantizarlos a través de mecanismos jurídicos adecuados para no tornar ilusoria su protección. (Cuadragésimoséptimo).</p>	
<p>De allí que el propio ejercicio del Poder Constituyente, en cuanto expresión de la soberanía de la nación, reconoce como límite el “respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5.º) (Cuadragésimoséptimo).</p>	<p>A6 “El poder constituyente reconoce como límite de su actuar, el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.</p> <p>A7 “Ya que el Estado reconoce como límite en su actuar el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, no puede desconocer derechos esenciales ni violarlos en su esencia”.</p>
<p>“el embrión o el <i>nasciturus</i> es persona desde el momento de la concepción.”</p> <p>(Cuadragésimonoveno; quincuagésimotercero; quincuagésimocuarto).</p>	<p>A8 El no nacido recibe de la Constitución el “reconocimiento” de titular de derechos humanos y, por lo tanto, es persona.</p> <p>A9 El no nacido es titular del derecho a la vida y no es solo un bien jurídico.</p>
<p>Convención Americana de Derechos Humanos —tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente— señala, en su artículo 4.1, que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.</p> <p>“De esta manera, este tratado internacional —que forma parte del ordenamiento jurídico chileno— resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquélla que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución”.</p> <p>El mandato que el Constituyente impone al legislador, en el inciso segundo del artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, importa asegurar el derecho a la vida del que está por nacer, y no solo proteger su vida en cuanto bien jurídico.</p> <p>(Quincuagésimotercero).</p>	

<p>Resumen de las premisas jurídicas:                  Tanto el poder constituyente como el Estado reconocen como límite de su actuar que:                  El embrión es un ser humano                  Todo ser humano es digno, por su naturaleza e independiente de condiciones accidentales como su edad.                  “El no nacido es digno y, por lo tanto, persona”.                  El no nacido es titular del derecho a la vida.                  El derecho a la vida del no nacido es “reconocido” y no “creado”, tanto en la Constitución como en los tratados internacionales.</p>	
<p>Es deber que la Constitución impone a los órganos del Estado de <i>respetar y promover</i> los derechos asegurados por la misma Carta Fundamental así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, (art. artículo 5.º de la Carta Fundamental. (Sexagésimo; cuadragésimoquinto; quincuagesimosexto).</p>	<p>A10 El reconocimiento de un derecho humano hace surgir un deber correlativo del Estado de <i>respetarlo y promoverlo</i>.</p>
<p>Los derechos fundamentales —que se aseguran a todas las personas— poseen una doble naturaleza:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Por un lado, constituyen facultades que se reconocen a su titular, dando lugar a su dimensión “subjetiva”,</li> <li>- Por otro, dan unidad y sentido a todo el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como su dimensión “objetiva”. (Cuadragésimoséptimo).</li> </ul>	<p>A11 Los derechos fundamentales son inmunidades oponibles por las personas en contra del Estado y particulares.</p> <p>A12 Los derechos fundamentales unifican, identifican e integran el ordenamiento jurídico nacional, permeando normativamente todas sus normas.</p> <p>A13 El reconocimiento de un derecho fundamental “no puede dejar indiferente a ningún operador del derecho”.</p>
<p>El mandato imperativo de “asegurar” derechos humanos del enunciado del artículo 19 de la Constitución, importa:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) que solo puede asegurarse lo que existe previamente;</li> <li>b) que la condición de seguridad que el Constituyente desea brindar a los derechos que reconoce importa hacer cesar cualquier transgresión o vulneración que, más allá de los propios límites previstos por la Carta, puedan experimentar tales derechos, como también impedir la amenaza o peligro inminente que pueda afectarlos; y</li> <li>c) que deben diseñarse e implementarse todos los mecanismos necesarios para brindar efectiva protección tanto a la titularidad de tales derechos cuanto a su ejercicio. (Cuadragésimoséptimo).</li> </ul>	<p>A14 “El deber del Estado de “aseguramiento” es siempre correlativo al reconocimiento de un derecho humano y viceversa”.</p> <p>A15 “El deber de aseguramiento exige “hacer cesar cualquier transgresión o vulneración que puedan experimentar los derechos, o peligro o amenaza de afectación”.</p> <p>[Observación: parece referirse a peligros (riesgos desproporcionados o condición intrínseca que puede causar lesión) y amenazas inminentes y no a simples “riesgos” proporcionados o mera probabilidad].</p> <p>A16 “El deber de aseguramiento exige acciones positivas de protección relativas a la titularidad de derechos (no desconocimiento) como al ejercicio de los mismos”.</p>

<p>El mandato de protección de la vida se refiere a dos derechos: 1) el derecho a que nadie nos la quite, y 2) a que no pueda suprimirla ni cercenarla su propio sujeto”.</p> <p>La sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del <i>nasciturus</i>, obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “<i>pro homine</i>” en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía”. (Quincuagesimotercero).</p>	<p>A17 El deber de protección del Estado correlativo al reconocimiento del derecho a la vida, comprenden impedir mecanismos</p> <p>Ante la duda de que un mecanismo pueda afectar el derecho a la vida del no nacido, hace surgir el deber del Estado de impedirlo.</p> <p>(Es evidente que se trata de un deber ante conductas desproporcionadas o de riesgos desproporcionadamente altos de acaecimiento de la muerte; no se trata de eliminación completa del riesgo de muerte).</p>
<p>Resumen premisas jurídicas:</p> <p>El deber del Estado de “aseguramiento” es siempre correlativo al reconocimiento de un derecho humano.</p> <p>Es un deber que la Constitución impone a los órganos del Estado, el de <i>respetar</i> y <i>promover</i> los derechos asegurados por la misma Carta Fundamental.</p> <p>El deber de aseguramiento exige “hacer cesar cualquier transgresión o vulneración que puedan experimentar los derechos, o peligro o amenaza de afectación.</p> <p>El deber de aseguramiento exige acciones positivas de protección relativas a reconocer la titularidad de derechos (no desconocimiento) como garantizar el ejercicio de los mismos”.</p> <p>Ya que el no nacido es digno y, por lo tanto, persona, es que surgen deberes estatales de aseguramiento.</p>	
<p>* Voto concurrente del ministro señor Marcelo Venegas</p>	
<p>1. Me basta no solo para fundar una duda razonable sobre sus efectos abortivos, sino para formarme la convicción de que es algo bastante real que la anticoncepción de emergencia puede interceptar el óvulo ya fecundado e impedir su implantación, destruyendo una o muchas vidas humanas en su etapa más temprana.</p> <p>2. Los antecedentes me llevan a pensar, sin embargo, que estando actualmente penalizada toda forma de aborto (por el Código Penal y el Código Sanitario), de prosperar una modificación legal que pretendiera abrir espacios de licitud a la práctica de alguna clase de aborto, será porque el legislador ha tenido la prudencia de ponderar que incursiona en un campo que el constituyente quiso deliberadamente hacerle restrictivo y exigente, y habrá limitado su iniciativa a casos tan calificados y justificados que podrán conciliarse con el contexto valórico y normativo de la Constitución.</p>	<p>A1 Considerando que el no nacido es persona desde la fecundación, se encuentra prohibido realizar acciones peligrosas en contra de él, incluso antes de la implantación.</p> <p>A2 La existencia de una duda razonable sobre sus efectos abortivos, incluso antiimplantatorios, son suficientes para tener por inconstitucional e ilegal la aprobación de un producto.</p> <p>A3 Que el constituyente ha establecido un mandato de protección al no nacido flexible pero restrictivo al legislador.</p> <p>A4 El mandato de protección es flexible, en tanto el legislador está facultado para ponderar situaciones excepcionales.</p> <p>A5 El mandato de protección es restrictivo, en tanto no permite al legislador a autorizar o tolerar el aborto sin una ponderación del legislador.</p>
<p>Arribo a la conclusión señalada compartiendo la posición de don Enrique Evans, quien postuló... “lo que ni la ley ni la autoridad podrían autorizar o tolerar, sin infringir la Constitución, es la práctica del aborto común”.</p>	

No obstante este precedente del Tribunal Constitucional, el parlamento aprobó el proyecto de ley que eufemísticamente denominó de “despenalización” del aborto en tres causales, aun cuando su centro no estaba radicado en aspectos penales. Dicho proyecto tuvo como antecedente el mensaje presidencial N°1230-362 de 31 de enero de 2015, que propuso un proyecto sobre autorización limitada del aborto con un contenido sistemático concreto y una fundamentación filosófica-política definida. El proyecto de ley, en términos específicos, no contenía modificaciones penales sustantivas, sino una completa institucionalización de la interrupción del embarazo en el Código Sanitario. La principal modificación se incorporaba en el art. 119 del Código Sanitario que regula el actuar del facultativo médico y que, hasta ese momento, se reducía a autorizar solo la muerte indirecta en casos de riesgo para la vida de la madre, aunque no especificado en su última versión.

Dicho proyecto de artículo 119 señalaba que, mediando la voluntad de la mujer, un médico cirujano se encontrará autorizado para interrumpir el embarazo, en tres casos (indicaciones) diferentes: a) riesgo vital de la mujer, presente o futuro; b) alteración congénita o genética del feto incompatible con la vida y c) se trate del resultado de una violación. La única referencia al derecho penal, la representa la introducción de una cláusula general tanto al art. 344 y 345 CP (delito de autoaborto y al aborto del facultativo), en los siguientes términos: “No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario”. El resto del articulado se refería a la regulación de las formas de asegurar la manifestación de voluntad de la mujer (información sanitaria), el aseguramiento de la prestación de salud y objeción de conciencia limitada al médico cirujano. En su esencia, el proyecto fue aprobado en dichos términos.

## 2. Requerimientos de inconstitucionalidad

El día 2 de agosto de 2017 un grupo de senadores de la República presentó un requerimiento de inconstitucionalidad “preventivo” al articulado del proyecto de ley (art. 1 numeral 1,2,3,4; art. 2 y 3 y artículo transitorio) que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín N° 9.895-11); lo mismo hizo un grupo de diputados el día 8 de agosto del mismo año que previamente habían realizado prevenciones de inconstitucionalidad durante la tramitación del proyecto. Ambos requerimientos fueron presentados una vez que ya había concluido la tramitación tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, por lo que el texto sometido al conocimiento del tribunal era definitivo, aunque se encontraba aún pendiente su promulgación. Luego, con fecha 11 de agosto del mismo año, la cámara de diputados hizo entrega de la formulación de observaciones a los requerimientos, mismo trámite que realizó la presidente de la República con fecha 13 de agosto.

a. El requerimiento del grupo de senadores esgrime como tesis central la inconstitucionalidad del proyecto de ley por la vulneración a los mandatos establecidos en el art. 19 N° 1. Todos estos argumentos son presentados de manera de proponer una interpretación al texto constitucional y de rechazar interpretaciones “originalistas” del mismo que acentúan la aceptación de

excepciones a la protección basadas en la degradación del estatuto del no nacido. El contenido y sentido del texto constitucional del art. 19 N°1, para esta tesis, se sustenta tanto 1) en su estructura normativa proveniente del art. 75 del Código Civil (p. 22) y su historia en la Comisión Constituyente de carácter omnicompreensiva y protectora en el contenido del mandato (p. 36); 2) en la competencia limitada otorgada al legislador para legislar sobre la vida del no nacido y; 3) manifestaciones positivas invariables del contenido protector en el ordenamiento jurídico.

Estos argumentos están encaminados a justificar que el art. 19 N°1 es heredero de toda una tradición jurídica orientada a dar efectiva protección al derecho a la vida del que está por nacer sin excepciones, que configura una reserva legal no solo formal sino también material, esto es, limitada y no discrecional: “...es incuestionable el deber de proteger esa vida y que esta tarea, sin discrecionalidad ni excepciones, tiene que ser cumplida por la ley configurando un caso de reserva legal fuerte”. Sobre la base de este argumento, los requirentes sostienen que el proyecto de ley que introduce tres causales de permisión y mandatos de realizar prestaciones médicas de interrupción del embarazo, sobrepasan la “competencia” entregada al legislador, al menos según la concepción que se extraería desde la Comisión de Estudio y del Consejo de Estado.

En términos resumidos, la tesis es la siguiente:

El legislador no es competente para legislar respecto de la vida del que está por nacer si, en dicha ley, efectivamente no se lo protege (p. 39): debe mandar, permitir o prohibir *protegiendo* la existencia vital del no nacido hasta su nacimiento. “Proteger no es, ante todo, realizar acciones positivas a favor de alguien o algo, sino, más bien, cubrirlo o defenderlo de amenazas exteriores”.

El mandato de protección mandataría *modos positivos* y un *mínimo negativo* (p.40 y 41.): La tesis del grupo de senadores sostiene que el legislador como sujeto del mandato debe al menos desarrollar una medida positiva de protección, aunque la Constitución sería deferente con el legislador en la elección de medios más o menos eficaces. Sin perjuicio de lo anterior, aquello implica un límite de carácter negativo: “el deber de abstención u omisión de todo medio de destrucción o afectación del sujeto y objeto sobre el cual recae la protección constitucionalmente exigida”. El mínimo negativo, desde la lectura del requerimiento, no solo sería un problema de contenido de las medidas subordinadas al verbo “proteger”, sino también de proporcionalidad (p. 40). En este caso, el proyecto de ley carecería de racionalidad mínima por desproporción entre los propósitos buscados por la normativa propuesta y los medios previstos para alcanzarlos.

El Legislador carecería de competencia para establecer una jerarquía *a priori* e inamovible entre derechos fundamentales y bienes constitucionales (p. 51). La autorización legal y el mandato para poner directo término a la vida del que está por nacer, mediando la voluntad de su madre, supone legitimar la posibilidad de que el Legislador pueda establecer, de una vez y para siempre, en los casos previstos, la primacía de su decisión deliberada y autónoma por sobre la vida del ser que está por nacer.

b. A diferencia del requerimiento preventivo presentado por un grupo de senadores centrado esencialmente en el art. 19 N°1 de la Constitución, el deducido por un grupo de diputados pone en el centro de la discusión explícitamente dos aspectos omitidos por el anterior: el estatuto del no nacido y la objeción de conciencia. No es extraño entonces que la argumentación se centre específicamente en los arts. 1, 5 y 19 N° 26 de la Constitución.

Este requerimiento construye de manera mucho más expresa su argumentación: las personas naturales no

pueden ser tratadas como bienes administrables y objetos de ponderación, por lo que establecer una regulación que somete a ponderación y poner en preeminencia los derechos de la mujer por sobre los del hijo, termina por aceptar tal instrumentalización y desconocer el estatuto de persona del no nacido (p. 16). El proyecto de ley aceptaría de manera tácita —aun cuando declara los bienes de la mujer como los del no nacido como “inconmensurables”— a) que los intereses de la mujer se alzan como absolutos (pp. 16-17) y b) que la “interrupción del embarazo es equivalente” a “occisión directa o muerte directa”. Esta argumentación se desarrolla esencialmente sobre la base de los siguientes puntos:

El no nacido es titular de derechos humanos y a él le es reconocido en nuestra Constitución el estatus de sujeto de derechos humanos o persona. (p. 15; p. 37; p. 65).

El no nacido, en dicha condición, es titular del derecho a la vida y sujeto de protección del deber que tiene el Estado a proveerle protección (19 N°1).

La idea de legalización se basaría en que la acción de interrupción del embarazo no solo pasaría a considerarse como permitida, sino que además el Estado establecería las condiciones o marco de acción institucionalizado (reglamentaciones) para que se transformen en prestaciones exigibles (p. 22); algo así como un derecho a exigir las prestaciones (pp. 19-20). No es correcta la tesis de la mera “despenalización”.

Constitucionalmente no es admisible que situaciones complejas como las expresadas en las hipótesis se transformen en razones válidas para disponer de la vida humana. Una solución que mire a una de esas vidas como superfluas —indigna de protección o inferior— resulta ser contraria a la Constitución (p. 64).

Todo lo anterior se ve manifestado en cada una de las causales o indicaciones introducidas. Así, en la primera causal (p. 59) el problema de constitucionalidad no se expresaría en la necesidad de solucionar un problema de inexigibilidad del deber de mantener su embarazo, sino en que esta es solucionada con una fórmula que resulta ser inconstitucional: la autorización a ejecutar *intencionalmente* una intervención matadora. Aquello se vería manifestado en que la causal autoriza, durante todo el tiempo del embarazo, no solo ejecutar las acciones —sin exigir esperar el momento de la viabilidad—, sino también en que “interrumpido el embarazo” en períodos de viabilidad no consideraría cuidados paliativos al

hijo sobreviviente (p. 60). Así construida esta causal, solo garantizaría derechos de la madre e ignoraría los intereses y derechos de su hijo que sería excluido del análisis médico y de la necesidad de desarrollar cuidados especiales.

También se vería manifestado el problema de constitucionalidad en la segunda causal en tanto su fundamento está radicado en las pocas capacidades de sobrevivir fuera del útero materno, lo que habilitaría a su “pérdida” o “violento desmedro de protección”. Aquí se argumenta que la proximidad a la muerte no es excepción constitucional admisible a la protección a la vida (p. 61). Aquella circunstancia accidental de la vida del no nacido, además, afectaría a criaturas sanas que, por alguna circunstancia, se ven expuestas a un diagnóstico precario: posibilidades de mal diagnóstico por falta de médicos especializados.

Finalmente, la inconstitucionalidad de la tercera causal derivaría en que la pérdida del derecho a la protección de la vida del no nacido y la pérdida de interés en esta, como consecuencia de su origen en un delito contra su madre, derivaría en una excepción injustificada del derecho a la vida. Aquel no es un agresor que deba soportar la acción occisiva.

El análisis de la inconstitucionalidad se basa, entonces, esencialmente en la vulneración de los siguientes principios constitucionales (p. 73): 1) vulneración al art. 1° de la Constitución y específicamente el principio de “servicialidad del Estado”; 2) vulneración al reconocimiento del estatuto de persona del art. 5 inc. 2°; 3) vulneración de la garantía de inviolabilidad del núcleo del derecho humano del art. 19 N°26; 4) el derecho a la vida del art. 19 n°1 y; 5) el principio de proporcionalidad.

### 3. Sentencia del Tribunal Constitucional

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proyecto de aborto en tres causales es compleja no solo por la diversidad de sus argumentos (muchos de ellos incompatibles o contradictorios entre sí o derechamente infundados), sino también porque lo que se expone como fundamentación del mismo se encuentra radicalmente matizado por la prevención de uno de los ministros que concurrió al voto de mayoría (p. 239). Dicho voto de prevención coincide en esencia con planteamientos de los ministros que concurrieron a los votos disidentes —esto es por la inconstitucionalidad del proyecto de ley— que derechamente limitan sustantivamente la interpretación formulada por el legislador. Lo anterior se materializa en que en aspectos esenciales como la interpretación del sistema de los derechos humanos, el estatuto del no nacido o en la objeción de conciencia, no cuentan con un respaldo mayoritario de los miembros del tribunal. Aquello, no cabe duda, no afecta en nada la decisión de declarar constitucional la regulación relativa a la permisión de la interrupción del embarazo y sus causales así como la objeción de conciencia, pero sí podría afectar el contenido de las mismas en su aplicación concreta (al alcance y naturaleza de las causales).

#### 3.1. La sentencia

a. Esta es una sentencia que, en términos generales, se deja ayudar por una serie de discursos políticos (i) que se

presentan como estructurales en el análisis jurídico pero que, en su esencia, no juegan un rol relevante en el mismo ya sea por ser evidentes, redundantes o, derechamente, porque el tribunal no le atribuye una función concreta. De estas características son, por ejemplo, las denominadas “consideraciones previas” (considerandos séptimo a décimo); la consideración respecto al contenido de los precedentes (considerandos vigésimo a vigesimoquinto) y, en particular, la formulación de criterios interpretativos (vigesimosexto a trigésimosegundo). En efecto, como se explicará, si bien el tribunal desarrollará una interpretación originalista y literalista del texto constitucional (gramatical-sistemática), hace referencia como elemento determinante en la interpretación a criterios sistemáticos (escasamente implementados con posterioridad) y dinámicos (derechamente ignorados con posterioridad). Seguir estos parámetros para reconstruir la argumentación, podría resultar infructuoso o llevar a equívocos, en tanto no es efectivo que se haya sido leal a estos.

En realidad, los elementos estructurales de la sentencia se cimentan en tres consideraciones básicas que, de manera poco clara, se esbozan ya en los elementos presentados como “guías del razonamiento” (trigesimotercero a cuadragésimosegundo). Estos elementos, si bien son presentados de manera desordenada, apuntan a cuestiones muy diversas que,

para efectos de este análisis, los ordenaremos en tres: 1) Estatuto del no nacido [el estatuto de bien jurídico (no persona) del no nacido (cuadragésimo)]; 2) Deberes de la mujer [Sociedad pluralista (trigesimocuarto); Mujer como sujeto de derecho y de políticas públicas que obligan a interpretar el “embarazo” (trigesimoquinto a trigésimonoveno); derechos de los pacientes (cuadragésimosegundo); derecho penal como ultima *ratio* (cuadragésimoprimer)] y 3) Deberes del Estado [mujer como sujeto de políticas públicas (trigesimonoveno)]. Estos tópicos se estructuran y desarrollan con posterioridad, pero aquí forman parte de un apoyo a la tesis central, la que es anunciada en el considerando cuadragésimo y se desarrolla en torno a la interpretación del art. 19 N°1 inc. 2° de la siguiente forma:

b. La declaración de constitucionalidad del proyecto de ley se deja sostener, como ya se ha adelantado, en la declaración del estatuto del no nacido como mero “objeto de protección” (bien jurídico), tesis que define la forma de proceder frente a las colisiones entre este y los intereses de las personas propiamente tales; define la naturaleza de la protección (no como un derecho subjetivo humano) y los límites de la protección estatal al no nacido (concepto de protección). Esta tesis es desarrollada en la sentencia tanto en el considerando cuadragésimo (respecto a los elementos guía), como en el análisis del art. 19 N°1 en el título VIII (considerando cuadragésimotercero a sexagesimoprimer; p. 82) y el análisis del concepto persona en el título IX (considerando sexagesimosegundo a septuagesimonoveno).

El Título VIII que comprende los considerandos cuadragésimotercero y siguientes referidos al análisis del derecho a la vida, sorprendentemente, es desarrollado de manera previa al análisis del concepto de persona, aun cuando la lógica exigía lo contrario. Aquello se debe a que la sentencia renuncia a un análisis de fondo relativo al concepto “persona” —evitando un análisis metajurídico— y lo hace dependiente del análisis originalista/literal (gramatical-sistemático) del art. 19 de la Constitución que, a su vez, queda anclado en la valoración desarrollada en un régimen no democrático.

La argumentación de este Título VIII se estructura sobre la base de responder los argumentos de ambos requerimientos, los que son reconstruidos, en el considerando cuadragésimotercero, de manera extremadamente simplista. Aquello da cuenta, ya sea de una falta de comprensión del problema por parte del voto de mayoría o derechamente de no haber encontrado respuesta a las objeciones de estos.

Respecto a lo referido al deber de protección al que se refiere el art. 19 N°1 inc. 2°, el voto de mayoría sostiene (considerando cuadragésimoquinto y siguiente) que la Constitución marca una diferencia estructural entre los deberes del Estado relativos al nacido en comparación con lo establecido en el inciso segundo relativo “al que está por nacer”. Mientras respecto al primero “establece” —utiliza verbo sustancialmente distinto a “garantiza”— el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la persona [esto es, un derecho], al segundo solo lo reconoce como un interés constitucional mandatando su protección al legislador.

El alcance de dicho mandato, sin embargo, es limitado o, al menos, mucho más limitado que aquello que otorgaría el estatus de “persona” y se expresa en el siguiente argumento:

Análisis gramatical-sistemático: Luego de un análisis gramatical del concepto “proteger” y sus usos en la Constitución, se sostiene que estas disposiciones (que el concepto implica) “no han sido consideradas mandatos máximos y a todo evento”, así, “proteger” no implica exigencia de medidas de protecciones concretas (como las que provee excepcionalmente el derecho penal) ni impide el desarrollo de derechos que limitan el interés protegido (cuadragésimosexto).

Contenido: Proteger sería un deber activo que abarcaría cuidar, favorecer, defender [interferencia no perjudicial cotidiana; y medidas positivas de potenciamiento] (cuadragésimoséptimo).

Límites: Esta protección exigiría del Estado no excederse en la protección imponiendo o estableciendo medidas —por ejemplo, deberes— que vayan “más allá de lo razonable y sacrifiquen el derecho de otros” y exigiría “no desproteger”, esto es, no implementar medidas indispensables para el resguardo de la vida. (cuadragésimoséptimo).

Conclusión: Ya que las medidas de protección pasan “inevitablemente” por la progenitora, la protección del que está por nacer debe pasar, en primer lugar, por protegerla, ya que debe contar con ella y, en segundo lugar, no otorga un título que permita perjudicarla. El legislador no podría instrumentalizarla (no puede ser considerada medio), por lo que no podría imponer su voluntad si aquello implica peligro para su vida ni imponer deberes “más allá de lo que a cualquier persona se le exige”. (cuadragésimoséptimo).

Argumento de apoyo a la conclusión es de carácter sistemático: Una inversión —esto es, cuando la Constitución ha permitido hacer primar un interés o derecho por sobre otro— lo ha dicho expresamente, cuestión que no sucede en la especie.

Estos argumentos son repetidos y reafirmados, incluso, respecto al derecho a la vida en los considerandos cuadragésimo octavo y cuadragésimo noveno, dando a entender que la inclusión al no nacido como persona no cambiaría en nada la argumentación. Respecto al derecho a la vida, recuerda que se encuentra también protegido por tratados internacionales sobre derechos humanos —entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6), como la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 4)— aunque expresamente omite señalar que el último se refiere y reconoce expresamente tanto el derecho a la personalidad jurídica como el derecho subjetivo a la vida del no nacido, aceptando limitaciones. Respecto a dicho derecho, sostiene el razonamiento del fallo, “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, posibilitando —a *contrario sensu*— excepciones racionales, tales como la legítima defensa o estado de necesidad o casos de actos médicos riesgosos.

Los demás argumentos giran en torno al contenido gramatical-sistemático de la expresión “está por nacer” (¿cómo utiliza el constituyente el concepto “está por nacer” o “no nacido” en lugar de hijo, menor de edad, etc.?), análisis del cual no se obtiene ningún argumento relevante (quincuagésimo), más, solo volver a recalcar la tesis ya expresada anteriormente de que entre el inc. 1 y 2 del art. 19 existiría una diferencia estructural y sustantiva. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal pareciera rescatar de dicho análisis una conclusión más significativa de lo que realmente se analiza: que el límite temporal del “nacimiento” —entendido como separación total de la madre— marcaría en la carta fundamental una cesura que permite distinguir estatutos de protección diferentes. La tesis contraria —esto es, que el no nacido recibe un estatus de titular de derechos subjetivos y sujeto de protección constitucional— es desechada, entonces, sin recurrir al análisis *sistemático-teleológico* propuesto tanto por el grupo de senadores como de diputados, — lo que lo reduce solo a un análisis *literalista*.

Dicho rechazo a la interpretación sistemática y teleológica que debería incluir no solo el sentido de las demás normas constitucionales —como el art. 1 y 5 de la Constitución— y, en todo caso también, normas internacionales sobre derechos humanos (como el

Pacto de San José de Costa Rica) se cristaliza en el disperso y poco claro análisis del comienzo de la protección constitucional (como objeto de protección) en la “concepción”. El tribunal declara que “la Constitución guarda silencio respecto del comienzo de esa condición”, sin perjuicio de que, como reconoce, la Convención Americana reconociera el “derecho” a la vida desde la “concepción” y que el legislador haya fijado dicho criterio en la Ley N°20.120 (quincuagesimoprimer). Mayor relevancia le otorga a las decisiones regulatorias del derecho a la vida, ejemplificándola incorrectamente en *Artavia Murillo versus Costa Rica* e inexplicablemente en una supuesta *redefinición* del legislador del momento de la “muerte en la muerte cerebral” en la Ley N° 19.451 (quincuagesimoprimer). En consecuencia, si bien la Constitución no fija expresamente estatutos de protección diferenciados para el nacido y no nacido, el tribunal reconoce limitada su competencia solo para definir el momento del comienzo de la protección constitucional para el no nacido desde un momento en particular (a pesar de lo textual de la Convención Americana, declaraciones expresas del legislador derivado nacional y la posibilidad de desarrollar un análisis sistemático), pero sí lo hace respecto al nacimiento y su significado.

Finalmente, el tribunal se refiere a un aspecto relativo a la amenaza penal (quincuagésimocuarto), en tanto esta interpreta de los requerimientos que el argumento relativo a que “proteger no es permitir y exige prohibir”, se relaciona con un problema que podríamos definir de “merecimiento y necesidad” de pena. En otras palabras: entiende que el problema del contenido de las normas primarias está exclusivamente vinculado a la existencia de normas de sanción penal (confunde norma de conducta y norma de sanción). Nuevamente, el tribunal recurre a una interpretación sistemático-gramatical, y llega a la conclusión de que “proteger no puede interpretarse como prohibir” (quincuagesimoquinto) y que, en materia penal, el constituyente no reguló ni limitó las facultades del legislador (solo limita los efectos de la ley en art. 19 N°3) y, por el contrario, la Constitución le encarga a él la prerrogativa de punición. Así, el legislador tendría facultades para crear, modificar o derogar delitos y un margen de apreciación amplia (quincuagesimosexto a sexagésimo). Sin embargo, la confusión en la que incurre el tribunal es grave, en tanto el contenido de la norma de conducta o norma primaria no está determinada por la norma de sanción, en tanto esta última solo resulta ser un mecanismo de protección de la primera norma o los intereses que la primera pretende proteger. Esta confusión entre norma de prohibición y de sanción del tribunal llega a su máxima expresión en el considerando

sexagesimoprimeros en que, si bien expone correctamente que la protección que establece la norma constitucional no puede reducirse al ámbito penal, sin embargo luego defiende la derogación de ambas como consecuencia de la posible desproporción de la norma de sanción, cuestión que carece de lógica.

c. El análisis posterior del concepto de persona en el título IX en relación al análisis del “derecho a la vida” en el Título VIII —aun cuando la lógica indicaba lo opuesto— solo se explica si se le considera como un argumento accesorio, alternativo o dependiente del primero. Aquello da cuenta de la posición ideológica en que se ubica el voto de mayoría no solo en relación al aborto, sino esencialmente en relación al sistema de derechos humanos.

Frente a la controversia entre la tesis de la cámara de diputados y la defendida en los requerimientos de inconstitucionalidad sobre el estatuto del no nacido, el tribunal utiliza nuevamente criterios gramaticales y/o *sistemático-gramaticales*, esto es, análisis lingüísticos de las palabras utilizadas en la configuración de las normas y de los conceptos utilizados por el constituyente para referirse al titular de derechos en los distintos numerales del art. 19, para extraer contenidos o límites. También utiliza un criterio sistemático normativo, aunque relativo solo a normas del Código Civil que regulan aspectos patrimoniales de la existencia legal, respecto de la cual también se desarrolla un análisis gramatical, omitiendo análisis a textos de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Lamentablemente estos análisis se ordenan de manera descontextualizada, lo que exige un esfuerzo de nuestra parte para sistematizar.

Que del análisis del Código Civil, en particular de los arts. 74 y ss., se extrae la idea de que el Código Civil solo le denomina persona a los nacidos, lo que significa que la existencia legal principia con el nacimiento (sexagésimotercero y cuarto). Un análisis similar se repite más abajo, en el considerando septuagesimoquinto, en torno a la expresión “individuo de la especie humana” del art. 55 del Código Civil y que pretende contestar al argumento de los requirentes sobre el valor jurídico constitucional de todos los individuos de la especie humana “sin distinción” y que justificaría su inclusión como titular de derechos humanos. El tribunal, sin embargo, interpreta la cláusula de *no exclusión* “cualquiera su edad, sexo, estirpe o condición”, extrañamente desde su capacidad para “excluir”, esto es, que la cualidad accesoria en la existencia de los seres humanos “edad”, no resulta ser un elemento de discriminación “solo”

desde el nacimiento, aunque antes de aquel momento sí lo sea. Esta idea estaría respaldada porque el art. 76 señala que el momento de la concepción se calcula a partir del nacimiento.

Por su parte, respecto al concepto persona en la Constitución, los considerandos sexagesimoquinto y siguientes plantean la idea de que este se construye también a partir del nacimiento (sexagesimoctavo). Aquella conclusión se extraería del análisis del art. 1, art. 19 y otros de la carta fundamental y que se refieren a sujetos que ejercen derechos después de nacidos. Aquello se vería cristalizado con toda su fuerza cuando el artículo primero —norma nuclear en la estructura normativa constitucional— declara que las personas “nacen” libres e iguales en dignidad y derechos, ya que ubica el momento del nacimiento como la instancia que los seres humanos adquieren originaria y gratuitamente esa condición, sin que se necesite más (sexagesimonoveno). El argumento histórico relativo a una interpretación formulada por el constituyente derivado durante la tramitación de la Ley N° 19.611 que modificó el art. 1 de la carta fundamental en el sentido de reemplazar la expresión “los hombres” por “las personas”, y que dejó constancia de cubrir con dicha expresión a los no nacidos, fue también rechazada (septuagesimoprimeros). Las razones radican nuevamente en un argumento gramatical: Antes y ahora la constitución utiliza el concepto “nacen”, no siendo legítimo al intérprete su extensión (septuagesimoprimeros). Lo anterior es reforzado por un argumento totalmente improcedente, en tanto lo que se buscaba desarrollar era un argumento histórico-teleológico y no una interpretación legal (formal-vinculante), y se señala que una interpretación de dichas características exigiría *quorum* especial (artículo 66) o ser objeto del control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 1) (septuagesimosegundo).

Uno de los argumentos de los requerimientos, el más importante, es aquel que se refiere a que nuestra carta fundamental acoge una idea de que los individuos de la especie humana por sus cualidades esenciales —sin distinciones accesorias como la edad, sexo, estirpe o condición como el nacimiento— debe ser reconocido como titular de derechos humanos o persona desde la concepción.

El voto de mayoría, además de realizar impertinentemente un análisis normativo del Código Civil para resolver el punto (septuagesimoquinto), hace una afirmación radical que no solo afecta la problemática del no nacido, sino todo el sistema de derechos humanos. La tesis es doble: una que afirma y otra que borra lo afirmado;

la primera señala que “puede concordarse en que hay ciertos derechos que emanan de la naturaleza humana.”. Luego señala que, “Pero aquellos de los que aquí nos ocupamos” —nada menos que el derecho a la vida—, “son los que la Constitución asegura... No es, por tanto, cualquier tipo de derechos sino los que la Carta Suprema crea y configura”. La tesis asumida, entonces, busca limitar el estatuto de los derechos humanos por todas las vías formales posibles, principalmente la gramatical: una, la esencial, relativa a sus fuentes, que lo que permite es sostener que como la “letra de la constitución” crea y configura el derecho, “gramaticalmente” puede limitar el contenido o excluir de su goce o acceso a ciertos sujetos (un ejemplo es el análisis de los considerandos septuagésimocuarto o septuagesimosexto); la otra, que permite limitar el análisis, es reducir el límite a la regulación de los derechos por su contenido esencial (art. 19 N°26), en tanto dicho límite no se extendería a un procedimiento general de legitimación de la regulación de los derechos, sino solo a aquellos ‘cuyas garantías’ esta establece”.

El más limitado de los argumentos (septuagesimoséptimo) desde el punto de vista lógico, se puede resumir así: “los numerales del artículo 19, razonan sobre la base de que la persona está nacida o tiene una edad determinada... El no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos”. Consecuencia de lo anterior es que el único numeral que le reconoce un derecho específico al no nacido, del cual puede ser titular, es el art. 19 N°1 —el derecho a la vida—, no podría ser interpretado como derecho, en tanto los demás se refieren a nacidos.

Finalmente, dos argumentos (considerandos septuagesimosegundo y septuagesimonoveno) que han sido ordenados en este Título de la sentencia relativo al concepto “persona” del no nacido, curiosamente desarrollan ideas relativas a la limitación de los deberes del Estado y en torno a los derechos de autonomía de la mujer. Aquello tiene su lógica nuevamente: como ya es permanente en la sentencia, el estatuto del no nacido se hace dependiente de la regulación del derecho y los deberes de quienes están llamados a respetar el derecho del nonato (inversión de la argumentación).

El primero de ellos, en lo esencial, sostiene que la decisión del legislador de —por medio de la Ley N° 19.611— modificar el art. 1 de la Constitución (que sustituyó hombre por personas) tendría un efecto en la solución constitucional de la controversia: “la médula de la discusión es si la mujer es o no un sujeto de derecho

suficiente para autorizar interrumpir el embarazo” (septuagesimosegundo). Este reconocimiento de titularidad de derechos, implicaría —aunque no explica cómo llega a tal conclusión— que no se podría limitar su autonomía “frente al *nasciturus*”.

El segundo argumento proviene del considerando septuagesimonoveno, y podría resumirse en que, si bien la vida del no nacido es un bien jurídico protegido constitucionalmente, este mandato de protección —frente al reconocimiento de la autonomía de la mujer— tendría límites: “Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer... El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo. Pero a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar”.

d. Respecto de la primera causal, entrega tres grupos de argumentos, todos los cuales impresionantemente hacen una cesura argumentativa con la esencia de la sentencia: el primero (considerando nonagesimosegundo) es vincular el problema del contenido de la norma prohibitiva con el problema de lo que en derecho penal llamaríamos “merecimiento y necesidad de pena”, esto es, de la norma de sanción penal; el segundo, en el considerando nonagesimotercero, da a entender que son dos las condiciones que legitiman el acto médico de interrupción del embarazo, una es suficiente y otra es necesaria. Se señala que la intervención médica se legitima por la necesidad de salvar la vida de la madre, pero en todo caso el médico debe someterse a una segunda exigencia de legitimación exigida por la ley de los derechos y deberes de pacientes: “Ni aún en caso de riesgo vital, se puede proceder sin ese consentimiento”.

En el considerando nonagesimoquinto plantea una nueva solución a la colisión de deberes positivos (sanar) y negativos (no matar) del médico (ante las clásicas que hace primar el deber de omisión o la solución del doble efecto que cancela solo parcialmente el deber de omisión, permitiendo cumplir el deber positivo de actuar) y cancela cualquier tipo de valoración estatal: prima la voluntad de la mujer de seguir o no con el embarazo: “Que no hacer nada frente al riesgo que produce el embarazo en la mujer, es una forma de decidir”, cuestión que no puede ser competencia del Estado. En otras palabras, reconoce que respecto de este tema, cualquiera sea la decisión del Estado —exigir la mantención del embarazo o no— resultan ser decisiones que no le corresponde. La valoración social es neutra. Esta neutralidad que se expresa en que la causal no autoriza una conducta “justa”, sino que tolera lo que decida la madre, es consecuencia

que entiende el deber de mantener el embarazo como “inexigible”. Ya se refirió al respecto en el considerando cuadragésimoséptimo al sostener que los deberes no pueden ir “más allá de lo razonable y sacrificuen el derecho de otros”.

Respecto a la segunda causal, el fundamento explicitado es que exigir el mantenimiento del embarazo de un feto inviable resulta ser una carga insoportable: “no se puede imponer a la mujer una carga de soportar su embarazo a todo evento con este embrión o feto destinado a fallecer” (centésimocuarto). Sin perjuicio de lo anterior, por tratarse de una decisión con efectos irreversibles (la muerte), es que esta siempre constituirá una medida de “*última ratio*” (centesimoprimero).

En el análisis respecto a la tercera causal, queda de manifiesto nuevamente la principal argumentación en torno al proyecto: *la inexigibilidad basada en una idea de “patologización” de la mujer*. Frente al argumento de los requerimientos de que se está frente a un hijo sano, surge la tesis de la sentencia: “el énfasis no tiene que estar puesto en el embrión o feto, sino que en el sufrimiento de la mujer” (centesimooctavo). Se trataría de una proyección del sufrimiento del ataque sexual en el embarazo, por lo que el Estado ofrecería una cancelación temporal (centesimodécimo) —por un plazo determinado— de los deberes de la madre, en atención a la desproporción que aquello significaría, en cuyo caso esta “tiene la opción de interrumpir el embarazo”. El no ejercicio de la opción en la oportunidad, hace precluir la opción (y el deber correlativo de tolerar dicha opción) y el deber de tolerar el embarazo sigue vigente al punto que debe continuar con él “como cualquier otra mujer”.

Dos argumentos adicionales resultan ser complejos: La interrupción del embarazo sería consecuencia de una inexigibilidad —“no tiene por qué hacerse cargo de los efectos del delito”— que se concreta en “una defensa tardía del ataque vejatorio”. El argumento de la sentencia parece estar consciente de que los costos o efectos lesivos de la defensa legítima tardía, a la que hace referencia, recaen sobre un “tercero” (el no nacido) distinto al agresor y que se extiende no solo a la posibilidad de interrumpir el embarazo, cuestión no exigible, sino además al derecho a existir del hijo. Se trataría, no solo de una forma de eliminar los costos del embarazo, sino también los costos personales de su vida: “En efecto, una cosa es el embarazo, que dura un tiempo. Y otra es la maternidad, que dura toda la vida” (centesimonoveno).

### 3.2. La prevención, en el voto de mayoría

El voto mayoritario conformado por el voto de seis de los miembros del Tribunal Constitucional, cuenta con una prevención relevante, pero que desarrolla un argumento absolutamente contrario. El ministro Domingo Hernández, parece no concordar en la esencia de las tesis formuladas por el voto de mayoría de la sentencia, aun cuando es parte de la decisión que resolvió por declarar constitucional la regulación, o no acoger los requerimientos.

En lo fundamental, la prevención —extrañamente manifestada por su propio autor como disidencia en el cuerpo del texto— asume como propia las tesis del voto disidente, aunque llegando a resultados diversos. En principio (letras a-d del punto 1) fija los pilares de su opinión: 1) El no nacido es persona; 2) las causales no constituyen derecho o reconocimiento de autonomía que alcance a la interrupción legítima del embarazo, la que tiene límites en los derechos de otros y; 3) la particularización del conflicto no solo alcanza a la mujer gestante, sino también al padre (letra b). Este voto va acompañado de una declaración, que parece ser fundamental:

La diversidad de visiones acerca de la persona y la sociedad, debe convivir dentro de un marco regulado común y aceptable para dicha misma sociedad en su conjunto (algo como la “norma hipotética fundamental” se sostiene) que constituye —como en la definición de persona— un plexo valórico irreductible y no susceptible de elucidación analítica, que oficia de fundamento de validez del Derecho.

Desde esa perspectiva, la prevención solo acepta la legitimidad constitucional de las tres causales de interrupción del embarazo, en la medida que siga lo que denomina “estrictos límites y criterios”:

Reconocer que se trata de casos de conflicto de bienes jurídicos entre la vida de la madre y la vida del embrión o feto, o la existencia de una real situación concreta de no exigibilidad de otra conducta derivada de las anormales circunstancias de motivación o formación de la voluntad.

Así, reconoce que las causales tendrían tres distintas naturalezas jurídicas, según las circunstancias: 1) En el caso de la primera causal —de riesgo para la vida de la gestante— la causal se fundaría en la tesis del doble efecto, en cuyo caso afectaría de igual forma a la madre

y al médico eliminando ya sea la tipicidad (por riesgo permitido) o la antijuridicidad (muerte indirecta, pero segura)<sup>10</sup>. De hecho, reconoce que se trata de una excepción a la regla general de la prohibición, lo que, por lógica, debería entenderse como una causa de justificación. A pesar de aquello, la prevención señala que se trata de un caso “de la no exigibilidad de otra conducta”, debe configurarse una real situación de estado de necesidad exculpante entre bienes jurídicos incommensurables. Debido a aquella lectura —incorrecta desde punto de vista dogmático— es que se ve obligado a considerar que la exención de responsabilidad del médico lo es en virtud de una excusa legal absoluta, por razones de política criminal (que no afecta la ilicitud de

la conducta) (¡llama la atención que se considere “el doble efecto” como una causal que mantendría la ilicitud de la conducta!!); 2) En relación a la segunda y tercera causal, la lógica es similar, esto es, se debe distinguir entre las razones de afectación al médico y la madre. Aunque las razones son menos incompatibles que la causal anterior; 3) En la tercera causal, el argumento es expresado de manera más directa y clara, en lo relativo a su naturaleza exculpante: “independiente de consideraciones axiológicas irresolubles, ha entendido ambas conductas como no plausibles de responsabilidad penal, si bien no marginadas de antijuridicidad”. Se trataría de casos de inexistencia de otra conducta, que deben ser analizadas caso a caso.

## 4. Comentarios al voto de mayoría

### 4.1. Renuncia a un sistema prejurídico-constitucional de los derechos humanos

Como se ha hecho ver en la introducción, la discusión en torno al aborto desarrollada en nuestro país se cimenta en otra discusión general anterior que se puede expresar en la interrogante que sigue: ¿qué sistema de derechos humanos resulta ser más coherente y eficiente? ¿Uno prepositivo o uno positivista? El primero desarrolla la tesis de que valoraciones esenciales que establecen los fundamentos y contenidos de los derechos humanos deben ser “extraídas” de la arbitrariedad del poder temporal y se caracteriza por dejarse construir desde la valoración moral y prejurídica de dignidad (los derechos son anteriores a su reconocimiento o tesis prepositiva); el segundo —positivista— que propone que los derechos humanos son meros acuerdos que generan —como señala Spaemann— “edictos de tolerancia revocables”, de manera que en tanto tal pueden ser anulados (2003, pp. 105-118).

Según hemos descrito, cinco de los miembros del tribunal que concurrieron al voto de mayoría asumen una posición positivista que se ve expresada en una opción por la interpretación “originalista” en su vertiente más “gramaticalista o literalista”. Dicho método les permite ignorar expresamente el fondo de la valoración, esto es, evita los análisis a otras normas estructurales que cumplen aquella función desde una perspectiva axiológica o, en su defecto, evita vincular la interpretación de la norma del

art. 19 N°1 inc. 2° con el sistema general de derechos humanos (nacional e internacional). Pero la declaración más relevante de esta tesis positivista, relativa a los derechos que asegura la Constitución, está radicada en la declaración de que los derechos tienen como fuente un acto de soberanía, en tanto el legislador los configura: “No es, por tanto, cualquier tipo de derechos sino los que la Carta Suprema crea y configura” (septuagésimocuarto).

Aun cuando esta opción originalista/literalista del voto de mayoría puede ser legítima desde una perspectiva hermenéutica general, no lo es si se trata de la interpretación de los derechos de la carta fundamental chilena; esto, porque el texto constitucional nacional resulta ser incompatible con este método si se consideran las normas constitucionales de las “Bases de la Institucionalidad” como referente. La perspectiva elegida por la sentencia resulta más un acto político antes que “jurisdiccional”. Aquello es así porque las mismas normas constitucionales reconocen expresamente dicha incompatibilidad. Cláusulas como la de servicialidad del art. 1 (“El Estado está al servicio de la persona humana”); o la cláusula de esencialidad de los derechos como limitación a la soberanía (“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”) o que dicho mismo artículo reconozca que solo “reconoce” derechos ya existentes prejurídicamente, de la misma forma que lo hace el art. 19 que califica su intervención como “asegurativa” o “garantizadora” de lo ya existente,

<sup>10</sup> Véase al respecto García Palominos (2015, p 225).

dan cuenta de esto. Un rechazo a aquella perspectiva —por una supuesta falta de seguridad respecto al contenido y límite de los derechos expresada en el considerando septuagésimocuarto— solo da cuenta de una tendencia a no tomar en serio el mandato de “reconocimiento de la naturaleza humana” (art. 5) como fuente y límite de los derechos<sup>11</sup>. Pero la falta de lógica del argumento se convierte en mera falta de voluntad (¡propia de decisiones “políticas!”), si se reconoce que dicha complejidad en el reconocimiento de derechos humanos solo se puede manifestar en aquellos derechos que no son expresamente reconocidos ni en normas nacionales ni internacionales, pero no en aquellos reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile, como es el derecho a la vida del no nacido (derecho a la personalidad jurídica en el Art. 3 y derecho a la vida en el art.4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos). Como se ha demostrado en el cuadro argumentativo desarrollado más arriba, una justificación como esta para desconocer el derecho a la vida del no nacido, traería como consecuencia general —más allá del debate del aborto— que en el reconocimiento de los derechos humanos más que el contenido de este como “naturaleza humana” vale la fuente sancionadora, esto es, que se encuentre contenido en la Constitución.

Probablemente, la inconsistencia más relevante de la sentencia, radica en que, por una parte, acepta que la “dignidad humana” forme parte de los valores constitucionales del art. 1 y, por otra, al momento de hacer operativo dicho concepto, simplemente lo desconozca y asuma como inicio de la garantización de los derechos humanos un momento accesorio en la vida de los seres humanos: “el nacimiento”. Aquella inconsistencia es evidente, ya que la dignidad como concepto —aunque indeterminado— da cuenta de que la personalidad jurídica y titularidad de los derechos reconocida constitucionalmente es consecuencia de una valoración social que proviene de ciertas circunstancias propias de la “naturaleza humana” que no son ajenas o extrínsecas al sujeto, sino que le son propias y esenciales. En cambio, las consideraciones expresadas en el considerando sexagesimonoveno y septuagesimoséptimo sobre el momento del “nacimiento” como relevante constitucionalmente para acceder a la personalidad jurídica, acuden a un análisis meramente gramatical que elevan a esencial un aspecto meramente accidental en la vida de un individuo de la especie

humana; así intenta suplir la selección de circunstancias propias y esenciales de un ser humano que lo hacen especialmente valioso, como su capacidad racional, su capacidad para el pensamiento conceptual y la libre elección. Esto es, acudiendo a un argumento gramatical —contenido en una cláusula con un significado valorativo histórico— selecciona un momento que en nada aporta a una valoración moral y jurídica que se hace respecto de él. Expresión evidente de esta confusión en la sentencia, es la interpretación limitada que desarrolla de la cláusula declarativa “cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición” del art. 55 y que originalmente ha sido entendida como un mandato a valorar al ser humano desde sus características esenciales y no accidentales —cuestión que en la Constitución se extrae del art. 1 y art. 5— pero que acá es limitado arbitrariamente solo a los nacidos, esto es, a una característica precisamente accidental y accesorio.

Así, entonces, reconociendo que este es un problema que excede al del aborto, no cabe ninguna duda de que esta sentencia representa un importante “retroceso” para el sistema constitucional de reconocimiento y protección los derechos humanos.

4.2. Originalismo y la metodología de interpretación gramatical, por sobre la interpretación axiológica y sistemática

En los considerandos vigesimosexto y siguientes del fallo, el voto de mayoría introduce una declaración respecto a los criterios de interpretación que serán centrales en la solución del caso. Nombra a criterios como la “presunción de constitucionalidad”, el principio de la “interpretación conforme”, el método sistemático, la dinamicidad de la interpretación constitucional y el originalismo. Llama la atención que se haya referido al método de interpretación histórica como “originalismo” y que este se haya calificado como auxiliar y no central. Aquello es sorprendente, ya que, de un análisis muy detallado de los argumentos esgrimidos, es posible sin mucha dificultad concluir que el originalismo cumple una labor central en el fallo, haciendo depender aspectos esenciales ya sea de mera cuestión lingüística o de la historia del establecimiento de la Constitución. Declara textualmente que el método originalista será utilizado “en casos muy justificados y nunca para rigidizar el sentido del texto”, cuestión que como se ha señalado

<sup>11</sup> La utilización del argumento originalista/literal se concentra exclusivamente en la norma del art. 19 N°1 y se contrapone a la interpretación sistemática constitucional, pero lo que resulta ser más extraño es que dicha interpretación sistemática se encuentra también refrendada por la historia de la configuración de aquel sistema, lo que es abiertamente omitido por la sentencia. Así, por ejemplo, en la sesión 203 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se afirmó: “la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana”.

es inexacto. Dicha inexactitud se ve demostrada en dos características en la formulación de los argumentos: 1) Que la sentencia no desarrolla una interpretación sistemática valorativa entre sus normas, sino que se limita a desarrollar simplemente análisis sistemáticos de usos lingüísticos de los conceptos; 2) la literalidad del texto es inamovible (interpretación de conceptos de “nacimiento”, “garantización”, etc.) y 3) la renuncia a reconstruir la valoración moral y jurídica de los seres humanos desde el contenido valorativo de las normas de bases de la institucionalidad —cualquiera pudiera ser el resultado—, para derivárselo a la historia de la redacción de la Constitución.

Ni siquiera el juez norteamericano Antonin Scalia — uno de los principales representantes de la interpretación originalista de la Constitución y que defendía la tesis de que la interpretación jurídica debe reconocer como límite los “entendimientos originales” de los que redactaron las disposiciones— se cerró a considerar el texto de la Constitución como expresión de valores evolutivos y no permanentes (Scalia, 1988-1989). El originalismo expresado en el voto de mayoría, como se ha señalado, se restringe a un análisis textual/literal como una forma de demostrar que la interpretación al texto debe acercarse y demostrar cierta afinidad cultural con su “origen”. Lo anterior se ve demostrado en que se abstiene de ofrecer una reconstrucción valorativa del contenido sistemático de la Constitución o su evolución vinculada a los tratados internacionales, para transferir “sin pudor” la carga argumentativa (valoración moral y jurídica constitucional) a la desarrollada por la “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Comisión asesora de la Junta Militar) y Consejo de Estado” organizados durante un régimen no democrático. La sentencia no se remite solo a interpretar dichos documentos, sino que adicionalmente los copia textualmente a pie de página como una forma de acreditar dicho nivel de lealtad. Este intérprete constitucional es incapaz de corregir aquella situación, acudiendo a las valoraciones posteriores incorporadas al ordenamiento jurídico por medio de tratados internacionales sobre derechos humanos o interpretaciones desarrolladas por el mismo constituyente en democracia. Si bien aquello supone un riesgo, es un riesgo que los Estados de derecho en democracia deben poder asumir, si el texto constitucional manifiesta aquel déficit<sup>12</sup>.

Adicionalmente, el originalismo que utiliza el voto de mayoría no solo considera parte ínfima de la historia (y la literalidad del texto como pretexto), sino que desarrolla conclusiones incorrectas respecto a las ideas centrales del contenido de las actas. Esto porque si bien es cierto que de estas es posible concluir que el mandato de protección al legislador penal del no nacido podía considerarse flexible, no es igualmente concluyente que la estrategia para lograr aquello implicaba la degradación a un mero bien jurídico de la criatura no nacida. Lo claro es que los asesores de la Junta de Gobierno estimaron que no le correspondía a la Constitución referirse y regular aspectos como el delito de aborto (merecimiento y necesidad de pena) y que aquello debía entregarse a la discusión del legislador quien tendría, por un lado, un mandato especial de protección (algo así como una reserva legal) y, por otro, la capacidad de valorar y ponderar de mejor manera las circunstancias específicas. Aquello, sin embargo, nada dice relación al estatuto del no nacido (o un cuestionamiento a su personalidad jurídica), sino que con la flexibilidad para valorar el merecimiento y necesidad de sanción penal o —interpretándolo en términos más amplios— con el modo más o menos intenso de desarrollar la protección que podría incluir la revisión e intensidad de los deberes extrapenales de la madre en casos excepcionales.

El *originalismo radical* asumido por parte del voto de mayoría, criticado por las mismas razones en el voto de prevención del ministro Hernández, constituye un retroceso en el desarrollo hermenéutico de la Constitución. Esto no solo lo es porque dicho ejercicio no refleja un ánimo por conectar dicha interpretación con las normas de bases de la institucionalidad, sino tampoco en relación a desarrollos posteriores, como el desarrollo del sistema internacional de los derechos humanos<sup>13</sup>. Una posible aclaración respecto al estatuto de protección y de la personalidad jurídica del no nacido, exigía un análisis sistemático que incluyera, por cierto, el art. 1, 3 y 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos que, de manera expresa, declara el derecho a la personalidad jurídica de todos los seres humanos (desde la concepción). Evadir, para estos efectos, el fallo de Artavia Murillo y otros versus Costa Rica,<sup>14</sup> incluso para optar por una tesis diferente, tampoco resulta ser adecuado.

<sup>12</sup> Los problemas interpretativos que una interpretación originalista en estas condiciones, ya han sido denunciados por Muñoz León, (2007, p. 385).

<sup>13</sup> En el mismo sentido Muñoz León, (2007, p. 387).

<sup>14</sup> [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nld\\_Ficha=235](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=235) [Fecha de consulta 21 de marzo de 2018].

El reconocimiento expreso de la titularidad de derecho establecido por la Convención Americana y así interpretado por la Corte Suprema chilena y el Tribunal Constitucional en los precedentes inmediatos de esta sentencia, dan cuenta del reconocimiento no condicionado de la personalidad y titularidad de derechos humanos del no nacido. Una interpretación del estatuto del no nacido, desde la exigibilidad de los deberes —esto es, desde una posible interpretación restrictiva del art. 1 y 3 desde el art. 4.1.— no resulta ser coherente o razonable, pero adicionalmente vulnera el principio de “irreversibilidad”. Se trata de la vulneración de un principio —en este caso establecido en el art. 29 c) de la Convención Americana— que señala que no puede interpretarse ninguna de sus disposiciones para “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrático representativa de gobierno”. En otras palabras, si bien puede aceptarse que una optimización de los derechos implique la limitación de estos, dichas interpretaciones no pueden desconocer absolutamente la existencia del derecho o que no lo pueden regular de tal forma que se lo limite en su esencia. Ambas cuestiones suceden en la especie.

#### 4.3. Tesis jurídicas desde las obligaciones de la madre y deberes del Estado

a. Probablemente el aspecto más relevante de la tesis mayoritaria, radica en el argumento de que el mandato de protección del Estado no le impone el deber de incorporar al ordenamiento jurídico un “deber absoluto” (“no matar nunca”) que impida el desarrollo de otros derechos. Aquello implicaría, que los deberes —negativos y positivos (no solo no dañar, sino también cuidar, favorecer y defender al no nacido)— tendrían como límite la imposición de medidas que vayan “más allá de lo razonable y sacrifiquen el derecho de otros”. Aquella tesis del voto de mayoría parte de la base de que el legislador debe considerar a) al embarazo como un estado temporal de compromiso vital de la mujer; b) el legislador no puede instrumentalizar a la mujer con el objetivo de proteger al no nacido, por lo que los deberes se convierten en inexigibles cuando generan riesgo vital o cuando imponen deberes “más allá de lo que a cualquier persona se le exige”. Se trataría, del reconocimiento de que el Estado, en casos que solo puede calificar el legislador, no puede obligar a la madre con el fin de proteger al no nacido a que deba soportar ciertos costos para la vida del destinatario del deber que, por su peso,

se vuelven inexigibles.

El fallo no ahonda respecto a su fundamentación concreta ni es explícito en lo relacionado al contenido de los “deberes” de la madre, aunque es evidente que ha asumido algunos —no todos— los desarrollos dogmáticos que provienen de las sentencias del Tribunal Constitucional alemán de 1975 (BVerfGE 39, 1) y de 1993 (BVerfGE 88, 203) basados en la idea de “inexigibilidad” relevante para excluir la tipicidad y que ha tenido manifestación en la dogmática penal mucho más amplia<sup>15</sup>. En la dogmática penal nacional, autores como Bascuñán (2004), Wilenmann (2013) o Hernández (2016) habían propuesto también para Chile —ya sea *de lege lata* o *de lege ferenda*— soluciones basadas en la inexigibilidad de ciertos deberes de solidaridad o de tolerancia del embarazo. Esta inexigibilidad, a diferencia de aquella desarrollada en torno a la culpabilidad (causa de exculpación), no se basaría en la afectación de las condiciones personales que presupone la motivación conforme a la norma (culpabilidad), sino en los límites generales y en abstracto que tiene el Estado para exigir un deber (inexigibilidad del cumplimiento versus justificación de la imposición) (Véase una explicación a esta separación en Contesse y otros (2017, inédito pp. 9-12)).

En efecto, se ha construido toda una dogmática del delito de aborto casi exclusivamente desde deberes de solidaridad (Bascuñán) o de mera tolerancia de fuente institucional (Bascuñán; Wilenmann), aun cuando, reconocen que la prohibición del aborto se deduce, por un lado, desde la prohibición de dar muerte a otro —la que solo impone al destinatario una restricción de la libertad general de acción—, como adicionalmente, por la imposición del “deber de tolerar la afectación de intereses propios en beneficio de otro” (Bascuñán 2004, p. 167). Sostienen que si el Estado se considera a sí mismo obligado a proteger la vida del feto, este debe transferir todo el peso de sus deberes a la mujer, ya que él mismo no puede sustituir su posición. Esta obligación especial constituiría, según Wilenmann (2013, p. 296), un deber de solidaridad por necesidad que se manifiesta tanto como deber de tolerancia, cuanto como deber de auxilio/resistencia limitada (pp. 301-302). Esto porque el embarazo supone siempre la afectación del cuerpo de la mujer y aquello, por la naturaleza, es insustituible. Ya que se trataría de un deber de tolerancia impuesto por ley, frente a la imposibilidad del Estado por sustituir la obligación de la mujer, que, en todo caso, exigiría ausencia

<sup>15</sup> En la dogmática penal internacional véase Henkel (2008).

de ciertos márgenes de daño respecto de la persona obligada. En principio, y si bien el deber de tolerancia abarca la afectación del cuerpo de la mujer, el deber no se extendería a casos en que exista peligro para la vida de la madre. No se trataría de una causa de justificación —esto es, de una permisión que reemplaza la prohibición original—, sino de una prohibición no aplicable. Por lo mismo, y para el caso del deber del médico, el aborto terapéutico sería la evitación de una muerte que la mujer no tiene deber de tolerar y que el derecho no prohíbe (al menos su prohibición no alcanza); por lo mismo, la conducta del médico sería impune (Wilenmann, 2013, p. 316): “por un mínimo de racionalidad en la protección de la mujer, el sistema tiene que cancelar la validez de la prohibición del aborto también respecto de terceros” (p. 317). Característico de ambas tesis, es que se desarrollan esencialmente en torno al deber de solidaridad y evitan —a pesar reconocerlo— referirse al deber negativo de no matar, con lo cual su propuesta parece no ser completa ni jurídica ni moralmente.

A diferencia de los autores anteriores, Hernández ha desarrollado una explicación que presupone una referencia al deber negativo de “no matar”, esto es, la posibilidad de interpretar alguna de las causales desde una especie de “estado de necesidad defensivo”. Se trataría de hipótesis en que “el mal que se trata de evitar proviene precisamente del bien (o de la esfera de organización del titular del bien) que se daña para evitarlo, aunque sin llegar a constituir una agresión ilegítima en los términos de la legítima defensa” (Hernández, 2016, p. 253).

En la tesis de Hernández —ya esbozada antes por Bascuñán— el no nacido es apreciado como fuente de riesgos para la madre. A diferencia de los casos de estado de necesidad agresivo, en que el titular del bien afectado no ha incidido en el peligro para quien pretende defender un bien y, por lo mismo, exige subsidiariedad y que el bien protegido sea de mayor valor que el afectado, en este caso resulta ser atenuado. Al ser considerado el no nacido “fuente del riesgo” —al menos desde la perspectiva causal— los efectos es que debería exigirse la subsidiariedad (búsqueda de otro medio idóneo menos gravoso) y proporcionalidad en el sentido que el bien afectado no sea preponderante al bien protegido. Hernández, sin embargo, solo acepta el segundo, en los siguientes términos: exigiendo solo una moderada proporcionalidad “en términos de que el mal que se evita no sea mucho menor que el que se causa para evitarlo”.

Los principales problemas, entonces, de la tesis del Tribunal Constitucional, en tanto podrían seguir

estas propuestas dogmáticas desarrolladas por la doctrina nacional, son dobles. El primero radica en que incorpora una solución con un lenguaje de “mandato de optimización” —que implica no aceptar el sacrificio absoluto de cualquiera de los intereses en conflicto— basada esencialmente en la “inexigibilidad” de ciertos deberes de la madre que los entiende, en primer lugar como meramente solidarios o de mera tolerancia (no se refiere a los negativos) y, en segundo lugar, como deberes comunes (la madre no sería titular de un deber especialísimo). El segundo problema radica en que la perspectiva del estado de necesidad defensivo —única que considera el deber negativo— no solo no es capaz de dar explicación a todas las causales, sino que adicionalmente, al menos en la explicación del único autor que la desarrolla, no considera en los casos más extremos— como el de riesgo para la vida de la mujer— que el no nacido no siempre es fuente del riesgo y, en aquello en que sí lo es, no considera que aquel riesgo no le es “imputable o atribuible”, por lo que no analiza los efectos de aquello (Ossandón, 2015, p. 161).

En lo relativo al primer problema, esto es, que construye su solución desde deberes de tolerancia (concebidos como meros deberes positivos), oculta que la existencia de límites a dichos deberes de solidaridad o mera tolerancia no derogan los deberes negativos de no matar que son comunes a todos. Así, y si bien es perfectamente posible reconocer que la mujer no tiene un deber absoluto de mantener o continuar el embarazo —en la medida que no sea físicamente posible—, sin embargo el deber de no matar directamente sí lo es: siempre será exigible el deber de abstenerse de matar intencionalmente a un inocente, si se parte de la base de que ese individuo es valorado moralmente como “valioso”. Aquello implica, nuevamente, que si bien se reconoce que nadie tiene el deber ilimitado de tolerar el sacrificio de sus bienes esenciales como forma de mantener la vida de otros, también se debe reconocer que siempre está prohibido matar como fin o como medio a otro, en este caso, al no nacido. Así, mientras en la primera causal no se presentan mayores problemas, ya que resulta absolutamente proporcionado emprender una conducta que permita salvar la vida en la medida que no se utilice a la criatura como medio, sí se produce un problema insalvable en las causales segunda y tercera (principalmente si se quiere utilizar la llamada por el tribunal “legítima defensa tardía”).

Otro aspecto relevante —y que forma parte del primer problema— radica en que define los deberes de la madre como comunes o, al menos, afirma que la madre no puede ser considerada medio, con lo que el Estado no

podría imponer deberes “más allá de lo que a cualquier persona se le exige” (cuadragésimoséptimo). Este aspecto, por cierto, desconoce que la madre es titular de deberes permanentes y especialísimos, que van más allá de los “comunes” referidos a no matar o lesionar y relativos a tolerar costos. Estos deberes especialísimos son los que explican que, más allá de las causales, el deber de mantener el embarazo —a pesar de los costos que ello conlleva— sigue resultando vinculante en todos los demás casos.

El segundo grupo de problemas, relacionados con la posible tesis del estado de necesidad defensivo como posible estructura de las causales —única tesis que reconoce que el conflicto está relacionado con el deber negativo de no matar (abortar)— implica aceptar que el no nacido debe soportar su muerte como consecuencia del peligro que genera su “esfera de organización” en la autonomía de la madre. Aquello es, en principio, absurdo. Si, para evitar lo absurdo (aunque aceptando la petición del principio que aquello significa), se reconoce al nonato solo como una “fuente de peligro”, aquello supone, cuestión no reconocida expresamente por Hernández, que debe agregarse a los requisitos de la defensa del propio bien, la selección del medio idóneo pero menos lesivo (subsidiariedad, necesidad o última *ratio*), en cuyo caso la “interrupción del embarazo” sería el medio más intenso, recurrible solo subsidiariamente frente a la ausencia de otro igual de idóneo.

En el aspecto de fondo, la tesis del Estado de necesidad defensivo justificante, que sostiene que es lícito matar intencionalmente a un inocente —nacido o no nacido— por el solo hecho de formar parte de una fuente de peligro para los bienes de otro, deben superar la “petición de principio”, como señala Ossandón, que aquello supone (que es lícito matar, cuando solo es posible evitar el riesgo con la muerte intencional) (2015, p. 154). Esto porque de la misma forma, también existen poderosas razones —como la prohibición de utilizar la muerte de otro como medio— como para solo autorizar la muerte de otro cuando se funde en un ataque injusto o una agresión.

b. La opción interpretativa para la primera causal incorporada por el voto de prevención del ministro Domingo Hernández—que puede entenderse como alternativa a la desarrollada por los demás votos de mayoría— es la del “doble efecto”. Esta posición política, filosófica y jurídica, en tanto valora moral y constitucionalmente al no nacido como “un fin en sí mismo”, y no como una cosa administrable o ponderable, concluye que el nonato no puede ser instrumentalizado o utilizado como medio

para otro fin. Por lo mismo defiende la tesis de que “Nunca es lícito procurar la muerte de un ser humano, ni como medio ni como fin, porque eso equivaldría a negarle su valor intrínseco, esto es, ser fin en sí mismo” (Miranda, 2014, p. 161). Sin perjuicio de lo anterior, y de estar absolutamente prohibido procurar la muerte de otro ser humano como medio para obtener otro tipo de fines, esta tesis sostiene que no está siempre prohibido emprender conductas que puedan tener como efecto colateral o indirecto la capacidad de procurar la muerte. El problema de la tesis expuesta por D. Hernández radica en que le asigna una naturaleza “exculpatoria” para la madre, aun cuando en su contenido se trate de una causa de exclusión del injusto o antijuridicidad para madre y médico.

La tesis del doble efecto responde a esta lógica, en tanto reconoce que la madre que se enfrenta a una colisión de deberes de esta naturaleza, no tiene un deber absoluto de mantener el embarazo, ya que aquel deber depende de que aquello sea físicamente posible. El único deber absoluto lo es el deber negativo de no matar a otro. De ahí que la madre solo tendría como límite la no instrumentalización de la vida del tercero: su muerte no puede ser provocada como fin ni como medio para otro fin, sino sólo como efecto colateral. La prohibición absoluta no es de realizar la conducta riesgosa, sino de desarrollarla con la intención de matar: “un efecto malo que jamás puede ser lícitamente procurado como fin o como medio, puede aceptarse justificadamente cuando es sólo el efecto colateral de una acción en sí misma lícita y necesaria para conseguir un efecto bueno de importancia proporcionada” (Miranda, 2014, p. 161).

Se trata, por lo tanto, de un criterio que autoriza la ejecución de conductas —que de otra forma estaría prohibido emprender— que, no obstante que de ellas surjan efectos tanto buenos como malos, sea la *ultima ratio* para evitar un mal que proporcionadamente aparece como *inexigible*. La licitud de esta conducta riesgosa, o incluso lesiva, está radicada en que se trata de la única forma de conseguir un fin bueno que, a su vez, es la única forma de evitar un daño tan grave en proporción al efecto malo, que no esté obligado a sufrir (Ugarte, 2010, p. 394). La conducta buena necesaria, ya que de otra forma se estaría obligado a omitir a costa de sufrir un mal irreparable al agente o un tercero (p. ej. la muerte), solo produce el resultado dañino como efecto colateral.

La importancia de esta teoría es que permite resolver los conflictos de interés, aunque manteniendo una configuración social, idea de Estado instrumental al individuo, respetuosa de la dignidad humana y del

estatuto de la persona humana. Adicionalmente, esta solución no es incompatible con la aplicación del sistema diferenciado del delito (injusto y culpabilidad), de manera que criterios como el estado de necesidad exculpante o la falta de necesidad de pena, resultan ser en el resto de los casos, no abarcados por el riesgo permitido, una posibilidad.

c. Todas las tesis desarrolladas por la mayoría (si entendemos que una de ellas sigue la tesis de la literatura) llegan a la conclusión de que pueden existir hipótesis que impliquen que un deber vigente y vinculante puede llegar a ser inexigible, esto es, que si bien la norma sigue vigente resulta desproporcionado exigir la en un caso concreto. La primera de las tesis expuestas por la literatura —la de la mera inexigibilidad— planteará que esta debe ser calificada por el legislador, en el sentido de determinar el nivel razonable de exigencia del deber de tolerancia, aunque —como ya se puede observar— evadiendo la explicación del deber negativo o, a lo menos, los diferenciados efectos y límites que generaría su inclusión en el análisis (cuestión enfrentada por las demás tesis). Por su parte, las demás tesis —la del estado de necesidad defensivo y la del doble efecto— permiten reconstruir la lógica de la causal desde lo que históricamente se ha denominado “estado de necesidad”. Si bien ambas se fundamentan diferenciadamente e implican exigencias distintas, terminan por exigir proporcionalidad y subsidiariedad. Sin perjuicio de lo anterior, la lógica de

ambas tesis se limita exclusivamente a la primera causal y, con dudas, se podría extender a la segunda.

Así las cosas, las indicaciones embriopática y criminogénica (o segunda y tercera causal), quedan reducidas a una fundamentación basada exclusivamente en la inexigibilidad de parte de los deberes positivos de la madre, específicamente los deberes de tolerancia o de solidaridad, dejando vigentes los deberes negativos. La inclusión de los deberes negativos —no matar (abortar)— en la lógica de la inexigibilidad, no solo no ha sido introducida en las reflexiones de la literatura nacional ni en la sentencia del Tribunal Constitucional, sino que además, si fuera incluida, solo sería posible si dicha resolución asumiera como su principal tesis la de que el no nacido es mero “objeto de protección” y, a su vez este, como un objeto ponderable y administrable por su madre. Esto es, no se trataría de un caso solo de inexigibilidad, sino que adicionalmente de un caso excepcional de renuncia a la protección constitucional y aceptación de la instrumentalización del ser humano, en casos desproporcionados (casos, en que los intereses de la madre son inferiores a los del no nacido). Las posibilidades de aceptar aquella tesis, sin embargo, quedan anuladas con la suma del voto de minoría y el voto de prevención en la sentencia del Tribunal Constitucional que niegan aquella posibilidad y quedan empatados con los votos que teóricamente lo aceptarían.

## 5. Reflexión final (ejercicio académico): Límites a la tesis del voto de mayoría

a. No cabe duda de que la tesis central del voto de mayoría se construye sobre la base de tres pilares fundamentales —estatuto del no nacido, deberes del Estado y deberes de la madre— lo que se expresa en la idea de “inexigibilidad” de ciertos deberes de la madre y la necesaria instrumentalización limitada de la vida del no nacido. También ha quedado relativamente claro que el voto de mayoría no ha logrado realmente una mayoría entre los miembros del Tribunal Constitucional —si se considera el voto de prevención y los votos disidentes— respecto a la tesis de la falta de personalidad del no nacido, no pudiendo revertir o derogar el precedente del Tribunal Constitucional al respecto (véase cuadro). Así las cosas, la tesis central esgrimida por el legislador y luego aceptada por parte del Tribunal Constitucional, ha quedado radicada exclusivamente en la “inexigibilidad”

del deber vigente de tolerancia del embarazo, limitando la interpretación del sistema normativo de las indicaciones.

De ahí que pierdan valor varias argumentaciones dependientes del estatuto del no nacido como mero “objeto de protección”, tales como aquella que sostenía, respecto a la primera causal, que no es necesario hacer diferencias de fondo respecto a las formas de interrupción del embarazo, en tanto, “el resultado será siempre el mismo: la muerte del feto. En el aborto no hay muerte natural del que está por nacer. Hay una acción médica que provoca su muerte” (considerando nonagesimocuarto). La falta de distinción entre efecto colateral de una acción lícita y efecto directo de una acción buscada, resulta inaceptable si no se logró acuerdo respecto de la despersonalización del nonato y, con ello, de la posibilidad

de su instrumentalización. También pierde valor, por ejemplo, la tesis de cinco miembros que concurrieron al voto de mayoría que sostenía que el límite a la regulación de los derechos por su contenido esencial (art. 19 N° 26) no comprendía el derecho a la vida del no nacido, por no constituir un derecho subjetivo y una garantía del art. 19 de la Constitución. Por el contrario, deberá considerarse que, si bien es posible aceptar riesgos para la vida como legítimos o como manifestación de la no exigibilidad, existe un núcleo de la prohibición, que no puede ceder, si quiere tomarse en serio la idea de la dignidad humana y la no instrumentalización de la vida. Esto es, no puede permitir que el bien pueda ser afectado directamente. Aquello significa que nunca es lícito matar directamente a un inocente.

A pesar de que ya he sostenido que aquella prohibición de matar directamente hace incompatible la nueva ley con la Constitución (García Palominos, 2015, p. 225), principalmente porque el reconocimiento de la personalidad está precedida por la valoración moral y jurídica de ser el nonato un fin en sí mismo no utilizable para otros fines —la muerte del nonato no puede ser utilizada como medio para la existencia o intereses de otro—, parece también que la invitación académica a debatir sobre los efectos de este puzzle constitucional —como le ha llamado Bascuñán— resulta necesaria, de manera de poner límites materiales a la lectura desbordante que se ha hecho de la ley<sup>16</sup>. El grupo de soluciones tenidas a disposición están centradas en definir los límites, alcances y vigencias de los deberes de omitir acciones o de realizar acciones.

b. Una tesis —como ya se ha informado— ya ha sido formulada y defendida por el ministro Hernández en su voto de prevención, al sostener que la inexigibilidad de otra conducta que fundamenta las tres causales solo afectaría la capacidad de la madre para motivarse conforme a la norma de conducta (inexigibilidad de otra conducta). No se trataría así de una norma que autoriza el acto occisivo de un ser humano inocente, sino solo una que reconoce o presume la circunstancia que fundamenta la inexigibilidad, excluyendo la culpabilidad. Cuestión diversa sería la naturaleza de la causal para el acto médico —en tanto no se afectaría la capacidad de motivación por el derecho—, en cuyo caso se trataría solo de una circunstancia que, como una excusa legal absoluta, afectaría la punibilidad, pero que mantendría intacto el injusto y la culpabilidad.

Esta tesis, no cabe duda, que tiene la capacidad de solucionar dicho puzzle constitucional, en tanto puede compatibilizar la existencia de las causales legales y la personalidad del nonato; sin perjuicio de lo anterior, tiene dificultades para explicar que la misma ley garantice estatalmente el acceso a la interrupción del embarazo como una prestación médica. De seguirse esta tesis, las causales —esencialmente la segunda y tercera— deberían entenderse como presunciones de “inexigibilidad de otra conducta”, cuestión que es contradictoria con la esencia “particular” de aquella exclusión de la culpabilidad.

c. Una segunda posible tesis se desarrollaría intentando compatibilizar los límites de la coexistencia entre deberes negativos y de tolerancia de que es titular una mujer embarazada, de manera tal que los límites de este último deber —entre otros, aquel que señala que nadie está obligado a cumplir deberes positivos, si aquello implica lesionar intereses esenciales, por ejemplo, su propia vida— puedan coexistir con aquel deber que prohíbe causar la muerte de un inocente.

Precisamente, a este tipo de soluciones apunta la teoría del doble efecto, relativa a la primera causal, y que, a diferencia de lo sostenido por el ministro Hernández, tendría la naturaleza de causa de justificación, en tanto autorización limitada para realizar una conducta activa originalmente prohibida. Esto, porque aquella reconoce que los deberes de tolerancia y/o solidaridad que son exigibles a la madre, resultan ser inexigibles cuando está en riesgo su vida. La problemática se centra entonces en los límites relativos al deber negativo de no matar a un inocente como medio para salvaguardar su propia vida y que se materializan en la exigencia de omitir acciones directa o intencionalmente occisivas. Su solución es mantener en el ámbito de lo permitido la ejecución de actos médicos riesgosos que buscan sanar a un paciente (conducta buena) —única forma de evitar un mal grave a una persona (en este caso la muerte)—, pero que, como efecto colateral, podría producir o producen la muerte de la criatura. Como ya se ha indicado, aquella falta de instrumentalización se vería manifestada en la falta de intención de matar, constituyéndose en el principal elemento de distinción. Cualquiera sea el caso, se trata de medidas cuyo límite es la *ultima ratio* (necesaria) y proporcionalidad en relación con el mal grave que amenaza.

<sup>16</sup> El Profesor Antonio Bascuñán R. ha acuñado esta situación como puzzle constitucional tanto en la Jornada de Derecho Penal en conmemoración del 10° Aniversario de la Fiscalía Regional de los Lagos en la Universidad Austral de Valdivia (octubre de 2017) como en la Jornadas de Derecho Penal realizadas el año 2017 en Antofagasta.

No resulta de la misma forma compatible con la dignidad del nonato la tesis del estado de necesidad defensivo construida por la dogmática penal, principalmente porque —si bien aquella reconoce la existencia del deber negativo que debe ceder ante la necesidad— no reconoce que al nonato no le puede ser imputado el riesgo (incluso en muchos casos, ni siquiera como mera fuente). La muerte del nonato solo debe ser consecuencia de la interrupción del embarazo, pero no la forma de interrupción.

d. Si bien la tesis del doble efecto puede ser mantenida respecto de la primera causal (y forzosamente en la segunda), no lo es —por su profunda incompatibilidad— con la tercera causal. Este problema es irresoluble.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta un ejercicio académico necesario aquel que intenta analizar cuáles serían los límites lógicos de aquella tesis que decida mantener la idea de la inexigibilidad (no basada en la idea de afectación de la motivación) y, a su vez, que acepte convivir con la valoración moral del no nacido como digno y titular del derecho a la vida. No cabe duda de que una opción como esa debe abandonar la idea de poner al centro de sus soluciones la “instrumentalización” de la criatura, esto es, que la muerte sea un medio para solucionar los problemas que el embarazo implica para la madre. Pero ¿cómo compatibilizar aquello con las reglas de las indicaciones o causales?

Por ahora, sabemos que el Tribunal Constitucional ha argumentado que, si bien el Estado tiene un deber de protección del nonato, imponiendo deberes a la madre y a terceros, entiende que el deber impuesto a la madre de tolerar el embarazo en ciertas condiciones podría ser poco razonable o desproporcionado. De ahí que el legislador tendría la facultad de cancelar dicho deber en ciertas circunstancias, circunstancias que se han transformado en “causales” y que, en materia penal, podrían ser reconocidas como causas de justificación (exclusión del injusto), lo que permitiría la legalidad de las prestaciones de salud. Este último punto está en el centro de la configuración del sistema.

Acudir al principio de “inexigibilidad” de los deberes de tolerancia de la mujer, como lo ha hecho el voto de mayoría en la sentencia del Tribunal Constitucional para

justificar la constitucionalidad de las causales, lo ha obligado a renunciar a “justificar” la conducta por su justicia intrínseca (Ossandón, 2015, p. 160)<sup>17</sup> (ej. donde apuntan las tesis del doble efecto o estado de necesidad defensivo), para solo aceptar una especie de neutralidad del Estado en relación con la decisión de la mujer respecto a tolerar el embarazo. Esta no proviene, entonces, de una ponderación de intereses —por afirmación de un interés preponderante— sino de la consideración a la especial situación en que se encuentra el receptor de la norma de conducta, ya sea por dificultad de motivación conforme al deber o por excesiva la imposición del deber. No se trata de una causa que se base en la justicia intrínseca de la conducta de abortar ni una que afecte la vigencia de la prohibición de matar, sino una que reconoce límites de la exigencia del deber.

No obstante que el principio de (in)exigibilidad ha encontrado una solución penal en la culpabilidad, una parte importante de la literatura penal ha querido proveerle a esta norma del art. 119 bis del Código Sanitario una naturaleza justificante<sup>18</sup>, por su generalidad y por tratarse de una autorización excepcional que no apuntaría a la incapacidad de motivarse normativamente, sino a las consecuencias vitales desproporcionadas de seguimiento de la norma. Esta parte de la literatura sostiene además que la mera referencia a los límites (imposición) del deber de tolerancia no daría cabida a la exigencia de proporcionalidad o necesidad (Ejemplo de esta visión en Contesse y otros (2017, inédito, p. 13)). Esta interpretación genera un problema lógico: una incompatibilidad entre el contenido y alcance de la autorización y el contenido y alcance de la prohibición de matar. Aquello se resuelve metodológicamente volviendo el tema al origen: lo inexigible se refiere al deber de tolerancia y mantenimiento del embarazo (la carga de mantenerse conectada), pero no al deber de abstenerse de realizar conductas destinadas a matar a la criatura. De ahí que el problema relevante esté radicado en definir cuáles son los límites del deber negativo de “no abortar” (no matar) que resulta del reconocimiento de la inexigibilidad del primero ¿hasta dónde se cancela el deber de omitir y se tolera el accionar? Este reconocimiento exige, por cierto, reconocer límites sustantivos provenientes del reconocimiento del estatus de persona del nonato.

<sup>17</sup> En otras palabras: La interrupción del embarazo como consecuencia de la inexigibilidad del deber de solidaridad, coloca la decisión valorativa en la mujer, en cuyo caso la autorización no es consecuencia del reconocimiento de un derecho o de un mejor derecho por necesidad o lo que podríamos denominar “conformidad al derecho” del sacrificio de un bien a costa de otro.

<sup>18</sup> Una perspectiva amplia de la antijuridicidad (dualista), véase en Wilenmann (2017) *Justificación de un delito en situaciones de necesidad*.

e. Si el reconocimiento de la personalidad del nonato se considera seriamente, aquello implica que jamás será lícito procurar la muerte de aquel ser humano inocente ni como un fin en sí mismo ni como medio para otro fin, ya que aquello implica negar su valor intrínseco (Miranda, 2014, p. 160). La causación de la muerte de un inocente vulnera su dignidad si es utilizado como medio para otro fin.

De aquello se obtiene que, por ejemplo, no está autorizada la mujer, el médico ni el Estado, para garantizar la “muerte” del nonato, como medio para solucionar situaciones de inexigibilidad provenientes de la segunda o tercera causal ni menos para incorporar lo que el voto de mayoría —accediendo a una de las alegaciones del gobierno— denomina una “defensa tardía” ante el ataque sexual. Aquello resulta no solo del reconocimiento de la personalidad de la criatura, sino además del voto de siete de los ministros del Tribunal Constitucional que rechazan expresamente la idea de derecho a la disposición del no nacido o derecho al aborto (véase a modo de ejemplo prevenciones de ministros Brahm y Vásquez en pág. 272). La vida del nonato sigue siendo valiosa e indisponible, sin perjuicio de la inexigibilidad del deber de tolerancia de la madre, por lo que la muerte de la criatura que podría no generar responsabilidades penales, desde la lógica de este modelo de solución, es solo aquella que es consecuencia inevitable y necesaria de la desconexión anticipada de la criatura con la madre.

Una situación como esta —esto es, que acepta la inexigibilidad del deber de tolerancia por un lado, pero no la renuncia al estatus de persona y su protección constitucional, por el otro— se ve obligada a reducir el concepto de “adelantamiento del parto” a su sentido más restrictivo, esto es, como la aceptación del emprendimiento de conductas tendientes a separar a la madre de su hijo, aunque manteniéndose como prohibida la ejecución de conductas destinadas directamente a provocar la muerte del no nacido. ¿Es posible aquello?

La inexigibilidad del deber de tolerancia en casos excepcionales, por lo tanto, no reúne un contenido sustantivo que alcance el “decidir sobre la vida o muerte de un ser humano”, sino solo sobre su deber de mantener o tolerar el embarazo. El reconocimiento de aquellas circunstancias como inexigibles, va acompañado de la tolerancia del Estado de llevar a cabo conductas activas que impliquen la “interrupción de aquel estado” y, con ello, el posible efecto de la muerte del nonato. La tolerancia del Estado de aquella conducta riesgosa, o incluso lesiva, que de otra forma la madre y médico estarían

obligados a omitir, solo produce el resultado dañino como efecto colateral a la no exigencia de mantener el embarazo. Si se recurre al ejemplo del violinista de Judith Jarvis Thomson (1971), el sujeto que ha sido conectado en contra de su voluntad, solo podría desconectarse del violinista famoso no debiendo asumir los costos físicos de aquella desconexión (aunque aquello finalmente le cause la muerte al músico), pero por mantenerse vigente su deber negativo de no matar, este no podría clavar un puñal al violinista con tal objetivo.

El establecimiento de la “inexigibilidad” como argumento esencial, entonces, alza como principal límite general a la conducta de “separación madre/hijo” a aquel principio declarado por el voto de mayoría como esencial en la segunda causal: la “última *ratio*”. Señala el tribunal que la “decisión de interrupción del embarazo siempre constituirá una medida de “última *ratio*”, como consecuencia de que “se deben evitar los perjuicios derivados de una determinación que tendrá carácter de irreversible” (centesimoprimero).

Esto resulta ser esencial si se considera que a la criatura humana no nacida no le es imputable la producción de algún riesgo para la vida de la madre (no es “agresor injusto”) ni es causa —en la mayoría de los casos— de la circunstancia que hace inexigible el deber de mantener y tolerar el embarazo o que haría justificable una acción occisiva o riesgosa en su contra. Aquella situación general de imposibilidad de imputación o atribución en sentido amplio del peligro o afectación de intereses, ubica al nonato en una situación especial: en muchas de las situaciones abarcadas por las indicaciones —con excepción de algunas relativas a la primera causal— la criatura es ajena al riesgo de los intereses de la madre. De ahí que resulte absolutamente exigible según este modelo de solución, tanto para la madre como para el médico, que la legalidad del acto de “interrupción” esté supeditado no solo a la no instrumentalización del ser humano, sino adicionalmente a la estricta necesidad vinculada a la razón de inexigibilidad. Existirá un deber tanto de la madre como del médico de considerar las indicaciones o causales en sentido estricto —esto es, como mero reconocimiento de “inexigibilidad” del deber de tolerancia o solidaridad— lo que se cristaliza solo en la posibilidad de que la madre voluntariamente solicite “la separación madre/hijo”, en casos en que no exista un modo alternativo de proteger el interés de la madre, de utilizar el método de desvinculación (desconexión) menos lesivo para la salud de la madre e hijo y acreditando las circunstancias por el medio más seguro. No cabe duda de que, debido a la forma de regulación de las

## Sobre la despenalización del aborto en tres causales y la paradoja constitucional

causales por el legislador, no resulta posible la exigencia estricta de que el bien protegido sea preponderante a la vida para el nonato, pero si lo es, la selección del medio —interrupción— solo si no hay otro medio idóneo de protección y menos gravoso, y, en caso de que se seleccione este, que no se trate de un medio menos lesivo para el nonato. La posibilidad de sobrevivencia de la criatura fuera del útero materno nunca podrá ser considerada como un peso o costo que se deba considerar en la fundamentación de la inexigibilidad, al punto de que la muerte nunca puede ser considerada como fin.

En definitiva, de la argumentación del tribunal (inexigibilidad) y asumiendo la necesidad de coexistencia con el precedente respecto a la personalidad de nonato, las exigencias mínimas de las causales serían las siguientes. El reconocimiento de que 1) el nonato no es fuente ni responsable de la mayoría de las circunstancias que generan que las cargas del embarazo resulten inexigibles para la madre; 2) que las causales no son el reconocimiento de derecho al aborto; 3) que, en realidad, se trata del reconocimiento de circunstancias que hacen inexigible el cumplimiento del deber de tolerancia, aunque

no del deber negativo de omitir conductas lesivas para con los demás, y 4) de que si la muerte de nonato no puede ser utilizada como medio para otro fin, entonces la interrupción solo será tolerada si

(1) Se funda estrictamente en las circunstancias establecidas en la ley.

(2) Se hayan cumplido estrictamente las exigencias de seguridad cristalizadas en los deberes de acreditación de la causal establecida en la ley y el reglamento.

(3) No existe un medio idóneo menos gravoso que resuelva la circunstancia de necesidad y que fundamenta la inexigibilidad (no debe existir otra manera de conseguir el efecto bueno).

(4) La acción de interrupción no busca producir el resultado de muerte o la producción de la muerte como medio para obtener algún resultado.

(5) La muerte es solo un efecto colateral de la “interrupción del embarazo” sin riesgo para la madre.

### Cuadro Argumentativo

<p>El ordenamiento jurídico chileno le impone a la madre que lleva en su vientre un hijo y a los terceros que interactúan con ella el deber general negativo de organizar sus vidas sin afectar la vida del <i>naciturus</i> (<i>naeminem laedere</i>), de manera tal de omitir cualquier conducta que lesione su vida.</p>	
<p>Adicionalmente, y en atención a que a dicha madre y/o a ciertos terceros —por ejemplo al facultativo— se le imponen deberes prestacionales adicionales, más intensos en relación al <i>naciturus</i>, en tanto se trata de un deber institucional que permite su sobrevivencia.</p>	
<p>La intensidad de la unión entre ella y el embrión o feto, establece un vínculo, que implica un compromiso vital para la madre.</p>	
<p>El Estado, como consecuencia del derecho a la vida del nonato, no puede obligar a la madre a actuar contra sí misma, y obligarla a soportar costos desproporcionados, por lo que en casos excepcionales establecidos por el legislador, entiende dicho deber de tolerancia como inexigible.</p>	
<p>Que la aceptación de la inexigibilidad por desproporción de los costos asociados al deber de tolerancia del embarazo, implica reconocer que la madre no está obligada a mantener su cuerpo a disposición de su hijo, aunque NO a matarlo.</p>	<p>No resulta compatible con la idea de la personalidad del no nacido, que la muerte de la criatura sea un medio legítimo de concretar la inexigibilidad, ya que aquello implicaría la aceptación de la instrumentalización de un ser humano.</p>

<p>La inexigibilidad de tolerar el embarazo, no es equivalente a permitir la occisión directa del no nacido, ya que el Estado no puede autorizar la muerte directa de un inocente.</p>	
<p>La inexigibilidad deriva en la posibilidad de solicitar la interrupción del embarazo, entendido este como la desconexión entre madre e hijo.</p>	
<p>El problema esencial radica entonces en que, dependiendo del momento en que se lleve a cabo y el método utilizado para la interrupción del embarazo que implica el incumplimiento del deber de tolerancia, puede causar o no la muerte del nonato.</p>	<p>Es un error pensar que la regla se construye sobre la base de que la materialización de la inexigibilidad del deber por medio de la “interrupción” siempre implica la causación de la muerte del nonato. Aquello no ocurrirá necesariamente, por ejemplo, en el adelantamiento del parto en fase de viabilidad.</p>
<p>Dicho problema esencial en el caso de la tercera causal, por el plazo en que se llevará a cabo (antes de las 12 o 14 semanas de gestación), —al menos, por el avance científico actual— tendrá como efecto, inevitablemente e irreversiblemente, la muerte del feto.</p>	<p>Aun así, el método no es indiferente para calificar el acto de interrupción con resultado de muerte como legítimo o no. La muerte directa siempre será prohibida.</p>
<p>Dicho problema esencial en la primera y segunda causal, resulta ser un problema abierto y depende de la temporalidad y modo de interrupción, ya que la sobrevida depende de muchas circunstancias.</p>	<p>Nunca estará permitido causar la muerte directa del nonato en una etapa de viabilidad, sin proveer los medios para la sobrevida.</p>
<p>El reconocimiento de que 1) el nonato no es fuente ni responsable de la mayoría de las circunstancias que generan que las cargas del embarazo resulten inexigibles para la madre; 2) que las causales no son el reconocimiento de derecho al aborto; 3) que en realidad, se trate del reconocimiento de circunstancias que hacen inexigible el cumplimiento del deber de tolerancia, aunque no del deber negativo de omitir conductas lesivas para con los demás, y 4) si la muerte de nonato no puede ser utilizada como medio para otro fin, es que la interrupción solo será tolerada si</p> <p>(1) se funda estrictamente en las circunstancias establecidas en la ley;</p> <p>(2) que se hayan cumplido estrictamente las exigencias de seguridad de acreditación de la causal establecidas en la ley y el reglamento;</p> <p>(3) que no exista un medio idóneo menos gravoso que resuelva la circunstancia de necesidad y que fundamente la inexigibilidad (no debe existir otra manera de conseguir el efecto bueno);</p> <p>(4) la acción de interrupción no busca producir el resultado de muerte o la producción de la muerte como medio para obtener algún resultado;</p> <p>(5) la muerte solo puede ser efecto colateral de la “interrupción del embarazo” sin riesgo para la madre.</p>	

d. Hemos intentado realizar un ejercicio meramente lógico de las consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional. Ahora queda a la filosofía, a la dogmática constitucional y penal evaluar si aquella situación es efectivamente compatible.

## Anexo

### Cuadro Argumentativo Sentencia Tribunal Constitucional

Estatuto del no nacido (cuadragésimo)	
Contenido del derecho a la vida (cuadragésimotercero y siguientes).	
Cuadragésimo (respecto a los elementos guía), como en el análisis del art. 19 N°1 en el título VIII (considerando cuadragésimotercero a sexagesimoprimer; p. 82 y ss.) y el análisis del concepto persona en el título IX (considerando sexagesimosegundo a septuagesimonoveno).	
<p>La Constitución encarga al legislador proteger la vida de los no nacidos (cuadragésimoquinto)</p> <p>El derecho a la vida lo asegura solo a los nacidos</p> <p>Introduce una mediación: entregó a la ley un rol, sin asumirlo directamente</p> <p>Gramaticalmente habla “del que está por nacer” en el inc. segundo, en circunstancias de que en el inciso primero habla de “la persona”.</p> <p>“No quiso la Constitución cerrar ella misma la protección. La entregó a la apreciación del legislador; en qué casos sí, en cuáles no, de qué modo.”</p>	<p>A1 la Constitución gramaticalmente distingue en el art. 19 N°1, a los seres humanos a quienes se les “asegura” el derecho a la vida y aquellos a los que solo se les protege la vida mandatándole tal función al legislador.</p>
<p>Que el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución. Por eso se refiere a él y le encarga al legislador su resguardo (septuagesimoctavo).</p>	<p>A2 Al mandar la Constitución al legislador para proteger al no nacido, lo convierte en un bien jurídico de mucha importancia para la Constitución.</p>
<p>Análisis gramatical-sistemático: estas disposiciones “no han sido consideradas mandatos máximos y a todo evento”, no implica exigencia de medidas de protecciones concretas (como las que provee excepcionalmente el derecho penal) ni impide el desarrollo de derechos que limitan el interés protegido (cuadragésimosexto).</p>	<p>A3 Los mandatos de protección constitucional no son absolutos, esto es, no son mandatos máximos y a todo evento.</p>
<p>Finalmente, tampoco ha impedido el desarrollo de nuevos derechos. Por ejemplo, la protección de la familia no ha impedido la ley de divorcio, la ley de filiación, la ley de unión civil (cuadragésimosexto).</p>	<p>A4 Un mandato de protección no exige como deber correlativo un deber absoluto que impida el desarrollo de otros derechos.</p>
<p>Proteger sería un deber activo que abarcaría cuidar, favorecer, defender [interferencia no perjudicial cotidiana] y medidas positivas de potenciamiento (cuadragésimoséptimo).</p>	<p>A5 El mandato de protección establece deberes negativos y positivos que implica cuidar, favorecer y defender.</p>

<p>Esta protección exigiría del Estado no excederse en la protección imponiendo o estableciendo medidas que vayan “más allá de lo razonable y sacrifiquen el derecho de otros” y exigiría “no desproteger”, esto es, no implementar medidas indispensables para el resguardo de la vida (cuadragésimoséptimo).</p>	<p>A6 El mandato de protección tiene como límite la imposición de medidas que vayan “más allá de lo razonable y sacrifiquen el derecho de otros”.</p>
<p>Premisa 1 (general): ya que las medidas de protección pasan “inevitablemente” por la progenitora, la protección del que está por nacer debe pasar, en primer lugar, por protegerla, ya que debe contar con ella y, en segundo lugar, no otorga un título que permita perjudicarla. El legislador no podría instrumentalizarla (no puede ser considerada medio), por lo que no podría imponer su voluntad si aquello implica peligro para su vida ni imponer deberes “más allá de lo que a cualquier persona se le exige” (cuadragésimoséptimo).</p> <p>Argumento de apoyo a la conclusión, de carácter sistemático: una inversión —esto es, cuando la Constitución ha permitido hacer primar un interés o derecho por sobre otro— lo ha dicho expresamente, cuestión que no sucede en la especie.</p>	<p>A7 Las medidas de protección al no nacido son, por la relación simbiótica entre nonato y progenitora, dependientes de la protección de la progenitora.</p> <p>A8 El legislador no puede instrumentalizar a la mujer con el objetivo de proteger al no nacido, por lo que no podría “imponer su voluntad” e imponerle el deber de mantener el embarazo si aquello:</p> <p>Genera “peligro” para su vida.</p> <p>Impone deberes “más allá de lo que a cualquier persona se le exige”.</p>
<p>Argumentación histórica (trigesimoprimer):</p> <p>Comisión de Estudios de la Nueva Constitución: “la disposición constitucional del inciso segundo del numeral 1 del artículo 19 —la ley protege la vida del que está por nacer— envuelve una diferencia con la protección del derecho a la vida que la precede, en el inciso primero, puesto que al entregar su resguardo al legislador, tiene un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere constitutiva de delito. El legislador no tiene una reserva limitada o dirigida a prohibir el aborto, su redacción es simplemente habilitante para regular la protección. De otro modo, si se estimase que el derecho constitucional a la vida, reconocido en el inciso primero del artículo 19 N° 1, abarca al que está por nacer, el inciso segundo resultaría absolutamente redundante”.</p>	<p>A9 “El mandato de protección al legislador penal del no nacido es flexible”.</p> <p>A10 “La protección de la vida como bien jurídico permite esa flexibilidad, que no permite el reconocimiento del derecho a la vida”.</p> <p>A11 “Si la Constitución derechamente se encargara del derecho a la vida del no nacido, se estaría abocando a un problema sumamente conflictivo y delicado como es el del aborto”.</p>
<p>Premisa 2 (específica): que, sin embargo, esta protección no puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer.</p> <p>La Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre <i>ni le impone tener un hijo producto de una violación</i>. Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer. El que está por nacer no es el único protegido por la Constitución. El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo. Pero a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar. (septuagesimonoveno).</p>	<p>A12 El legislador debe buscar un equilibrio entre el mandato de protección al no nacido y los derechos de la mujer.</p> <p>A13 El equilibrio que el legislador debe buscar implica reconocer que los derechos de la mujer deben primar a partir de cierto límite.</p> <p>A14 La Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone tener un hijo producto de una violación.</p>

<p>Premisa 3: El derecho a la vida que tienen todas las personas, tampoco es absoluto. Como se sostuvo en estrados, este se ve limitado por la pena de muerte (artículo 19 N° 1 de la Constitución). También, por una serie de instituciones que legitiman la muerte, como la legítima defensa, el estado de necesidad, el uso del arma de fuego por la autoridad policial.</p>	<p>A15 Incluso si el no nacido fuera titular del derecho a la vida, no generaría un resultado de análisis diferente.</p> <p>A16 Los deberes correlativos a que da lugar el derecho a la vida, no son absolutos.</p> <p>A17 La legítima defensa o el estado de necesidad son excepciones al deber de no matar.</p>
<p>Resumen de premisas:</p> <p>La Constitución marca una diferencia estructural entre los deberes del Estado en relación al nacido en su regulación con lo establecido en el inciso primero, de la del que está por nacer.</p> <p>Mientras respecto al primero “establece” el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la persona” [esto es, reconoce un derecho], al segundo solo lo reconoce como un interés constitucional encargando su protección al legislador.</p> <p>El derecho a la vida, del nacido y del no nacido, no es absoluto.</p> <p>Ni el mandato de protección ni el derecho a la vida son absolutos y tienen como límite la imposición de medidas que vayan “más allá de lo razonable y sacrifiquen el derecho de otros”.</p>	
<p>Concepto de persona</p>	
<p>Que uno de los efectos más importantes de atribuir a alguien su condición de persona para efectos constitucionales, es que solo estas tienen derecho (sexagesimosexto).</p>	<p>A1 Solo las personas son titulares de derechos humanos.</p>
<p>La Constitución construye su concepto de persona a partir del nacimiento. Esta establece que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (sexagesimoctavo).</p>	<p>A2 Gramaticalmente, para la Constitución solo los seres humanos nacidos son persona.</p>

<p>Las personas por ese solo hecho del nacimiento, y a partir de ahí, adquieren originaria y gratuitamente esa condición, sin que se necesite más. De ahí que no se suspenda ni se prive, ni se cancele, ni se pueda renunciar a ella. Pasa a ser inherente. Al tenerla todos (los nacidos), es oponible también a todos (sexagesimonoveno) (septuagesimoséptimo).</p> <p>El inciso primero del artículo 19 N ° 1 garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y síquica a “la persona”; el inciso segundo ya no emplea la expresión “persona”. Habla “del que está por nacer”. Si la Constitución hubiera querido asimilar el que está por nacer a persona, no habría empleado la proposición “del”, sino que “de la” que está por nacer (septuagesimosexto).</p> <p>Argumentos de apoyo:</p> <p>Septuagésimo (análisis gramatical-sistemático del concepto nacimiento).</p> <p>Septuagesimoprimer (rechaza historia de establecimiento de la reforma al art. 19 N°2, por no cumplir formalidades, Ley N ° 19.611).</p> <p>Septuagesimoquinto. Al utilizar como modelo el art. 55 CC como factor de distinción la edad, hay un problema porque esta se cuenta a partir del nacimiento.</p>	<p>A3 No todos los seres humanos son persona.</p> <p>A4 Los seres humanos <i>adquieren</i> originaria y gratuitamente la condición de persona, desde el momento del nacimiento.</p> <p>A5 Una vez adquirida la calidad de persona, no es lícito suspenderla, privarla ni cancelarla ni se puede renunciar a ella.</p> <p>A6 Toda norma que acepte la calidad de persona antes del nacimiento es incompatible con la Constitución.</p> <p>A7 La prohibición de utilizar circunstancias como la edad, el sexo, condición, etc. para diferenciar el valor de las personas, lo es solo desde el nacimiento.</p>
<p>Argumento a contrario:</p> <p>El resto de los numerales del artículo 19 razonan sobre la base de que la persona está nacida o tiene una edad determinada. Por ejemplo, el no nacido no puede ser imputado de delito. Por eso el artículo 19 N ° 3 inciso cuarto, habla de “toda persona imputada de delito” (septuagesimoséptimo).</p>	<p>A8 Los derechos humanos —excepto el art. 19 N°1— exigen condiciones habilitantes que no poseen los no nacidos.</p> <p>A9 Los seres humanos deben poseer ciertas condiciones habilitantes para que se les reconozca su condición de persona y de titular de derechos.</p>

<p>Los derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover (art. 5) son los que están garantizados en ambos textos (Constitución y tratados). No aquellos que emanan únicamente “de la naturaleza humana”.</p> <p>Puede concordarse en que hay ciertos derechos que emanan de la naturaleza humana.</p> <p>Pero aquellos de los que aquí nos ocupamos, son los que la Constitución asegura.</p> <p>Por lo demás, cuáles serían esos derechos, qué contenido tendrían, quiénes serían sus titulares, contra quién y de qué modo se ejercerían, cuáles son sus límites.</p> <p>La controversia de este caso no es sobre estos derechos que existirían más allá de un ordenamiento jurídico. Es sobre el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución (septuagésimocuarto).</p>	<p>A7 El Estado está limitado al respeto de los derechos que emanan de la naturaleza humana.</p> <p>A8 Los derechos humanos que emanan de la naturaleza humana son solo los que garantizan y aseguran la Constitución y los tratados internacionales.</p> <p>A9 El derecho del no nacido no es de aquellos derechos que emanan de la naturaleza humana, sino del deber establecido en el art. 19 N°1 inc. 2°.</p> <p>A10 Los derechos asegurados por la Constitución son aquellos que cumplan copulativamente los siguientes requisitos:</p> <p>Emanar de la naturaleza humana</p> <p>Estar reconocidos por la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos.</p> <p>Estar reconocidos por tratados internacionales sobre derechos humanos.</p> <p>A11 Solo existe una fuente de creación del derecho humano, que hace surgir deberes estatales: la Constitución.</p> <p>i) Si un derecho que emana de la naturaleza humana no está reconocido y asegurado en la Constitución, no surge un deber del Estado ¡!</p> <p>ii) Si un derecho que emana de la naturaleza humana está reconocido y asegurado en la Constitución, si surge el deber correlativo del Estado.</p> <p>iii) Si un derecho que emana de la naturaleza humana no está reconocido y asegurado en la Constitución, aunque sí en un tratado internacional, como el art. 19 N°1 inc. 2°, no surge el deber correlativo del Estado ¡!</p>
<p>Por lo demás, el artículo 19 N° 26 señala que los preceptos legales que regulen o complementen derechos o que los limiten, no son cualesquiera, sino que son aquellos cuyas garantías “esta establece” (septuagésimocuarto).</p>	<p>A14 Si un derecho que emana de la naturaleza humana no está reconocido y asegurado en la Constitución, no surge la prohibición de no limitarlo en su esencia.</p> <p>A15 A13 Si un derecho que emana de la naturaleza humana no está reconocido y asegurado en la Constitución, aunque si en un tratado internacional, como el art. 19 N°1 inc. 2°, no surge la prohibición de no limitarlo en su esencia.</p>

<p>Deberes de la Mujer [Sociedad pluralista (trigesimocuarto); Mujer como sujeto de derecho y de políticas públicas que obligan a interpretar el “embarazo” (trigesimoquinto a trigésimonoveno); derechos de los pacientes (cuadragésimosegundo); derecho penal como ultima ratio (cuadragésimoprimer)]</p>	
<p>La mujer es, en el lenguaje de la Constitución, una persona humana y sujeto de derechos humanos (trigesimoquinto).</p>	<p>A1 La mujer embarazada es un sujeto a derecho.</p> <p>A2 La mujer como sujeto, tiene derecho a no ser coaccionada a decidir un número de hijos y el intervalo de nacimientos, sino tiene derecho a decidirlo libre y responsable.</p> <p>A3 El embarazo es un proceso fisiológico que debe interpretarse para efecto de la determinación de los deberes de la mujer.</p> <p>A4 El embarazo es un estado temporal que compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas.</p>
<p>Entre estos nuevos énfasis destacan aspectos relacionados con la maternidad. (...) También, a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos.</p>	

<p>El embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas; (trigesimonoveno).</p>	<p>A1 La mujer embarazada es un sujeto a derecho.</p> <p>A2 La mujer como sujeto tiene derecho a no ser coaccionada a decidir un número de hijos y el intervalo de nacimientos, sino tiene derecho a decidirlo libre y responsable.</p>
<p>Enseguida, el embarazo provoca un compromiso vital de la mujer, que afecta toda su vida. La intensidad de la unión entre ella y el embrión o feto establece un vínculo único, diferente a lo que se conoce. Sin embargo, la presencia de las tres causales que el proyecto contempla, obligan a ponderar las cargas excesivas que estas significan para la mujer. El derecho no puede obligar a las personas a actuar contra sí mismas, y obligarlas a soportar el riesgo vital, la muerte de su hijo por una patología letal o la maternidad como consecuencia de la violación (centesimodiecimosexto.)</p>	<p>A3 El embarazo es un proceso fisiológico que debe interpretarse para efecto de la determinación de los deberes de la mujer.</p> <p>A4 El embarazo es un estado temporal que compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas.</p>
<p>Ello se expresa en que toda persona tiene ahora el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su salud (artículo 14). Dicha manifestación de voluntad debe ser libre, expresa, voluntaria, informada, previa y escrita (artículo 14). ... A partir de este cambio de paradigma, es que el proyecto de ley que examinamos se explica. Por una parte, porque exige la voluntad de la mujer para la interrupción del embarazo. Por la otra, porque exige que intervenga un equipo médico para constatar las causales que permiten dicha interrupción (cuadragésimosegundo).</p>	<p>Premisa:</p> <p>A5 El reconocimiento del embarazo como un estado temporal de compromiso vital de la mujer, exige reconocer que el Estado no puede obligar con el fin de proteger al no nacido, a que la madre deba soportar el riesgo vital, la muerte de su hijo por una patología letal o la maternidad como consecuencia de la violación.</p> <p>A5 Toda intervención sobre el cuerpo de una persona, incluso si es a su favor, exige la aceptación voluntaria del paciente que será afectado.</p>

<p>Prevención</p>	
<p>Observación: tres de los seis ministros no coinciden con el argumento. Uno de ellos lo explica en su voto de prevención en sentido absolutamente divergente (Hernández) y dos de ellos —ministros Brahm y Vásquez— lo explica en la siguiente prevención:</p> <p>4.º. Que, por lo anterior, afirmamos que la procedencia del originalismo como único criterio interpretativo de la Constitución, resulta insuficiente y poco flexible, en general, por lo que será necesario siempre utilizar otros criterios de hermenéutica que permitan resolver el conflicto constitucional con la mayor certeza y adecuada razonabilidad y ponderación.</p> <p>En este sentido, el recurso a la historia fidedigna del precepto contenido en el inciso 2.º del N° 1 del art. 19 de la Constitución, resulta particularmente pertinente, en tanto que sumado al análisis reflexivo de su texto y la consideración de su relación con otros preceptos de la misma Carta Fundamental en aras a buscar armonía entre ellos, <i>fluye incontestablemente para estos ministros que no existe en norma alguna constitucional, un supuesto derecho general de las mujeres a abortar. En efecto, el aborto libre sin causales no está permitido constitucionalmente, y a ello se opone claramente la norma del inciso 2.º del N° 1 del art. 19 Constitucional, que esboza como regla generalísima la protección del no nacido, cediendo ésta, únicamente, claro está, en casos excepcionales y calificados por el legislador, como los que el proyecto contempla</i>”.</p>	
<p>CAUSALES:</p> <p>Premisa 1ª y 2ª causal: El sufrimiento de la mujer producido por circunstancias excepcionales de embarazo, exclusivamente calificados por el legislador, exige al Estado y sociedad tolerar la decisión de la madre de mantener o no mantener el embarazo.</p>	
<p>Primera causal</p> <p>Nonagesimocuarto. Que, en todo caso, en cualquiera de los tipos de aborto, el resultado será siempre el mismo: la muerte del feto. En el aborto no hay muerte natural del que está por nacer. Hay una acción médica que provoca su muerte. En este caso concreto, dicha muerte es porque el embarazo pone en peligro vital a la mujer;</p> <p>Nonagesimoquinto. Que no hacer nada frente al riesgo que produce el embarazo en la mujer, es una forma de decidir. Requerida por la mujer la interrupción del embarazo y diagnosticado por el cirujano el riesgo vital, no cabe otra solución que la interrupción para salvar la vida de la madre;</p>	<p>A1 En tanto el efecto de una conducta sea la muerte no natural de la víctima, no hay diferencia valorativa de carácter objetiva o subjetiva.</p> <p>A2 No hay diferencia valorativa relevante constitucionalmente entre aborto directo o indirecto.</p>

Centesimoprimer. Que lo anterior guarda armonía con el mandato de protección del que está por nacer, toda vez que la decisión de interrupción del embarazo siempre constituirá una medida de “última *ratio*”, de modo tal que debe intentarse siempre disminuir al máximo la posibilidad de un error en el diagnóstico y acercarse desde lo científico a la mayor certidumbre que sea posible, de manera de evitar los perjuicios derivados de una determinación que tendrá carácter de irreversible;

Centesimoctavo. Que en relación a que el feto está sano, no es la única causal que ello puede suceder. Tratándose de la causal de riesgo vital, este no necesariamente es producto de alguna patología del feto. Puede ser consecuencia de enfermedades de la madre, previas o adquiridas, desarrolladas o no, producto del embarazo.

Observación: Tres de los seis ministros no coinciden con el argumento. Uno de ellos lo explica en su voto de prevención en sentido absolutamente divergente (Hernández) y dos de ellos —Ministros Brahm y Vasquez— lo explica en la siguiente prevención:

4°. Que, por lo anterior, afirmamos que la procedencia del originalismo como único criterio interpretativo de la Constitución, resulta insuficiente y poco flexible, en general, por lo que será necesario siempre utilizar otros criterios de hermenéutica que permitan resolver el conflicto constitucional con la mayor certeza y adecuada razonabilidad y ponderación.

En este sentido, el recurso a la historia fidedigna del precepto contenido en el inciso 2° del N° 1 del artículo 19 de la Constitución, resulta particularmente pertinente, en tanto que sumado al análisis reflexivo de su texto y la consideración de su relación con otros preceptos de la misma Carta Fundamental en aras a buscar armonía entre ellos, *fluye incontestablemente para estos ministros*.

A3 Cuando exista una colisión calificada por el legislador entre el deber de omisión y el derecho a evitar un daño activamente (madre)/deber de accionar activamente (médico), el Estado no puede decidir y el deber se vuelve inexigible, por lo que solo la madre debe optar.

A4 La inexigibilidad (limitación del deber de mantener el embarazo) por riesgo para la vida de la madre no necesariamente debe tener por fuente una patología del feto, sino también de una enfermedad de la madre, previas o adquiridas, desarrolladas o no, producto del embarazo.

A5 Cuando se produzca una colisión entre el deber de omitir una acción occisiva contra el no nacido y el derecho a realizar conductas sanadoras, la opción voluntaria por la acción positiva sanadora constituirá siempre una medida de “última *ratio*”.

A6 Se entiende como última *ratio* aquella medida sanadora de la mujer (o deber positivo del médico) que disminuye al máximo los perjuicios irreversibles que la interrupción del embarazo implica.

<p>Segunda causal:</p> <p>Centésimocuarto. Que, finalmente, se sostiene que el feto no puede ganar o perder derechos de acuerdo al estado de salud. Ya explicamos en otra parte de esta sentencia, que el feto no tiene derecho a la vida, por no ser jurídicamente persona. Se trata, además, de un embrión o feto que padece una patología letal. Por lo mismo, la decisión es si la muerte se va a producir antes o después de la interrupción, estando fuera de la hipótesis de protección de la vida que está por nacer. Como señalaremos más adelante, no se puede imponer a la mujer una carga de soportar su embarazo a todo evento con este embrión o feto destinado a fallecer. Ella es la que tiene que decidir, con los dos facultativos especialistas.</p> <p>Centesimosegundo. Que en relación a la posibilidad de que se produzca el aborto y el feto logre sobrevivir, por una parte, el proyecto contempla que el prestador de salud debe proporcionar los cuidados paliativos. En el caso de que no los necesite, está la regla general del sistema de salud y, por tanto, deberá sujetarse a este. No es que no haya regla para el caso que nazca vivo y sobreviva sin dificultades.</p>	<p>A6 Está permitido hacer decaer los deberes de protección del no nacido en tanto bien jurídico, si se considera su situación de salud.</p> <p>A7 Que el padecimiento del no nacido de una patología letal, esto es, que producirá la muerte inevitablemente, exige reconocer que la interrupción del embarazo solo adelantará la muerte. (Adelantar directamente la muerte de un individuo que inevitablemente morirá, no es igualmente desvalorado, que si se causara ¡la muerte a uno sano!).</p> <p>A7 Que el deber de mantener el embarazo y ¡soportar los costos del mismo!, no se fundamenta en su existencia, sino en que se trata de un ser humano con opciones de nacer y vivir.</p> <p>A8 El deber de mantener el embarazo y tolerar sus costos decae y se hace inexigible, cuando el no nacido está destinado a morir.</p> <p>A9 La muerte producida como consecuencia del adelantamiento del parto en esta situación de inexigibilidad, debe ser tolerada por el Estado.</p> <p>A10 Si realizada la interrupción autorizada de un embarazo, el no nacido sobrevive, surgen de todas formas todos los derechos del nacido (persona) y los deberes correlativos para el Estado.</p>
---	---

<p>CAUSALES:</p> <p>Premisa 3ª causal: El sufrimiento de la mujer producido por circunstancias excepcionales de embarazo, exclusivamente calificados por el legislador, exige al Estado y Sociedad tolerar la decisión de la madre de mantener o no mantener el embarazo.</p>	
<p>Tercera causal</p> <p>Centesimooctavo. Que en relación a que el feto está sano, no es la única causal que ello puede suceder. Tratándose de la causal de riesgo vital, este no necesariamente es producto de alguna patología del feto. Puede ser consecuencia de enfermedades de la madre, previas o adquiridas, desarrolladas o no, producto del embarazo. <i>Por otra parte, el énfasis no tiene que estar puesto en el embrión o feto, sino que en el sufrimiento de la mujer.</i></p> <p>Centesimonoveno. Que se trata de darle a la mujer una defensa tardía del ataque vejatorio de que fue</p>	<p>A11 (Argumento no señalado expresamente, pero tácito). Que los deberes de mantención del embarazo y de no afectar la vida del no nacido, son independientes a si la fecundación fue voluntaria o no voluntaria, fue o no querida o buscada.</p> <p>A12 Que el deber de mantener un embarazo involuntario se hace inexigible solo temporalmente, cuando este embarazo ha sido consecuencia de una violación.</p>

<p>objeto. La mujer no tiene por qué hacerse cargo de los efectos del delito. En efecto, una cosa es el embarazo, que dura un tiempo. Y otra es la maternidad, que dura toda la vida.</p> <p>Centesimodécimo. Dicho plazo implica que hasta antes de finalizar ese período, la mujer tiene la opción de interrumpir el embarazo. Después de vencido ese plazo, el legislador entiende que ha asumido este, renunciando a dicha interrupción. Y por lo mismo, debe continuar con él, como cualquier otra mujer. Esa es una forma de proteger al que está por nacer. El plazo está establecido sobre la base de que, como las violaciones con embarazo afectan a niñas, estas no se percatan de la situación hasta que es evidente. El plazo disminuye el riesgo, porque este aumenta con la edad de gestación”. PRIMERA CAUSAL</p> <p>Nonagesimocuarto. Que, en todo caso, en cualquiera de los tipos de aborto, el resultado será siempre el mismo: la muerte del feto. En el aborto no hay muerte natural del que está por nacer. Hay una acción médica que provoca su muerte. En este caso concreto, dicha muerte es porque el embarazo pone en peligro vital a la mujer;</p> <p>Nonagesimoquinto. Que no hacer nada frente al riesgo que produce el embarazo en la mujer, es una forma de decidir. Requerida por la mujer la interrupción del embarazo y diagnosticado por el cirujano el riesgo vital, no cabe otra solución que la interrupción para salvar la vida de la madre;</p> <p>Centesimoprimerio. Que lo anterior guarda armonía con el mandato de protección del que está por nacer, toda vez que la decisión de interrupción del embarazo siempre constituirá una medida de “última ratio”, de modo tal que debe intentarse siempre disminuir al máximo la posibilidad de un error en el diagnóstico y acercarse desde lo científico a la mayor certidumbre que sea posible, de manera de evitar los perjuicios derivados de una determinación que tendrá carácter de irreversible;</p> <p>Centesimooctavo. Que en relación a que el feto está sano, no es la única causal que ello puede suceder. Tratándose de la causal de riesgo vital, este no necesariamente es producto de alguna patología del feto. Puede ser consecuencia de enfermedades de la madre, previas o adquiridas, desarrolladas o no, producto del embarazo.</p>	<p>A12a Si el embarazo es efecto de un delito de violación, es un efecto cuyo deber de mantención es inexigible temporalmente para <i>la mujer como consecuencia del sufrimiento de esta y no de las condiciones de su hijo no nacido</i>.</p> <p>A13 La inexigibilidad de mantener el embarazo producto de una violación es temporal, en tanto expirado el plazo establecido por el legislador para expresar la voluntad, la madre tiene el deber de mantener el embarazo.</p> <p>A14 El plazo concedido por la ley, constituye la instancia para que la mujer que ha sufrido un ataque sexual, pueda manifestar su voluntad de no mantener el embarazo y solicitar su interrupción.</p> <p>A1 En tanto el efecto de una conducta sea la muerte no natural de la víctima, no hay diferencia valorativa de carácter objetiva o subjetiva.</p> <p>A2 No hay diferencia valorativa relevante constitucionalmente entre aborto directo o indirecto</p> <p>A3 Cuando exista una colisión calificada por el legislador entre el deber de omisión y el derecho a evitar un daño activamente (madre)/deber de accionar activamente (médico), el Estado no puede decidir y el deber se vuelve inexigible, por lo que sólo la madre debe optar.</p> <p>A4 La inexigibilidad (limitación del deber de mantener el embarazo) por riesgo para la vida de la madre no necesariamente debe tener por fuente una patología del feto, sino también de una enfermedad de la madre, previas o adquiridas, desarrolladas o no, producto del embarazo.</p> <p>A5 Cuando se produzca una colisión entre el deber de omitir una acción occisiva contra el no nacido y el derecho a realizar conductas sanadoras, la opción voluntaria por la acción positiva sanadora constituirá siempre una medida de “última ratio”.</p> <p>A6 Se entiende como ultima ratio aquella medida sanadora de la mujer (o deber positivo del médico) que disminuye al máximo los perjuicios irreversibles que la interrupción del embarazo implica.</p>
---	--

## Referencias

- Alvear, S. (2015). Humanismo cristiano, dignidad y persona: una perspectiva sobre el aborto. *Revista Mensaje*, 64(643), 44-46.
- Bascuñán, A. (2004). La licitud del aborto consentido en el derecho chileno, *Derecho y Humanidades*, (10), 143-181.
- Bertelsen, S. y García Palominos, G. (2015). La protección del derecho a la vida y el estatuto del no nacido en el sistema internacional de derechos humanos. En M. Aguirrezabal y S. Bertelsen (Eds.). *El aborto: perspectiva filosófica, jurídica y médica* (pp. 177-201) Santiago, Chile: Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes.
- García Palominos, G. (2015). Informe sobre la necesidad de la institucionalización de aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile. En M. Aguirrezabal y S. Bertelsen (Eds.). *El aborto: perspectiva filosófica, jurídica y médica* (pp. 225-245). Santiago, Chile: Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes.
- Henkel, H. (2008). *Exigibilidad e Inexigibilidad como principio regulativo*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F limitada.
- Hernández, H. (2016). La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causas de justificación. En L. Casas, D. Lawson (Compiladoras). *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (pp. 229-260). Santiago, Chile: Universidad Diego Portales, pp. 229-260.
- Mañalich, J. P. (2014). La permisibilidad del aborto como problema ontológico. *Derecho y Humanidades*, (23), 305-333.
- Miranda, A. (2008). El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico. *Revista chilena de derecho*, 35(3), 485-519.
- Miranda, A. (2014). ¿Qué es el aborto indirecto?: La prohibición del aborto y el principio del doble efecto. *Acta Bioethica*, 20(2), 159-168.
- Muñoz León, F. (2007). La interpretación originalista de nuestra Constitución: ¿es posible y deseable? *Revista de Derecho Público*, (69), tomo II, 383-388.
- Ossandón, M. (2015). Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana. En M. Aguirrezabal y S. Bertelsen (Eds.). *El aborto: perspectiva filosófica, jurídica y médica* (pp. 145-168). Santiago, Chile: Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes.
- Scalia, A. (1988-1989). Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review*, 57, 849-865.
- Spaemann, R. (2003). Sobre el concepto de dignidad humana. En Spaemann, R. *Límites: Acerca de la dimensión ética del actuar (Ética y Sociedad)*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias EIUNSA.
- Thomson, J. J. (1971). A Defense of Abortion. *Philosophy and Public Affairs*, 1(1), 47-66.
- Ugarte, J. J. (2010). *Curso de Filosofía del Derecho I*. Santiago, Chile: Ediciones UC.
- Wilenmann, J. (2013). El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 40, 281-319.
- Wilenmann, J. (2017). *Justificación de un delito en situaciones de necesidad*. Madrid: Marcial Pons.

## Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ficha Técnica: Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nld\\_Ficha=235](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=235) (Fecha de consulta 21 de marzo de 2018)

Peña, Carlos; Squella, Agustín; Bascuñán, Antonio: en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en tres causales.

Sala de la Comisión, a 9 de marzo de 2016. Recuperado de <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18444&prmTIPO=INFORMEPLEY> (Fecha de consulta 21 de marzo de 2018)  
Londoño, Fernando, en: Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales. Boletín N° 9.895-11. Sala de la Comisión, a 9 de marzo de 2016. Recuperado de <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18444&prmTIPO=INFORMEPLEY> (Fecha de consulta 21 de marzo de 2018)

Contesse, Javier/Couso Salas, Jaime/ Fernández, José/ Cox, Juan Pablo/ dela Fuente, Felipe/ Guzmán, José/ Hernández, Héctor/ Horvitz, María Inés/ Lorca, Rocío/Maldonado, Francisco/ Mañalich, Juan Pablo/ Medina, Gonzalo/ Rojas, Luis/ Soto, Miguel/ Villegas, Myrna/ Wilenmann, Javier/ Winter, Jaime, "Amicus curiae ante el Tribunal Constitucional de Chile. Informe de Constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre regulación de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín N° 9895-11)" de 11 de Agosto de 2017 (Inédito). Recuperado de <https://www.tribunalconstitucional.cl/informes-de-derecho> (Fecha de consulta 21 de marzo de 2018)

**Alejandro  
Romero  
Seguel**

Universidad de  
los Andes, Chile  
aromero@uandes.cl

**José  
Ignacio  
Martínez  
Estay**

Universidad de  
los Andes, Chile  
jimartinez@uandes.cl

## El derecho al juicio en el proceso penal de los parlamentarios imputados por delito

## The right to trial in the criminal proceedings of parliamentarians charged with a crime

**Resumen:** Este comentario sintetiza la doctrina jurisprudencial sobre un aspecto novedoso del proceso penal chileno, que reconoce a los parlamentarios que hayan perdido su fuero, el derecho al juicio penal de manera pronta y expedita. Lo anterior se explica como un privilegio para proteger la representatividad democrática, que puede ser modificada por la actuación del Ministerio Público. Como la declaración de desafuero produce la suspensión del parlamentario, el sistema procesal penal reconoce a ese imputado, de una manera expedita y sin posibilidad de dilaciones, el derecho al juicio.

**Palabras clave:** Fuero parlamentario; derecho a un juicio penal pronto y expedito.

**Abstract:** This comment synthesizes the jurisprudence on a novel aspect of the Chilean criminal process, which recognizes the right to a prompt and expeditiously criminal trial for deputies and senators who have lost their parliamentary immunity. The main reason for this immunity is to protect democratic representation that could be harmed or modified by the action of the Public Prosecutor's Office. For this reason, when the parliamentary immunity is removed, the deputy or senator is suspended of his parliamentary position, and the criminal process system recognizes him the right to expeditiously criminal trial.

**Keywords:** Parliamentary immunity; right to a prompt and expeditiously criminal trial.

## 1. La diversidad de procedimientos y proceso penal

Un problema cada vez más frecuente es determinar el contenido del derecho al proceso en el caso de los parlamentarios que han sido desaforados en el curso de una investigación penal. Los cambios en el modelo de enjuiciamiento han logrado profundizar en el principio político que en un Estado de derecho no existen personas que estén por sobre la ley, incluyendo naturalmente a los que detentan cargos públicos, como los parlamentarios.

El problema se produce en relación al alcance de los artículos 416 y 420 del Código Procesal Penal, específicamente, si es factible solicitar fecha para la realización de audiencia de preparación de juicio oral, como parte del contenido del derecho al juicio que tiene un parlamentario desaforado.

Desde el punto de vista procesal y constitucional, el derecho al juicio en el caso de un parlamentario adquiere un contenido especial, que pasamos a explicar.

La utilización del procedimiento adecuado, para conocer una determinada acción en un juicio configura un “presupuesto procesal”, esto es, una exigencia formal, establecida por la ley procesal, cuya observancia hace posible la resolución sobre el fondo del asunto sometido a la consideración judicial, el que, además, debe observarse de oficio.

Un criterio justificativo de la diversidad procedimental surge de los denominados “procesos especiales”, en los que para el juzgamiento de temas que presentan interés social, como es el caso del estatuto jurídico que reconoce el derecho al juicio en el evento que el imputado sea un parlamentario, cuyo desafuero haya sido declarado judicialmente.

A primera vista la creación de los procedimientos especiales podría generar un cuestionamiento al principio de la igualdad procesal. Sin embargo, la existencia de estas reglas singulares no conforma un privilegio procesal injustificado, como se pasa a explicar.

## 2. El fuero parlamentario

La evolución institucional en los sistemas democráticos ha demostrado que resulta provechoso para el normal funcionamiento de las instituciones políticas contar con un sistema procesal que incorpore en el caso de los parlamentarios ciertas especialidades.

En primer lugar, el primer derecho procesal-constitucional es la institución del fuero parlamentario, que “es un privilegio del que disfrutan los miembros de las cámaras legislativas, cuyo objetivo esencial es proteger el libre ejercicio de sus atribuciones” (Romero y Martínez, 2013, p. 99). Nuestro Tribunal Constitucional ha entendido el fuero parlamentario como una “garantía procesal que protege al parlamentario de una persecución criminal infundada y que inhiba o entorpezca el cumplimiento adecuado de sus funciones. Posee un fundamento claramente político, asociado al resguardo de la autonomía de los órganos legislativos y al principio

de la separación de poderes —valores esenciales del Estado de Derecho—, y cuya justificación mediata es el pleno ejercicio de la soberanía popular” (Sentencia rol 478-2006, de 8 de agosto de 2006, considerando segundo<sup>1</sup>).

Más recientemente el TC ha señalado que el fuero parlamentario tiene por objetivo

asegurar la instalación y el funcionamiento regular y continuo de las cámaras o asambleas representativas, así como la genuina correlación interna de las fuerzas políticas representadas en ellas según el resultado de la última elección, por la vía de garantizar que sus integrantes no serán impedidos de asumir sus funciones o de asistir a sus sesiones, debido a suspensiones apoyadas en acusaciones sin fundamento grave y acreditado (Sentencia rol 2067-11, considerando 29.º).

<sup>1</sup> En este mismo sentido se pronuncian las sentencias roles 561-2006, 568-2006 y 661-2006, todas de 12 de enero de 2007.

En resumen, el fuero parlamentario constituye en primer lugar una garantía, que encuentra justificación en la necesidad de proteger y amparar, ni más ni menos, que la democracia representativa, asegurando que la voz soberana del pueblo, ejercida a través de las elecciones parlamentarias periódicas (art. 5 inciso 1.º de la Constitución), sea respetada y protegida. Evidentemente ello debe lograrse mediante un complejo pero posible equilibrio entre este objetivo clave de las democracias constitucionales y el respeto al principio de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 con relación a los art. 6 y 7 de la Constitución) y de sometimiento de todos al derecho, que es a su vez lo propio de una República.

Por otra parte, es importante considerar que, como lo ha señalado la doctrina, el fuero constituye a su vez un derecho en favor de los parlamentarios. Por tal razón, “las reglas que regulan la forma de interpretar las normas que lo contemplan deben ser las propias de la hermenéutica de los derechos” (Romero y Martínez, 2013, p. 100). Ello significa, entre otras cosas, que en caso de duda “debe estarse siempre con la interpretación más favorable al derecho o libertad del afectado con la duda” (Romero y Martínez, 2013, p. 100). De hecho, es lo que precisamente ha hecho nuestro Tribunal Constitucional en materia de fuero parlamentario al resolver la duda acerca de si la redacción del artículo 61 de la Constitución solo debe utilizarse respecto de delitos de acción penal pública, atendido que esta norma

dispone que dicho procedimiento debe aplicarse en el evento de pretenderse acusar o privar de libertad a un parlamentario.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha señalado a ese respecto que

debe descartarse una interpretación —sustentada únicamente en los términos literales del precepto constitucional— que excluya del ámbito del desafuero los delitos de acción privada, por cuanto ella suprimiría en ese caso una garantía concebida para el cumplimiento irrestricto de la función parlamentaria, colocando al afectado en una situación desigual, de detrimento de sus derechos, frente al acusado por un delito de acción pública, en circunstancias que la naturaleza de las figuras criminales es la misma, no obstante las diversas condiciones establecidas por la ley para el ejercicio de las acciones (Sentencia rol 478-2006, considerando 9.º, criterio reiterado en las sentencias roles 529-2006, 533-2006, 791-2007, 806-2007 y 1.314- 2009).

A nuestro juicio, lo señalado precedentemente resulta de especial relevancia para resolver el alcance del derecho al juicio que nuestro proceso penal garantiza a los parlamentarios cuyo desafuero ha sido declarado por sentencia judicial firme, conforme se pasa a explicar.

### 3. El derecho al juicio en el caso de los parlamentarios

Junto a la protección que concede el fuero parlamentario, nuestro sistema jurídico contempla una forma especial de derecho al juicio para los parlamentarios.

Este singular derecho al juicio es una consecuencia lógica y directa para el evento que la garantía parlamentaria referida se levante, y tiene como objetivo aclarar a la brevedad la situación jurídica de quien fue desaforado, pues el desafuero altera la expresión de la voluntad del pueblo soberano.

En el caso concreto, este derecho a ser juzgado aplicando un estatuto especial opera desde el momento en que el Ministerio Público decidió acusar y queda firme la resolución que concede el desafuero parlamentario.

El fin de este tratamiento especial tiene un fin preciso: proceder a la brevedad y sin dilaciones de ningún tipo, para resolver si el desaforado ha incurrido o no en la

presunta comisión de los hechos ilícitos. Ello implica que no resulta ni constitucional ni legalmente admisible la posibilidad de ampliar *de facto* los claros y precisos plazos fijados en el art. 420 del Código Procesal Penal, los que, como se comprenderá, apuntan a hacer efectiva la garantía en que consiste el desafuero.

Lo anterior implica que si el Ministerio Público cerró la investigación y solicitó el desafuero de un parlamentario, y presentó después acusación en su contra y en contra de otros imputados, la activación del desafuero conlleva asumir todas las consecuencias que este supone, que están directamente relacionadas con el carácter de garantía y de derecho que tiene la institución del fuero. Por tal razón, no puede resultar procedente alterar los plazos y las diligencias del art. 420 del Código Procesal Penal bajo ninguna excusa, ni aun cuando ello fuese consecuencia de una reapertura de la investigación, que fue solicitada por los otros imputados.

Una interpretación distinta supondría mantener en una especie de “limbo procesal” al parlamentario desaforado, lo que a todas luces es inconstitucional e ilegal, al torcer el sentido del desafuero, que conlleva aquel delicado equilibrio entre la protección de la democracia representativa, la igualdad ante la ley y el sometimiento de todos al derecho. Y ese equilibrio implica en favor del parlamentario desaforado el derecho a que se aplique lo que con absoluta claridad ordena el art. 420 del Código Procesal Penal, lo que se condice con la necesidad de resguardar la función parlamentaria, la representación y, en último término, la soberanía popular.

A este respecto, debe destacarse que la historia fidedigna del Código Procesal Penal refleja precisamente que, mediante la regulación del procedimiento de desafuero, el legislador quiso evitar cualquier dilación del procedimiento, y reducir así el período por el que el parlamentario afectado queda suspendido de sus funciones, porque ello puede afectar la democracia representativa, al alterar por ejemplo las mayorías y equilibrios parlamentarios.

En efecto, en la tramitación en el Senado del Código Procesal Penal, la Comisión de Constitución sostuvo en su segundo informe que, así como en el antiguo sistema procesal penal la “formación de causa” equivalía al denominado “auto de procesamiento”, en el nuevo sistema “la formación de causa equivale a la acusación que formule el ministerio público”. Ello porque la formalización de la investigación, que era la actuación procesal contemplada en el proyecto, representaba “un estadio todavía preliminar para entender que un parlamentario está procesado, porque se desconoce si de la investigación resultará mérito para formularle cargos o no”. Por ello entendieron que para la formalización no se requiriere el desafuero, porque de lo contrario,

el parlamentario podría estar suspendido del ejercicio de su cargo durante dos años, y hasta cuatro años, en caso de que el juez aceptare el aumento que en ese sentido le solicitare el fiscal; esto es, el período

completo de duración en su cargo de un diputado y la mitad del período de un senador<sup>2</sup>.

Como se ve, el legislador quiso dejar en claro que el desafuero no puede estar vinculado a la investigación, porque podría suponer un ataque frontal a la democracia representativa, lo que podría en juego, incluso, buena parte del período del parlamentario que pudiera verse afectado. Esta intención del legislador quedó aún más clara al agregar que en

el evento de que se produzca el desafuero, redujimos los plazos dentro de los cuales debe efectuarse la audiencia de preparación del juicio oral y el juicio oral, con vistas a evitar en lo posible la dilación en el procedimiento, por su efecto directo sobre el período por el cual los parlamentarios estarán suspendidos del ejercicio de sus cargos, lo cual, eventualmente, incluso podría alterar las mayorías políticas de la correspondiente rama del Congreso Nacional. Lo anterior es sin perjuicio de que, por aplicación de las normas comunes, las personas desaforadas podrán acogerse a los mecanismos de la suspensión condicional del procedimiento o de los acuerdos reparatorios, si se cumplen los correspondientes requisitos<sup>3</sup>.

Todo lo anterior también se explica para dar cumplimiento a lo que dispone el art. 420 inciso 2.º del Código Procesal Penal, según el cual, de hacerse lugar al desafuero,

el juez de garantía fijará de inmediato la fecha de la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a la recepción de los antecedentes por el juzgado de garantía. A su vez, la audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro del plazo de quince días contado desde la notificación del auto de apertura del juicio oral. Con todo, se aplicarán los plazos previstos en las reglas generales cuando el imputado lo solicitare para preparar su defensa.

<sup>2</sup> Historia de la Ley N° 19.696; Segundo Trámite Constitucional: Senado; Segundo Informe de Comisión de Constitución Senado; 20 de junio de 2000; Informe de Comisión de Constitución en Sesión 5; Legislatura 342; Boletín N° 1.630-07. Recuperado de <http://www.bcn.cl/historiadelay/nc/historia-de-la-ley/6631/> (Fecha de consulta 5 de mayo de 2018).

<sup>3</sup> Historia de la Ley N° 19.696; Segundo Trámite Constitucional: Senado; Segundo Informe de Comisión de Constitución Senado; 20 de junio de 2000; Informe de Comisión de Constitución en Sesión 5; Legislatura 342; Boletín N° 1.630-07. Recuperado de <http://www.bcn.cl/historiadelay/nc/historia-de-la-ley/6631/> (Fecha de consulta 5 de mayo de 2018).

## 4. La razonabilidad del privilegio procesal del derecho al juicio en breve plazo

Conviene justificar que este especial tratamiento del derecho al juicio en breve plazo para un parlamentario, no configura un privilegio procesal exorbitante que menoscabe las prerrogativas legales del Ministerio Público.

La dictación del Código Procesal Penal trajo una nueva normativa en materia de desafuero, la contenida en el título IV del libro cuarto, artículos 416 y siguientes. Al examinar la historia fidedigna del establecimiento del artículo 416 CPP encontramos que, durante la tramitación de la ley, se esbozó un concepto de lo que debe entenderse por formación de causa. Para el Senado la expresión *formación de causa* hay que entenderla "... en el sentido de que deben existir, además de elementos formales, antecedentes serios que permitan suponer que al aforado le hubiere cabido algún grado de participación en los mismos" (Pfeffer, 2001, p. 403).

Similar criterio fue recogido por la Corte de Apelaciones de Temuco, en su sentencia de 27 de enero de 2005, cuando señala en su considerando 6°:

Que del análisis de los antecedentes anteriores, especialmente los vertidos en la audiencia por los intervinientes y ya expresados, no controvertidos en lo sustancial, y que constan en el registro de audio de la misma, (cumpliéndose así los principios de inmediación, oralidad y publicidad que rigen este tipo de procedimiento), este Tribunal arriba a la convicción de que la petición de desafuero formulada por el Ministerio Público reúne caracteres de seriedad y plausibilidad suficientes para acceder a la misma, a fin de que la investigación del Fiscal pueda seguir su curso sin obstáculos y eventualmente obtener del Juez de Garantía determinadas medidas cautelares.

Desde un punto de vista procesal, la exigencia relativa a si existe mérito para "la formación de causa", denota que

el Ministerio Público ha reunido todos los antecedentes previos, que tendrá que utilizar en el proceso penal, si prospera el desafuero de un parlamentario. No requiere un nuevo plazo para investigar, puesto que la exigencia legal del desafuero le obligaba a reunir el material probatorio que tendría que utilizar en el juicio breve que se puede activar para el parlamentario, conforme a los derechos antes explicados del Código Procesal Penal.

Como se explicaba, la razón de ser del fuero parlamentario no es la protección de los parlamentarios, sino la del Parlamento. En efecto, lo que busca la institución del fuero es proteger el normal funcionamiento del H. Congreso Nacional, más aún, considerando que la declaración de desafuero de un parlamentario acarrea la suspensión del mismo, pudiendo alterarse las mayorías en la respectiva cámara. Lo anterior se confirma en la historia de la ley (Código Procesal Penal), en el sentido de que el fuero está establecido a favor de las instituciones y no de las personas, como una forma de garantizar el normal funcionamiento del Congreso (Pfeffer, 2001, p. 404).

Aunque la ley no entrega explícitamente un criterio para entender la expresión "haber lugar para formar causa", salvo la mínima referencia en la historia de la ley, esa exigencia se debe interpretar, en el caso de la investigación del Ministerio Público, imponiéndole la carga de tener preparado los antecedentes que sustenten su acusación, atendida la especial regulación del derecho al juicio que se reconoce como prerrogativa procesal de los parlamentarios que han sido privados del fuero.

En suma, la parte acusadora conoce de antemano que en el caso de prosperar el desafuero se verá enfrentada a un escenario procesal, donde al desaparecer la protección que se logra mediante la institución de desafuero, genera en el breve plazo el derecho al juicio.

## 5. Conclusiones

En consideración a lo anterior, sostenemos que:

1.º El fuero parlamentario supone una garantía de la institucionalidad democrática representativa, a la vez que un derecho del parlamentario, la regulación legal del procedimiento de desafuero considera una forma especial de juzgamiento para los parlamentarios cuando se les ha levantado judicialmente el fuero.

2.º Habiéndose declarado el desafuero por sentencia firme debe darse cumplimiento a lo dispuesto en el art. 420 del Código Procesal Penal y, por ende, debe procederse a fijar fecha para la audiencia de preparación de juicio oral.

3.º El derecho al juzgamiento en breve plazo de un parlamentario, no puede ser dilatado, invocando, por ejemplo, una reapertura de la investigación. En ese caso se estaría incurriendo en una acción que sobrepasa los límites constitucionales y legales. La expresión *formación de causa* supone para el Ministerio Público el cumplimiento de la carga procesal de tener todos los antecedentes que sustenten su acusación en el juicio inmediato que surge como consecuencia del desafuero.

4.º El contenido del derecho al juicio para un parlamentario privado de fuero por sentencia judicial firme, se traduce en el ejercicio del derecho a fijar una fecha específica para la audiencia de juicio oral, conforme se reconoce en los arts. 416 y 420 del Código Procesal Penal.

## Referencias

Historia de la Ley N° 19.696; Segundo Trámite Constitucional: Senado; Segundo Informe de Comisión de Constitución Senado; 20 de junio de 2000; Informe de Comisión de Constitución en Sesión 5; Legislatura 342; Boletín N° 1.630-07. Recuperado de <http://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6631/>. (Fecha de consulta 5 de mayo de 2018).

Martínez Estay, J. I. y Romero Seguel, A. (2013). Desafuero de los parlamentarios y los límites al recurso de apelación. En *Sentencias destacadas* (pp. 85-112). Santiago: L&D.

Pfeffer Urquiaga, E. (2001). *Código Procesal Penal anotado y concordado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Sentencia Tribunal Constitucional N° 561-2006, de 12 de enero de 2007.

Sentencia Tribunal Constitucional N° 568-2006 de 12 de enero de 2007.

Sentencia Tribunal Constitucional N° 661-2006, de 12 de enero de 2007.

# Roberto Contreras Puelles

Universidad Central de Chile

robertocontrerasp@gmail.com

## Quiebra fraudulenta y desasimio de bienes Comentario de la SCA de Santiago de 10 de agosto del año 2016 (Rol N°2127-2016)

### Fraud bankruptcy and property disassociation Commentary of the Court of Appeal of Santiago, August 10th, 2016 (Case Role number 2127-2016)

**Resumen:** El objeto de este comentario es analizar en un primer aspecto, las causales de ocultación de bienes y libros contables, junto con la obligación que pesa sobre el representante legal de la fallida, para ponerlos a disposición del síndico cuando opera el llamado “desasimio de bienes”, como efecto inmediato de la sentencia que declara la quiebra. Un segundo aspecto por desarrollar es el establecimiento en el procedimiento concursal del domicilio de la fallida, versus la obligación del síndico de concurrir a este para cumplir con los mandatos que impone su nombramiento. Finalmente, se pretende establecer la ley vigente al momento de los hechos y si se encuadran las conductas establecidas en la sentencia de primera instancia en las actuales disposiciones del Código Penal de los arts. 463 bis y siguientes.

**Palabras clave:** quiebra fraudulenta; ocultación de contabilidad y activos; ley penal favorable.

**Abstract:** On August 10<sup>th</sup>, 2016, the Illustrious Court of Appeal of Santiago, under the criminal case number 1400977102-7, acknowledged the nullity motion presented by the bankruptcy fraud convict’s defense. The Court rejected the motion and confirmed all the parts of the adjudication by the Third Oral Court in Lo Penal, Santiago, enacted on June 20, 2016.

**Keywords:** fraudulent bankruptcy; accounting concealment and assets; favorable penal law.

Con fecha 10 de agosto del año dos mil dieciséis, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo la causa RUC 1400977102-7, conoció del recurso de nulidad presentada por la defensa del condenado como autor de delito

de quiebra fraudulenta, lo rechazó, y confirmó en todas sus partes la sentencia del Tercer Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago, dictada con fecha veinte de junio de 2016<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Pronunciada por los ministros Sr. Juan Cristóbal Mera Muñoz (Presidente y redactor), Sra. María Rosa Kittsteiner Gentile y el Ministro (s) Sr. Pedro Advís Moncada.

## 1. Explicación del caso

Los hechos acreditados por el tribunal de primera instancia, fueron los siguientes:

Con fecha 25 de noviembre del año 2013, el Noveno Juzgado Civil de Santiago, en causa rol C-10696-2013, caratulado “Tanner Servicios Financieros con Andes Chile”, declaró la quiebra de Andes Chile S.A., RUT 76.073.653-8, cuyo giro es la actividad comercial, a solicitud de Tanner Servicios Financieros S.A., por el incumplimiento del pagaré N° 4003, con fecha de vencimiento 26 de septiembre de 2012, por la suma de \$80.957.304.- más intereses, designándose como síndico a don Gastón Aguayo González, siendo el representante legal de la fallida don Gonzalo Oyanedel Guzmán, habiendo la fallida cesado en el pago de sus obligaciones mercantiles, sin solicitar su propia quiebra de conformidad a la ley. Así, el día 26 de noviembre del año 2013, el síndico don Gastón Aguayo González, en compañía de la secretaria del juzgado, concurrió al

domicilio registrado por la fallida, ubicado en Avenida La Dehesa N° 1201, oficina 715, Torre Oriente, comuna de Lo Barnechea, donde no se encontraron bienes ni documentación contable, así como tampoco en el domicilio ubicado en Almirante Lorenzo Gotuzzo N° 96, oficina 12, comuna de Santiago, proporcionado y fijado por don Gonzalo Oyanedel Guzmán en el proceso civil de quiebra seguido ante el Noveno Juzgado Civil de Santiago, constatando el síndico que dicho domicilio no existía, por lo que don Gonzalo Oyanedel Guzmán ocultó e hizo desaparecer los bienes, haberes, objetos, documentos contables, respaldos y demás antecedentes al síndico y tribunal respectivo. Cabe hacer presente que el Banco de Crédito de Inversiones —BCI—, entre otros acreedores, verificó un crédito por el incumplimiento del pagaré N° D09205021204, con fecha de vencimiento 26 de agosto de 2013, por un monto de \$92.822.566.- más intereses<sup>2</sup>.

## 2. Presentación del problema

El objeto de este comentario es analizar en un primer aspecto, las causales de ocultación de bienes y libros contables, junto con la obligación que pesa sobre el representante legal de la fallida, para ponerlos a disposición del síndico cuando opera el llamado “desasimiento de bienes”, como efecto inmediato de la sentencia que declara la quiebra. Un segundo aspecto por desarrollar es el establecimiento en el procedimiento concursal del domicilio de la fallida, versus la obligación del síndico de concurrir a este para cumplir con los mandatos que impone su nombramiento. Finalmente, se pretende establecer la ley vigente al momento de los

hechos y si se encuadran las conductas establecidas en la sentencia de primera instancia en las actuales disposiciones del Código Penal de los arts. 463 bis y siguientes. Conforme a ello, es necesario señalar que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, por unanimidad, estimó mantener la sentencia del Tribunal Oral, en la cual se condenó al representante de la fallida como culpable de los delitos de quiebra fraudulenta, en las causales N° 1 y 7 del art. 220 del Código de Comercio, y rechazó así el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Considerando Décimo del fallo analizado, STOP Tercer de Santiago de 20 de junio de 2016, RIT 86-2016.

<sup>3</sup> Considerando Primero al Noveno del fallo analizado, SCA Santiago de 10 de agosto de 2016, Rol 2127-2016.

### 3. Examen de la discusión jurídica y comentario

#### 3.1 Decisión del Tribunal

Según señala el considerando décimo segundo, el Tercer Tribunal Oral estimó que:

En consecuencia, del mérito de las mentadas declaraciones se desprende que el acusado no solo incurrió en omisiones, si no que en acciones directas tendientes con la clara finalidad de trasladar constantemente sus bienes, con la finalidad de ocultarlos en su morada particular, sujeta a protección de intimidad y fijando domicilio diverso, inexistente y lejano como es Lorenzo Gotusso 96, comuna de Santiago, con claro conocimiento de la proximidad de la declaratoria de quiebra ... Conforme a lo razonado, en el caso de marras existió un ocultamiento de bienes y contabilidad de la fallida, contemplado en las hipótesis N° 1 y 7 del artículo 220 de la norma citada, encontrándonos ante un único delito de quiebra fraudulenta, compartiendo la opinión mayoritaria de la doctrina a este respecto, según da cuenta fallo de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 2.841-03, de fecha 10 de abril de 2006, en el cual citando al autor italiano Navarrini señala que “los delitos de quiebra culpable o fraudulenta no están constituidos por los hechos constitutivos de las presunciones. Lo que quiso castigar el legislador es el hecho de la quiebra cuando es efecto de la culpa o dolo del deudor, siendo los hechos constitutivos de las presunciones sólo medios, que la Ley ha considerado adecuados, para producir la convicción de que la quiebra se debe a culpa o dolo. Consecuencia de ello, es que se trata de un delito único, el hecho punible es la quiebra en sí, y no tantos delitos cuanto sean los hechos, los actos u omisiones que contempla la ley en cada caso.

#### 3.2. Institución jurídica en juego

Esta radica, según los fallos analizados del tribunal *a quo* y del tribunal *ad quem*, en las causales de ocultación de bienes y libros contables; relacionado con los efectos del “desasimio”, institución que opera al momento de declararse judicialmente la quiebra. Además, se pronuncian los tribunales sobre la ley vigente al momento de los hechos y si las causales previstas contempladas en los numerales 1 y 7 del art. 220 del Código de Comercio fueron derogadas por la actual normativa, que impera bajo los preceptos 463 bis y siguientes del Código Penal. Conforme a ello, se analiza la aplicación del principio de la *lex mitior*, esto es, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable (Bascañán, 2015).

Al respecto, el comentario versará precisamente en analizar los principales enfoques que pueden tener los tribunales de justicia, y a su vez los operadores del sistema, que permitirían establecer el delito de quiebra fraudulenta, cuando precisamente se da la dificultad que vislumbra el fallo, esto es, establecer el momento de la ocultación de bienes, las correlativas obligaciones del fallido versus las impuestas al síndico, los efectos propios de la sentencia que declara la quiebra y, principalmente, el “desasimio de los bienes” que trae consecuentemente dicha declaratoria. Finalmente, la ley vigente y aplicable, dado los reiterados cambios de normativas desde el Código de Comercio, Ley de Quiebras, y la actual normativa en el Código Penal, a propósito de la Ley N° 20.720 que sustituye el régimen concursal vigente, por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, que es precisamente lo que dificulta la labor del investigador y, consecuentemente, del juzgador al tener que resolver los períodos de vacancia, adecuación y congruencia, junto con determinar la ley penal más favorable al condenado.

## 4. Comentario

### 4.1. Cuestiones Previas

Históricamente, el procedimiento concursal imperante en nuestro sistema nacional, tiene como fin el proteger eficazmente el crédito y la marcha de la actividad económica en general, ante el daño que significa su quebrantamiento y las graves perturbaciones que este produce en la vida de los negocios y en el tráfico de la riqueza. La quiebra se entiende, por tanto, como un procedimiento universal, por cuanto es general y colectivo al mismo tiempo. Es general, pues afecta todos los bienes del fallido; y es colectivo, por cuanto comprende a todos los acreedores del mismo y que en conjunto, quedan subordinados a las resultas del proceso. En este sentido, la perturbación que la quiebra produce sobre el crédito privado, repercute sobre el crédito público, violando así el derecho del Estado, a quien corresponde precisamente la tutela del crédito público (Balmaceda y Eyzaguirre, 2009, p. 9).

Así las cosas, el tribunal oral, al razonar sobre los requisitos de la quiebra, señala en su considerando undécimo lo siguiente:

De manera previa, debemos dejar asentado que, a juicio de los sentenciadores, el delito de quiebra fraudulenta supone la concurrencia de determinados requisitos, los cuales serán analizados a la luz de las probanzas allegadas a juicio, que se desglosarán de la siguiente manera: 1) la existencia de un proceso civil que culmine con la quiebra declarada judicialmente; 2) tratarse de un deudor calificado, es decir, que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, según lo establece el artículo 218 en relación al art. 41 del Libro IV del Código de Comercio; 3) la concurrencia de alguna de las causales que habiliten a la calificación de la quiebra como fraudulenta, contenidas en los artículos 219 y 220 del Libro IV del Código de Comercio, en este caso concreto las contenidas en el artículos 220, “Se presume fraudulenta la quiebra del deudor: N° 1 Si hubiere ocultado bienes; N° 7 si ocultare o inutilizare sus libros, documentos y demás antecedentes; y, N° 16 En general, siempre que hubiere

ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo.

### 4.2. Ocultación de bienes

Lo primero que hay que señalar con respecto a las conductas castigadas penalmente, es que las tres primeras causales del art. 220 de la Ley de Quiebras<sup>4</sup> son evidentemente demostrativas de dolo en una doble dimensión. Por una parte, salvar para sí bienes que pertenecerán a la masa y, por otra, perjudicar así a los acreedores (Contreras, 2010, p. 398). El Código Penal, en tanto, en el art. 463 bis castiga al deudor que, dentro de los dos años anteriores a la resolución de reorganización o liquidación, oculte total o parcialmente sus bienes o sus haberes. Ambas disposiciones punitivas, mantienen la idea subyacente de que al estado de falencia no se llega súbitamente, pues el deudor atraviesa antes de la sentencia declaratoria de quiebra, por un proceso gradual de deterioro de su hacienda que, más o menos lento, antecede a la quiebra y que es alcanzado con los efectos de la sentencia.

Al tenor de lo señalado en el art. 222 del Código de Comercio y conjugando con el actual art. 463 bis ya reseñado, solo puede existir quiebra delictual, previa dictación de una sentencia judicial, que es aquella señalada en el art. 52 de la Ley de Quiebras N° 18.175, según el considerando undécimo del fallo. En efecto, la doctrina considera que el procedimiento concursal es una ejecución forzosa, que se diferencia del procedimiento ejecutivo ordinario porque es un juicio público y distributivo, es decir, tiene por objeto que cada acreedor obtenga el pago del crédito en forma equitativa (Balmaceda y Eyzaguirre, 2009, p. 31). De ahí que el juez de quiebra tiene como misión preservar el interés colectivo, desde el mismo momento en que se declara la quiebra, y ha de resguardar que se cumpla con el objetivo que le encomienda el legislador en beneficio de la masa. El núcleo del fraude concursal es la defraudación de la confianza crediticia depositada por los acreedores en el deudor y, desde esta perspectiva, la ley pone el acento en el abuso de confianza<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> El art. 220 del Código de Comercio Chileno, castiga la quiebra fraudulenta cuando: “1.- Se hubiere ocultado bienes”.

<sup>5</sup> En este sentido, “es la conciencia de que fallido ejerce conductas que defrauda la confianza de los acreedores. No es el perjuicio de los acreedores, es el actuar con la conciencia de que se produce un atentado a la buena fe mercantil, la buena fe se requiere que al recibir un crédito, administre y conserve la garantía general que supone su patrimonio” (Puga, 1994, p. 161).

Así pues, resulta, en conformidad al art. 64 de la Ley de Quiebras N° 18.175 en relación con los bienes, que el mero pronunciamiento de la sentencia declarativa de la quiebra del art. 52, inhabilita al fallido de pleno derecho de la administración de sus bienes. Por otro lado, el art. 66, en relación con los acreedores, fija irrevocablemente los derechos de todos los acreedores en el estado que tenían al día de su pronunciamiento. Es decir, que el mismo día que se dicta la sentencia, todos los acreedores quedan unidos legalmente y de pleno derecho para liquidar en la mejor forma posible el patrimonio del deudor y tienen, por ende, la facultad de disponer de los bienes de este, hasta pagarse de sus créditos. Incluso figuran los acreedores cuyos créditos sean a plazo, puesto que la quiebra irroga la caducidad del plazo. Esta unión legal, esta masa que se forma, nuestra ley la concibe como estado indivisible.

El motivo de esta normativa contemplada en el art. 52 de la ley precitada, radica en dos disposiciones que dan sustento a este acápite. Pues bien, exige como deber del fallido en el art. 96 indicar y poner (copulativos)<sup>6</sup> de manera inmediata a disposición del síndico, todos sus bienes y haberes, para que así, el actual liquidador, proceda a la incautación de los mismos. De ahí la importancia del principio o institución del “desasimio” de la administración de los bienes por parte del fallido, pues son estos haberes que desde el momento de la declaratoria, debe administrar el síndico en representación de la masa. Ello, para así poder realizar todos los actos conservativos que garanticen, de manera inmediata y directa, el desapoderamiento material de los efectos que tenga consigo el fallido, siempre en observancia del interés de los acreedores. Por último, según Puga, la conducta de ocultación puede materializarse por acción u omisión, y opera en este último caso debido a que el fallido está obligado siempre a revelar la existencia de bienes, y omite hacerlo (Puga, 1994, p. 163).

### 4.3. Domicilio del fallido y desasimio

La institución del “desasimio”, es un acto de contribución necesaria por parte del fallido, como obligación que importa al deudor por texto expreso de la Ley de Quiebras, y que tiene como finalidad que el síndico cumpla con su deber de la mejor forma para, precisamente, incautar y formar el inventario. En esta especial contribución, legal y obligatoria para el deudor, el síndico puede hacer efectiva las atribuciones que

le confiere el art. 27 número 3 de la Ley de Quiebras, esto es, requerir que el fallido le suministre toda la información necesaria o abrir la correspondencia de este con intervención del tribunal, como también retener las cartas y documentos que tengan relación con los negocios comprendidos en la quiebra (Contreras, 2010, p. 218). De allí la importancia de que el síndico tenga a su disposición, a pesar de no ser un requisito legal, todos los domicilios asociados a la fallida, para así propender a los actos conservativos en los cuales se sustenta esta especial contribución y deber del fallido.

Por ello, no logran eco en ambos tribunales las pretensiones de la defensa, en cuanto a que el síndico no habría concurrido al domicilio particular del representante legal de la fallida, el cual se había señalado en el juicio de quiebra, precisamente porque la ley persigue los bienes de la fallida y no los haberes particulares de cada uno de sus miembros. Resulta así del todo razonable lo señalado en el considerando segundo de la SCA de Santiago, pues la Ley de Quiebras restringe al máximo las posibles intrusiones en el ámbito de la intimidad, cuando sostiene en el numeral 2 del art. 218 del Código de Comercio, que los bienes de esta morada están excluidos de la quiebra. Se enfatiza este aserto cuando la propia ley, en el art. 42, exige que el deudor debe presentar al momento de declararse la quiebra, un inventario de todos sus bienes, con expresión del lugar en que se encuentren. Es en ese preciso momento en tanto que, conforme al art. 64, el fallido queda inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, salvo aquellos que sean inembargables.

Questiona este hecho la defensa, al señalar conforme al considerando primero del fallo que rechaza el recurso de nulidad, que el síndico no concurriera al domicilio particular del representante legal de la fallida. Pues bien, la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, por mandato del art. 337 de la nueva Ley 20.720, faculta a interpretar administrativamente las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a los sujetos fiscalizados. Nada dice durante el procedimiento concursal de una posible omisión del síndico, al no registrar ni concurrir a los domicilios particulares, ni nada señala el Ordinario N° 1 de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (SIR N° 1), de fecha 6 de octubre de 2015, al pedirle al liquidador (antiguo síndico) su pronunciamiento ante la denuncia.

<sup>6</sup> El vocablo *indicar* supone, según la *Real Academia de la Lengua Española*, mostrar e indicar algo; y *poner* es colocar en un sitio algo.

Como corolario de lo anterior, en los plazos de recurso extraordinario y de observaciones, aún durante todo el proceso vigente, el imputado o sus abogados civilistas, no realizaron en el caso de *marras*, ninguna presentación para fijar la morada particular del representante legal como domicilio de la fallida. El art. 28 del Ordinario SIR N° 1, para la determinación del activo por el liquidador, le otorga las facultades de establecer aquellos domicilios en que “si fuera necesario” practicar la diligencia de incautación, deberá señalarlo a la Superintendencia. Esto facultad de manera expresa al liquidador de la quiebra. Cabe señalar que el art. 164 en relación al procedimiento de quiebra actual, le entrega al liquidador establecer o desestimar domicilios, conforme a la Ley N° 20.720<sup>7</sup>. En el considerando cuarto del tribunal de primera instancia, al desarrollar los alegatos de clausura del Ministerio Público, se abordan de manera pormenorizada diferentes disposiciones normativas de nuestro ordenamiento jurídico común, que vienen a ratificar lo ya asentado.

Además, conforme a lo indicado en el fallo, en la quiebra de la sociedad no se comprende el patrimonio de sus socios, porque la personalidad de la sociedad es diversa a la de sus socios individualmente considerados. Lo anterior se desprende del tenor literal del inciso segundo del art 2053 del Código Civil. En esta línea, el art. 142 del Código Orgánico de Tribunales indica que: “Cuando el demandado sea una persona jurídica, se reputará por domicilio para el objeto de fijar la competencia del juez, el lugar donde tenga su asiento la respectiva corporación o fundación”. Mantiene el espíritu y letra el art. 62 del Código Civil, cuando expresa: “El lugar donde un individuo esta de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad”.

En este sentido, es clarificador el considerando segundo del tribunal de alzada, al sostener lo siguiente:

Que como tantas veces se ha dicho, al deducirse esta causal el tribunal ad quem tiene vedado alterar los hechos fijados inamoviblemente por los jueces del mérito. Al efecto ya se indicó que el síndico concurrió a dos domicilios, el de Avda. La Dehesa que era el propio de la sociedad fallida, y uno en Almirante

Gotuzzo, proporcionado por el propio sentenciado. Y en ninguno de esos dos lugares se hallaron ni bienes ni libros de contabilidad lo que, ciertamente, equivale a decir que el sentenciado los ocultó, incurriendo así en las hipótesis de quiebra fraudulenta referidos en los números 1.º y 7.º del artículo 220 de la señalada ley. El que no se haya ido al domicilio de Luis Carrera en Vitacura es irrelevante pues éste corresponde a su domicilio particular, como se indica en su individualización en el primer párrafo del fallo que se recurre. Luego, no se trataba del domicilio de la fallida —que era el de Avda. La Dehesa, en el que el síndico no halló nada—, sino de su representante, el condenado, que señaló como otro domicilio el de Almirante Gotuzzo N° 96 oficina 12, que ni siquiera existía. En consecuencia, no sólo no han cometido error de derecho los jueces del fondo sino que, antes al contrario, han dado correcta aplicación a las normas que se dicen infringidas: el síndico nunca estuvo en la obligación de concurrir al inmueble de Luis Carrera y, entonces, Oyanedel Guzmán ocultó tanto los bienes como la contabilidad de la fallida y debe responder penalmente por ello, como acertadamente lo decidió el tribunal oral en lo penal.

Establecido el domicilio comercial de la fallida, operando la institución del “desasimiento”, y partiendo de la premisa de que uno de los aspectos más trascendentes del concurso dice relación con la determinación del activo, es que deben consagrarse los incentivos necesarios para que dicha determinación sea efectuada lo más pronto y correctamente posible. En efecto, la rapidez y exactitud en dicha tarea, posibilita a la administración concursal determinar el estado de los negocios del deudor. Ella puede proponer, de acuerdo a la conclusión a que llegue, la liquidación o un convenio, pues la indeterminación en la suerte de los bienes del activo, solo produce deficiencias.

Es por lo expuesto, que la legislación española, ha regulado de manera expresa los deberes de colaboración del deudor con los órganos de la quiebra, lo que establece incentivos en tal sentido, toda vez que si se produce una infracción a dichos deberes, la consecuencia es un supuesto de presunción de dolo o

<sup>6</sup> El Instructivo N° 1 de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, de fecha 06 de octubre del 2015, establece que: “Conforme el artículo 33 número 3 del Instructivo, en relación al cumplimiento del deber del liquidador del procedimiento concursal del art. 163, que el liquidador deberá exigir al deudor y/o sus representantes legales, que le suministren información sobre los libros y documentos relacionados con el negocio y la entrega de estos. el deudor es el obligado a rendir cuentas al síndico, no de manera contraria como pretende hacer valer la defensa” (La cursiva es nuestra). El mismo instructivo, señala que en el caso de que se entreguen bienes posteriormente a la diligencia de incautación, la persona que lo entrega y puso a disposición los bienes, deberá firmar un acta en conjunto con el síndico individualizando todos los bienes, dentro de un plazo de cinco días, a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

culpa grave, a efectos de la calificación culpable, que puede producir como resultado una inhabilidad de hasta 15 años para la fallida. Señala esto el art. 165.2 de la Ley Española 20/2003, cuando se hubieran incumplido los deberes de información con el juez del concurso y con la administración concursal (Núñez y Carrasco, 2011, p. 174). Es más, el art. 42 de la ley española, indica que cuando el deudor sea una persona jurídica, estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Los deberes a que se refiere este apartado, alcanzarán a los apoderados del deudor, y a quienes lo hayan sido dentro del periodo señalado. Este es el origen del art. 96 de nuestra Ley de Quiebras.

En cuanto a la oportunidad del ocultamiento, impresiona la utilización del legislador de la frase hubiere ocultado, que habla precisamente de una voz pasada. Ilustratorio es el fallo del Tribunal Oral de Temuco cuando indica:

Así, si nos ajustamos a la letra de la ley, dándole con ello pleno efecto a la intención del legislador, en el artículo 220 N°s 1 y 16 se lee: "... 1.- Si hubiere ocultado bienes;" y "16.- En general, siempre que hubiere ejecutado...". Como puede verse, la ley hace alusión a un tiempo verbal que indica con meridiana claridad que se refiere a hechos en los que se incurrió antes de la declaración formal de quiebra. Por lo demás, las máximas de la experiencia nos informan que en la generalidad de los casos las maniobras tendientes a ocultar bienes o a disminuir los activos, se realizan antes de la declaración formal de quiebra<sup>8</sup>.

Los efectos de la sentencia que declara la quiebra se producen desde que se dicta y es una excepción al art. 38 del Código de Procedimiento Civil. Este indica que las resoluciones judiciales solo producen efecto en virtud de la notificación hecha con arreglo a la ley, salvo casos expresamente exceptuados por ella. La antigua legislación indicaba dentro de los requisitos de la sentencia, la circunstancia de que se comunique al Juzgado del Crimen la resolución que declara la quiebra

del deudor calificado (Balmaceda y Eyzaguirre, 2009, p. 186). En cuanto al principio del "desasimio" que opera en los procedimientos concursales, este consiste en la inhibición que sufre de derecho el fallido, respecto de las facultades de administrar y disponer de sus bienes de acuerdo a la ley. Este opera por sola virtud de la resolución declaratoria de quiebra, ya que como se indicó antes, el fallido queda inhibido de la administración de todos sus bienes, la cual pasa, también de derecho, a los síndicos, a quienes se les da la facultad de obrar activa y pasivamente en juicio e incluso fuera de él, en representación y fomento de los intereses de la quiebra<sup>9</sup>.

#### 4.4. Ocultación de libros contables

La referencia en el fallo al ocultamiento de libros contables, si bien obedece a la misma lógica analizada a propósito de la ocultación de bienes y haberes, se sostiene actualmente en nuestro código punitivo, en el art. 463 ter, el cual castiga al deudor que:

no hubiese llevado o conservado los libros de contabilidad y sus respaldos, exigidos por la ley que deben ser puestos al liquidador una vez dictada la resolución de liquidación, o si hubiere ocultado, inutilizado, destruido o falseado en términos que no reflejen la situación verdadera de su activo o pasivo.

La idea general que sostiene la doctrina es que, a pesar de que es frecuente que el fallido trate de ocultar sus bienes, el síndico teóricamente tiene a su disposición todos los antecedentes contenidos en los libros y documentos relativos a los negocios del fallido, de modo que si estos libros y antecedentes están en orden, debería resultarle fácil determinar su existencia y exigir su entrega (Contreras, 2010, p. 216).

La fuente original de dicha obligación, está consagrada en el art. 45 de la ley española, que establece respecto a los libros de contabilidad y de la información del deudor, lo siguiente: "el deudor pondrá a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualquiera otros libros, documentos, y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional

<sup>8</sup> STOP Temuco de 06 de diciembre de 2006, R.I.T. 73-2006.

<sup>9</sup> SCS de 03 de agosto de 1998, Rol 2316-98.

o empresarial”. Esto deviene de que la primera finalidad del síndico —actual liquidador—, luego de la declaratoria de quiebra, es la de determinar el pasivo de la empresa a favor de la masa (Núñez y Carrasco, 2011, p. 175). En Chile, el origen de la norma que castiga penalmente el ocultamiento de libros contables está en el antiguo inciso 1° del art. 1.334 del Código de Comercio, que establecía: “si en el inventario o balance anual o en el que adjuntare a la manifestación de quiebra, el fallido hubiere ocultado dineros, mercaderías, créditos u otros bienes, de cualquier naturaleza que sean”.

En el derecho comparado, se sostiene que el bien jurídico tutelado para la protección de los libros contables, estaría en que los acreedores tienen derecho a ser informados sobre la consistencia e historia del patrimonio del fallido; y que estas infracciones consecencialmente apuntarían a dicho derecho de información. Radica, también, la importancia de esta norma en que es posible pensarla como una presunción de que la carencia de información se estima como una muestra de mala administración, del desorden y la negligencia con la que obró el fallido (Puga, 1994, p. 194). Esto ya que la función de la contabilidad, según el Código de Comercio, constituye el espejo en que se refleja vivamente la conducta del comerciante, el alma del comercio de buena fe y el medio más adecuado que puede emplear el legislador para impedir las maquinaciones dolosas en los casos de quiebra y asegurar el castigo de las que resulten fraudulentas o culpables.

El mérito de la contabilidad mercantil, tiene que ver con que los libros contables son sustento probatorio entre comerciantes, de forma que su fidelidad ampara también este privilegio de probanza implícito de los libros. En cuanto a su secreto, según lo dispuesto en el art. 42 del Código de Comercio, la declaración de quiebra constituye una excepción a este deber, pues en ese momento se deben develar todos los antecedentes y documentos, para que la masa conozca la verdadera contabilidad de la fallida.

En suma, estos elementos imprimen a la contabilidad mercantil su carácter oficial, lo que lleva a un deber general del comerciante y profesional, propio en tanto agente del comercio y del sistema crediticio. Los delitos contables son delitos que atentan contra el fin que tuvo el legislador al revestir estos documentos privados de funciones y méritos especiales según se ha reseñado<sup>10</sup>.

#### 4.5. Causal de exculpación al momento del desasimiento

Una discusión novedosa del fallo, se sostiene a partir de los argumentos de la defensa, la cual sostuvo la presencia de una “causal de exculpación en el artículo 10 N° 12 del Código Penal” en el comportamiento de su representado, porque habría incurrido en una omisión de su obligación, contenida en el art. 96 de la Ley de Quiebras, esto es, la de poner a disposición del síndico bienes y contabilidad de la fallida, al encontrarse sujeto a prisión preventiva el día de la actuación del síndico, oportunidad en que se practicó la diligencia de incautación.

No obstante, el tribunal desestimó tal alegación en el considerando undécimo, toda vez que:

conforme a lo razonado precedentemente, la “ocultación”, se configuró mediante acciones y no solo una omisión, pues como se indicó en el mes de septiembre del año 2013 la fallida abandonó el domicilio comercial de Avda. la Dehesa, Lo Barnechea, llevándose consigo los haberes y la contabilidad, constatándose tal situación por el síndico al evacuar la diligencia el día 26 de noviembre, encontrándose en todo caso el Sr. Oyanedel Guzmán debidamente asistido por letrado en la causa civil, sin haberse formulado objeción alguna a tal acta suscrita por el síndico y acompañada al proceso de quiebra, no resultando procedente estimar tal privación de libertad como causal de exculpación, más aun cuando no es posible sostener que esta privación de libertad sea una causa insuperable, pues si bien se coartan derechos, éstos dicen relación con la libertad ambulatoria, mas no con el ejercicio de otros derechos, sobre todo considerando que durante el periodo que el acusado estuvo privado de libertad, realizó presentaciones ante el tribunal de la quiebra.

Al respecto, el considerando cuarto de la SCA de Santiago señala lo siguiente:

Que se desestimaré la anterior alegación. La fallida es una persona jurídica y su representante era el sentenciado, quien tenía la obligación de entregar bienes y libros de contabilidad al síndico, la que se podía y debía cumplir estuviese o no el recurrente en la cárcel y acertadamente los jueces de la instancia sostuvieron que esta circunstancia —la de estar Oyanedel Guzmán encarcelado el día 26 de noviembre

<sup>10</sup> Confirma esta idea la Circular N° 29 del 10 de febrero de 1975 del Servicio de Impuestos Internos de Chile, que establece como materia: “La obligación de llevar contabilidad. Nuevos grupos de contribuyentes que se incorporan a esta obligación”.

de 2013— no impedía que este ejerciera el poder de representación que ostentaba, teniendo presente que en el tiempo del encierro hizo presentaciones ante el tribunal de la quiebra. El acusado, personero de una persona jurídica en quiebra, preso o no, pudo y debió poner a disposición del síndico los bienes y los libros aludidos. No existe, entonces, el yerro que se denuncia.

#### 4.6. Ley aplicable y más favorable

Finalmente, ambos tribunales dejaron en claro que conforme al sistema jurídico chileno, sí existe pena aplicable al caso. A través del art. 12° Transitorio de la Ley N° 20.720, el legislador ha aclarado su voluntad de que las normas que tipificaban los delitos concursales durante la vigencia de la Ley N° 18.175, permanezcan aplicables ante la irrupción de la nueva legislación. Lo anterior ha sido zanjado ya por el Tribunal Constitucional en su sentencia ROL N° 2673-2014 de fecha 01 de octubre del año 2015.<sup>11</sup> Bascuñán señala que la disposición duodécimo transitoria de la Ley N° 20.720 es una norma redundante, cuya única función práctica es garantizar la aplicación retroactiva de leyes derogadas ante un cambio legal desfavorable (Bascuñán, 1999, p. 12).

Es así que lo que pretende el legislador es por un lado mantener la punición de las conductas que considera un delito, y por otro, asegurar que se aplique la ley más favorable al reo. En este sentido, el art. 12 Transitorio constituye una reiteración de lo dispuesto en el art. 18 del Código Penal, en el que si el juez considera que las penas aplicables de conformidad con la antigua regulación serían más benéficas, debiese aplicar estas. Por el contrario, si luego del cálculo concreto de penas aplicables en virtud de una y otra disposición, llega a la conclusión de que las penas más beneficiosas son las de la nueva ley, deberá aplicar estas últimas<sup>12</sup>.

Agrega Bascuñán:

Bajo la regla del art. 18 CP o del art. 12-t, la única manera de resolver correctamente los problemas de aplicación temporal de la ley penal que plantea la entrada en vigencia del art. 345 de la Ley 20.720, y con él de las nuevas normas sobre delitos concursales introducidas en el Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal, es examinando en cada caso su posible calificación y pena bajo la totalidad de las normas pertinentes vigentes al momento de su comisión, examinando luego su posible calificación y pena bajo la totalidad de las normas pertinentes vigentes al momento de la sentencia, comparando el resultado de ambos exámenes y seleccionando luego como ley aplicable al caso aquella de las regulaciones que le dé el tratamiento más favorable (Bascuñán, 2015, p. 31).

Así las cosas, las normas del Libro IV del Código de Comercio, siguen siendo aplicables a los hechos acaecidos bajo su vigencia, si las nuevas normas son desfavorables. Que en abstracto haya diferencias estructurales o sistemáticas entre las normas punitivas derogadas y las nuevas normas punitivas es irrelevante. Lo que decide la cuestión es la comparación en concreto del resultado al que unas y otras conducirían si fueran aplicadas al juzgamiento del caso. En este sentido, que el art. 12 Transitorio solo haga aplicable el art. 18 del código punitivo en cuanto a las “normas relativas a la pena”, resulta irrelevante, pues toda norma que define las condiciones de la punibilidad de un comportamiento es una norma relativa a su pena.

El derecho aplicable al caso es el de la legislación más benigna que resulte de la comparación entre los tipos penales contenidos en los arts. 220 N° 1 y 7 al efecto, de la antigua Ley de Quiebras y Código de Comercio,

<sup>11</sup> Consagra el considerando sexagesimoquinto de STC de fecha 01 de octubre del año 2015, ROL N° 2673-2014. “Que en vista de lo anterior, esta Magistratura sostiene que la norma impugnada no difiere de la utilizada en el art. 59 de la Ley N° 19.366. Las consecuencias prácticas son las mismas, no sólo por el alcance que cabe dar al art. 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución, sino también porque la disociación entre la determinación de la calidad del delito, conforme a la ley derogada, y la determinación de la pena, no excluye la disminución de la pena por la ley posterior más favorable, ni puede implicar necesariamente la despenalización de todos los hechos”.

<sup>12</sup> En este sentido, establece el considerando sexagesimoquinto de STC de fecha 01 de octubre del año 2015, ROL N° 2673-2014, que “la determinación de si ese cambio es o no desfavorable, no es algo que pueda resolver de manera abstracta este Tribunal. Corresponderá al juez de fondo, más allá de la redacción poco feliz por el legislador de la norma que se impugna, realizar dicha determinación, comparando las normas derogadas con las nuevas introducidas, pudiendo presentarse — como resultado de esa comparación — distintas posibilidades; entre ellas: la posible despenalización de conductas antes ilícitas, la aplicación más favorable al acusado de las normas contenidas en la nueva ley por observancia de la *lex mitior*; la aplicación del *indubio pro reo*; la subsunción de hechos constitutivos de la quiebra culpable o fraudulenta en disposiciones de la nueva ley y la aplicación de la ley más favorable, o la aplicación retroactiva de las normas derogadas; aspectos todos que sólo pueden ser determinados mediante la interpretación que realice el juez ordinario llamado naturalmente a aplicarlas”. Véase Bascuñán, 1999, p. 12.

en relación con los actuales arts. 463, 463 bis y ter del Código Penal, cuestión que resolvió el considerando duodécimo del fallo analizado de primera instancia<sup>13</sup>. En resumen, la ley aplicable al caso será la más beneficiosa para el imputado, conclusión que sólo se puede adoptar una vez que se comparan, en concreto, las penas que corresponderían al imputado bajo una y otra regulación, ello de conformidad con lo dispuesto en los arts. 18 del Código Penal y 12 Transitorio de la Ley N° 20.720.

Finalmente, el considerando décimo segundo del Tercer Tribunal Oral en lo Penal, estima que:

en lo concerniente a la legislación aplicable, conforme al artículo duodécimo transitorio de la Ley 20.720, la calificación del hecho punible acreditado se hará aplicando la ley vigente al momento de su perpetración —Libro IV del Código de Comercio—, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en cuyo caso regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, esto es, la posibilidad de aplicar retroactivamente las penas contempladas en la nueva ley sólo en caso de ser más beneficiosa para el encartado.

## Referencias

- Balmaceda Gómez, R. y Eyzaguirre Smart, G. (2009). *El Derecho de Quiebras*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Bascuñán Rodríguez, A. (1999). La aplicación de la ley penal derogada. *Revista del Abogado* (17), 10-13.
- Bascuñán Rodríguez, A. (2015). El principio de la *Lex Mitior* ante el Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile (2), 11-68.
- Código de Comercio Chileno.
- Código Penal de Chile.
- Contreras Strauch, O. (2010). *Insolvencia y Quiebra*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (2018). Edición del Tricentenario.
- Núñez Ojeda, R. y Carrasco Delgado, N. (2011). *Derecho concursal procesal chileno*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters.
- Puga Vial, J. E. (1994). *Derecho Concursal: Delitos de la Quiebra*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Salazar Cádiz, A. (2014). Algunas consideraciones respecto del nuevo delito de fraude concursal. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (60), 175-209.
- Servicio de Impuestos Internos de Chile, Circular N° 29 de 10 de febrero de 1975.
- Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, Instructivo N° 1, de 6 de octubre de 2015.

---

<sup>13</sup> Fallo en cuestión que indica: “En este sentido, concordamos con la opinión entregada por el profesor Luis Quiroga de la H. Comisión de Constitución y Economía Unidas del Senado, en el sentido que, si bien, en la nueva ley: “se omiten como causales los dos casos previstos en el art. 220 de la Ley de Quiebras en los que se castiga al fallido que ha atentado en contra de la ‘condictio pars creditorum’, esto es ... (aquella que) dicen relación con el hecho de pagar a un acreedor en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de una deuda después de la fecha asignada a la cesación de pagos (N° 6); y la celebración de convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de la masa (N° 13) ... , sin embargo, no quedan impunes y deberían ser castigados de acuerdo al texto previsto en el art. 463 ... desde que cualquier pago indebido hecho preferentemente a favor de un acreedor genera una merma en su patrimonio que afectara al resto de los acreedores en la proporción que corresponda”. Además de la señalada por Ortiz, salta a la vista la particular similitud existente entre el antiguo artículo 220 N° 16 (“se presume fraudulenta la quiebra del deudor; en general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo”) y el actual art. 463 C. P. En este contexto, Salazar Cádiz (2014) sostiene la misma interpretación doctrinal.

## Jurisprudencia

Corte Suprema, 3 de agosto de 1998, Rol 2316-98.

Tercer Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago, 20 de junio de 2016, RIT 86-2016.

Tercer Tribunal Oral en Lo Penal de Temuco, 6 de diciembre de 2006, R.I.T. 73-2006.

Noveno Juzgado Civil de Santiago, “Tanner Servicios Financieros con Andes Chile”, causa rol C-10696-2013, 25 de noviembre del año 2013.

## Pablo Cornejo\*

Universidad de los Andes, Chile

pacornejo@miuandes.cl

### ¿Cómo definir a la persona en el derecho chileno? (Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de agosto de 2017. Rol N° 3729-17)

### How to define person in the Chilean Law? (Constitutional Court sentence, August 28<sup>th</sup>, 2017. Case Role number 3729-17)

**Resumen:** El presente comentario expone una visión crítica de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional chileno con ocasión de los requerimientos referidos al proyecto de ley “aborto en tres causales”. Para ello, luego de explicar sucintamente el contenido de los requerimientos y la principal línea argumentativa desarrollada por el Tribunal para negar al *nasciturus* el estatus de persona, se evalúan críticamente las consideraciones que fundamentaron esa decisión, con especial énfasis en su disconformidad con la nueva comprensión de la personalidad que se ha desarrollado en el derecho civil, a partir de los valores que están involucrados en los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** personalidad; *nasciturus*; dignidad; aborto; derechos fundamentales

**Abstract:** The present commentary exposes a critical vision of the sentence dictated by the Chilean Constitutional Court on the occasion of the requirements referred to the bill “aborto tres causales”. For this, after succinctly explaining the content of the requirements and the main argumentative line developed by the Court to deny the status of person to the *nasciturus*, the considerations exposed to motivate that decision are critically evaluated. Special emphasis is given to their disagreement with the new understanding of the personality that has developed in Civil law, based on the values involved in human rights.

**Keywords:** legal status, *nasciturus*, dignity, abortion, human rights.

\* El autor agradece los comentarios del profesor Hernán Corral Talciani.

Uno de los conceptos centrales que cualquier ordenamiento jurídico debe discernir, corresponde a quiénes tendrán la categoría jurídica de persona. Sobre este punto, el derecho actúa sobre la base de dos categorías binarias. Así, a riesgo de simplificar ambas categorías, podemos afirmar que, por una parte, nos encontramos con el reconocimiento de la personalidad de un ser humano, que implica desde un punto de vista jurídico su plena aceptación en cuanto sujeto de derecho y miembro de dicha comunidad, cuestión que a su vez trae aparejada una necesaria protección, en atención a la dignidad que se asocia al mismo concepto. De esta forma, según las concepciones actuales del derecho privado, la necesaria protección y reconocimiento de la persona proviene de esa dignidad que es intrínseca a todo ser humano y que obliga a tratarlo como un fin en sí mismo.

Por otra parte, todo aquello que no es persona queda comprendido dentro de la categoría de cosa, objeto del derecho, sobre el cual recaerán las actuaciones que los sujetos efectúen y que, a diferencia de estos últimos, carecen de una dignidad intrínseca que permita evitar su uso por parte de los primeros. La diferenciación entre ambas categorías tiene una particular importancia para el derecho privado, desde el momento que permite diferenciar entre quien será el destinatario de sus reglas —y que a su vez podrá valerse de las mismas para actuar en el tráfico— y lo que podrá ser objeto de una relación jurídica.

La situación que se expone en este comentario se relaciona precisamente con uno de aquellos casos donde

el uso de las categorías continúa siendo hasta el día de hoy problemático por parte del derecho. En efecto, pese a la tendencia internacional que busca hacer coincidir la categoría jurídica de *persona* con el concepto biológico o científico de *ser humano*, existen todavía notorias excepciones que rompen esa identidad: es lo que ocurre con la situación de quien está por nacer.

Precisamente, la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, indistintamente el Tribunal) que se comenta debió abordar nuevamente el problema que se ha suscitado en nuestro derecho acerca del inicio de la personalidad, y lo hizo desde una manera que rompe con los anteriores pronunciamientos de la misma magistratura, reduciendo la calidad jurídica del *nasciturus* a la de objeto de protección constitucional. En este contexto, el presente comentario se plantea como una revisión crítica de los principales fundamentos invocados por el Tribunal Constitucional para efectos de innovar en la línea jurisprudencial sostenida hasta la fecha, cuestionando los resultados a los cuales llega la pretendida interpretación sistemática y progresiva de las reglas constitucionales y legales que efectúa la sentencia en comento.

De esa forma, se busca avanzar en una línea argumentativa que defina a la persona no sobre la base de los conceptos de patrimonio y capacidad de goce propios de las codificaciones decimonónicas, sino que por vía de abordar el problema de la personalidad de una manera que guarde relación con el sustento ético de protección de la dignidad humana que inspira al nuevo paradigma de derecho privado.

## 1. Los hechos y la controversia jurídica

En una reciente sentencia, correspondió al Tribunal Constitucional pronunciarse acerca de la constitucionalidad de ciertas disposiciones comprendidas dentro del proyecto de ley que “regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”<sup>1</sup>. Como se puede anticipar de su título, el señalado proyecto tenía por objetivo principal modificar la normativa vigente en la materia —que basada en la doctrina del doble efecto, proscribe toda conducta destinada a ocasionar directamente la interrupción del embarazo—, a fin de reemplazarla por una nueva, que admitiera la licitud de

la conducta (despenalizándola) en ciertas circunstancias calificadas, como son el hecho de que la continuación del embarazo implicare un riesgo para la vida de la madre (art. 119 N°1 Código Sanitario, reformado); el hecho de que el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, siempre de carácter letal (art. 119 N°2 Código Sanitario, reformado); y el hecho de que el embarazo sea resultado de una violación, estableciéndose en este último caso ciertos límites de tiempo (art. 119 N°3 Código Sanitario, reformado)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Boletín N°9895-11.

<sup>2</sup> Adicionalmente, en conformidad con las modificaciones incluidas en el Código Sanitario, se reforma también el Código Penal, regulando nuevamente el tipo penal base del aborto, a fin de excluir del mismo aquellos casos en que se trata de una figura admitida por la legislación sanitaria.

Una vez aprobado el proyecto, se presentaron dos requerimientos de inconstitucionalidad formulados de manera separada por un grupo de senadores y un grupo de diputados<sup>3</sup>, por medio de los cuales se denunciaba principalmente la infracción a las siguientes normas constitucionales: (i) infracción a lo dispuesto en el artículo 19 N°1 de la Constitución, que se produce por la contravención al mandato de protección establecido en la citada disposición, conforme con el cual “la ley protege la vida del que está por nacer”, en una decisión que implica además desconocer el carácter de persona que tiene quien se encuentra en el vientre materno, todo ello a causa de la despenalización del aborto; (ii) infracción a lo dispuesto en el artículo 19 N°2 de la Constitución, que se produce a consecuencia de la discriminación arbitraria que introduce el legislador respecto de quien está por nacer, al momento de someterlo a un régimen de protección diferenciado con relación a quienes ya han nacido; (iii) infracción a lo dispuesto en los artículos 19 N°6 y N°16 de la Constitución, que se produce por la imposición de la obligación de practicar un aborto a los facultativos médicos, lo que afecta su libertad de conciencia y el derecho a desarrollar la actividad médica; e (iv) infracción a lo dispuesto en los artículos 1.º inc. 3.º, 6.º inc. 1.º y 2.º, y 7.º incisos 1.º y 2.º de la Constitución, al vulnerar la libertad de asociación y la autonomía

de los cuerpos intermedios, como consecuencia de la imposición del deber de efectuar abortos —por lo que se transforma en una prestación médica debida universalmente— a los establecimientos médicos.

De las señaladas infracciones, nos interesa analizar en el presente comentario la primera de ellas, toda vez que entendemos que se trata de la discusión que puede presentar un impacto más profundo desde la perspectiva del derecho privado. Lo anterior, por cuanto su resolución implica pronunciarse sobre las categorías jurídicas fundamentales que deben ser abordadas por cada ordenamiento, como es la de *persona*. Sin perjuicio de lo anterior, incidentalmente se efectuarán ciertos comentarios en relación con la segunda infracción denunciada —la igualdad ante la ley—, en el entendido siempre de que, siendo la igualdad una categoría relacional —que implica una comparación entre quienes serán sometidos al juicio—, su resultado se encuentra condicionado por una definición sustantiva previa, acerca de la presencia del atributo considerado relevante dentro del juicio<sup>4</sup>. Por el contrario, todas aquellas cuestiones de constitucionalidad que afectan a los profesionales médicos y a los establecimientos médicos serán omitidas de la reflexión que sigue.

## 2. La decisión del Tribunal Constitucional

Como se adelantó, enfrentado a la decisión de la cuestión de constitucionalidad planteada, el voto de mayoría del Tribunal Constitucional resuelve el conflicto sometido a su conocimiento de una manera que resulta contradictoria con la práctica constitucional desarrollada hasta la fecha. En efecto, contrariamente a lo resuelto por el propio Tribunal en la sentencia rol N°220/1995 y en la sentencia rol N°740/2007,<sup>5</sup> el voto de mayoría del

Tribunal resolvió rechazar el requerimiento, por considerar que quien está por nacer no se encuentra comprendido dentro de la categoría de *persona* a la que hace referencia el encabezado del artículo 19, para efectos de delimitar el reconocimiento del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Por el contrario, se trataría solo de un valioso objeto de protección constitucional<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Como ambos requerimientos compartían los mismos fundamentos, fueron conocidos conjuntamente por el Tribunal Constitucional.

<sup>4</sup> En el presente caso, esto queda bien expresado en el hecho de que toda infracción al principio de igualdad presupone una definición de persona que permita comprender tanto a los nacidos vivos, como a quien está por nacer, cuestión que debió ser resuelta en el contexto del primer requerimiento.

<sup>5</sup> Aunque erróneamente el voto de mayoría hace referencia a una supuesta contradicción entre ambos precedentes. En efecto, sobre esta materia el Tribunal declara que “mientras en el fallo de muerte encefálica se sostiene que, de acuerdo con la Constitución, la vida comienza desde el nacimiento y termina con su muerte, en el fallo de la píldora del día después, se sostiene que esta comienza con la concepción” (considerando 23.º); circunstancia que lo lleva luego a sostener que su jurisprudencia hasta la fecha ha sostenido “dos doctrinas que no dialogan entre sí” (considerando 24.º). Basta con revisar el considerando sexto de la sentencia rol N°220/1995 para advertir que, en la misma, el Tribunal expresamente declara que “la Constitución regula la vida desde antes del nacimiento y durante la existencia de la persona, que termina con su muerte natural”.

<sup>6</sup> En este punto, no puede dejar de advertirse que resulta cuestionable la efectiva existencia de un acuerdo en la mayoría de los miembros del Tribunal, toda vez que la prevención redactada por el ministro Hernández Emparanza —quien formó parte del voto de mayoría—, se aleja en este punto de la decisión del Tribunal, entendiéndose que existe una protección constitucional hacia la vida de quien está por nacer, que obliga a considerarlo no como un simple objeto protegido constitucionalmente.

Para justificar la decisión a la cual arriba, el Tribunal argumentativamente trata de delimitar el alcance de sus consideraciones, por vía de reconocer la complejidad de la materia abordada y el hecho de que la misma da lugar a profundas controversias éticas en las sociedades donde se ha planteado. Sobre esa base es que el voto de mayoría presenta su decisión desde una óptica que demanda un reconocimiento *objetivo*, como aplicador del derecho, que dicta una decisión que se encuentra más allá de las creencias y reglas morales que cada miembro de la sociedad pueda albergar (considerando 7.<sup>o</sup>). De esta forma, al pretender normativizar su decisión, el Tribunal deliberadamente excluye las cuestiones ontológicas de su razonamiento (considerando 8.<sup>o</sup>), de manera que la misma quedará determinada solo por la aplicación de criterios hermenéuticos respecto de las reglas constitucionales y legales<sup>7</sup>.

Pues bien, en ese contexto es que resulta particularmente relevante la interpretación sistemática que efectúa el Tribunal acerca del concepto de persona en nuestro ordenamiento, considerando tanto su recepción en la normativa constitucional, como su desarrollo primitivo en el Código Civil. En este sentido, continúan ocupando un lugar importante dentro del razonamiento del voto de mayoría las antiguas reglas contenidas en el Código de Bello, como bien se puede apreciar en la referencia que se efectúa al artículo 74 para efectos de destacar la importancia que tiene en nuestro derecho el nacimiento como hito que da inicio a la existencia legal: así —continúa el Tribunal, en el considerando 63.<sup>o</sup>— el nacimiento supone el inicio de la plena personalidad legal, de manera que el solo nacimiento importará que quien estaba por nacer entre en el pleno goce de sus derechos, en tanto que una muerte en el vientre materno, implicará para la legislación civil el no haber existido jamás.

Sobre esa base, el voto de mayoría del Tribunal Constitucional arriba a una primera conclusión, en orden a que, conforme al Código Civil, personas son todos quienes hemos nacido, en tanto que quien está por nacer es solo una simple creatura. Esta conclusión

preliminar es luego confirmada por vía del recurso a la historia constitucional y a la interpretación de las disposiciones actualmente vigentes, todas las cuales permitirían confirmar la aproximación antes expuesta: en términos constitucionales, el nacimiento es un hito que permite diferenciar el nivel de protección, pues la propia Constitución reserva el acceso a ciertos derechos a las *personas* o *individuos*, esto es, a quienes ya han nacido.

Finalmente, dentro de este razonamiento, en el considerando 75.<sup>o</sup> el voto de mayoría se refiere a una importante objeción presentada desde la lectura del Código Civil y rechaza que el uso de la expresión *individuo de la especie humana* por parte de su artículo 55 permita una interpretación más amplia de la misma, en términos de comprender también a quien está por nacer. Para ello toma la argumentación originalmente desarrollada con mayor detenimiento por Sierra (2017) y afirma que, en sus propios términos, resulta inequívoco que dicha disposición no puede comprender a quien está por nacer, desde el momento en que la misma hace referencia a ciertas cualidades que solo son predicables de los nacidos, como ocurre con la edad, que se cuenta desde el nacimiento<sup>8</sup>.

De esta forma, el Tribunal concluye negando que quien está por nacer tenga el carácter de persona en nuestro ordenamiento y en su lugar afirma (considerando 78.<sup>o</sup>) que:

el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución. Por eso se refiere a él y le encarga al legislador su resguardo. El que está por nacer no necesita el estatuto de persona y distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal, para recibir protección. La Constitución lo relevó de aquello. No hay ninguna entidad que en nuestro sistema jurídico tenga esta posibilidad.

Consiguientemente, una vez descartado el estatus de persona y, por lo mismo, excluida su protección a través de los derechos que consagra el artículo 19 de

<sup>7</sup> En adición a lo anterior, es también un elemento relevante dentro del razonamiento del Tribunal su deferencia hacia las actuaciones del legislador, cuestión que queda particularmente reflejada en el considerando 8.<sup>o</sup> del voto de mayoría, donde se hace referencia a que el aborto es una problemática que ya fue decidida por el Congreso Nacional, de manera que su rol se limita solo a juzgar la conformidad de esa nueva normativa con los preceptos constitucionales; a lo cual se suma con posterioridad la explícita declaración en orden a que los actos legislativos gozan de una presunción de constitucionalidad (considerando 27.<sup>o</sup>).

<sup>8</sup> En su análisis, Sierra pone énfasis en las consecuencias sistémicas que tiene una interpretación distinta del artículo 55 del Código Civil, concordando su texto con lo dispuesto en los artículos 25 y 26 del mismo cuerpo legal, con miras a corroborar que, en todos estos casos, es el nacimiento el momento de inicio de la personalidad y el hito desde el cual puede comenzar a contabilizarse la edad de una persona; para luego referirse a la necesidad de que exista un nacimiento para que pueda determinarse un atributo de la personalidad, como es la nacionalidad (Sierra, 2017).

la Constitución, para el Tribunal resulta mucho más simple efectuar la labor de ponderación, indicando que su protección constitucional en caso alguno puede hacerse sin la debida consideración hacia otros

intereses igualmente involucrados, como ocurre con los derechos de la madre gestante. En esos términos es que asientan las bases para el rechazo de los requerimientos presentados.

### 3. Evaluación crítica

De la lectura de los argumentos resumidos anteriormente, quedan en evidencia los defectos en que incurre el Tribunal al momento de justificar su decisión, los cuales van más allá de la errada lectura que se efectúa de su propia jurisprudencia<sup>9</sup>. En efecto, creemos que se trata de una decisión que no puede sustentarse en las propias premisas que invoca, pues resulta contraria a la coherencia normativa que debe resguardar todo sistema y a una interpretación finalista de los derechos fundamentales, acorde con la evolución social.

En primer lugar, lo que se viene señalando resulta pertinente, si consideramos la propia evolución que ha presentado el concepto de *persona* a lo largo de la historia. En efecto, si bien es pacífico que estamos en presencia de un concepto normativo que históricamente no ha guardado una estricta correlación con la categoría de *ser humano*, no puede dejarse de lado el hecho de que ya en las codificaciones decimonónicas existía una tendencia a ampliar la aplicación del concepto, fundado sobre todo en una premisa propia de las revoluciones liberales del siglo diecinueve, como es la igualdad ante la ley. Este proceso expansivo se ha visto reforzado a lo largo del siglo veinte, como consecuencia del influjo de los derechos fundamentales y de la noción moral de personalidad que a ellos subyace, cuestión que ha llevado a que, incluso en el marco de tratados internacionales de derechos humanos —como ocurre con la Convención Americana—, se reconozca explícitamente el derecho que tiene toda persona —ser humano— al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Por esta primera razón, la decisión del Tribunal Constitucional nos parece incorrecta al momento que hace referencia al necesario dinamismo que debe existir en la interpretación de las normas constitucionales, a fin de ajustarlas a las nuevas realidades y desafíos, con el solo propósito de efectuar una lectura de las mismas que permita integrar la autonomía decisoria, la plena igualdad y los derechos de la mujer (considerando 29.<sup>o</sup>); sin considerar que sobre esa misma base, debió cuestionar

el concepto de persona que emplearía como parámetro para definir si el *nasciturus* satisface la condición de tal en nuestro ordenamiento, pues el propio proceso expansivo fundado en la idea de dignidad humana le exigía pronunciarse acerca de aquellas cuestiones *ónticas* que pretendió excluir al inicio de su argumentación.

Sin embargo, la importancia que tiene este proceso no puede verse limitada simplemente a la necesidad de extensión desde la ley de la categoría de persona hacia todos los seres humanos. Por el contrario, se trata de un influjo que también obliga a redefinir cuáles son los elementos considerados relevantes para efectos de poder conceptualizar la personalidad, exigiendo, de esa forma, una relectura de las disposiciones tradicionalmente contempladas en los códigos civiles. En este sentido, como bien señala Peña, la dimensión moral de la personalidad —originalmente omitida en las codificaciones decimonónicas, centrada en la idea de sujeto capaz de cambio— da origen a la noción de derecho de la personalidad entendido como derecho subjetivo de carácter moral (Peña, 1996, pp. 553-554), circunstancia que en nuestro concepto debe contribuir a la construcción de un nuevo paradigma de persona y de derecho privado. Así, desde la recepción de estas categorías, no es posible seguir afirmando que persona es solamente aquel individuo con capacidad para participar del tráfico jurídico, que derechos y contrae obligaciones.

Como señala Alpa (2017, p. 37), frente a la persona desaparece la distinción entre derecho público y privado, con lo que pasa todo el ordenamiento a girar en torno a la idea de la protección de sus intereses; lo que a nuestro juicio obliga a desarrollar un concepto coherentemente construido desde la idea moral que subyace a la persona y no desde su dimensión patrimonial.

Pues bien, entendemos que este desarrollo dogmático del derecho privado permite comprender nuevas realidades. En este sentido, es útil la distinción que efectúa MacCormick cuando, caracterizando qué debe

<sup>9</sup> Ver nota 6.

entenderse por persona, desarrolla dos esferas distintas, destacando en ella la capacidad para tener intereses y sufrir daños (aspecto pasivo de la personalidad, por una parte), frente a la capacidad para actuar racional e intencionadamente (aspecto activo de la personalidad, por otra). Si bien el autor considera que ambos son criterios que se encuentran en el ámbito extrajurídico y que solo permiten justificar la determinación que establezca cada ordenamiento acerca de quien será considerado persona (MacCormick, 2007, 106), creemos que la misma presenta utilidad en el contexto normativo nacional, desde el momento en que permite efectuar válidamente la distinción antes realizada.

Acorde con lo antes expuesto, creemos que el segundo error en que incurre el Tribunal Constitucional está en considerar construcciones que están pensadas para el aspecto activo de la personalidad —que bien puede expresarse en la idea clásica de persona, en cuanto ente dotado de un patrimonio y capacidad de goce—, omitiendo la dimensión moral que permite justificar el aspecto pasivo, expresado por ejemplo en la existencia de ciertos intereses vinculados a la esfera moral del individuo que puede ser lesionada por parte de terceros. En este último sentido, creemos que la respuesta que proporciona el Tribunal no logra explicar la necesidad de protección que desde antiguo establece nuestra legislación respecto de quien está por nacer<sup>10</sup>, y que incluso se puede desarrollar para efectos de reconocer derechos extrapatrimoniales al *nasciturus*, acorde con la dignidad y respeto que este merece en cuanto integrante de la especie humana.

Por esta razón, consideramos que la interpretación que efectúa el Tribunal Constitucional acerca del sentido y alcance del artículo 55 del Código Civil es errada, no porque explique de manera incorrecta la aproximación que tenía el legislador en 1855, al momento de promulgarse el Código Civil; sino porque la emplea para continuar afirmando un sistema que basa la personalidad desde lo patrimonial, cuestión que no se aviene con el nuevo paradigma que se construye desde los derechos fundamentales. Por esta razón, creemos que existen buenas razones para preferir una interpretación como la sostenida por Corral (2010) y en definitiva entender que, a partir de esta disposición, se puede afirmar un principio de igualdad en el acceso a la personalidad para todos los seres humanos, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición.

Finalmente, no puede dejar de advertirse un último elemento en la decisión del Tribunal, como es el carácter incluso irrelevante que podía llegar a tener la calificación del *nasciturus* como persona. Lo anterior, por cuanto en la misma sentencia, se encarga de dejar establecido que ninguno de los derechos reconocidos en la Constitución tiene el carácter de absoluto (considerando 49.º). De esta forma, hubiese sido perfectamente factible que el Tribunal reconociera el carácter de persona a quien está por nacer, para luego efectuar un juicio de ponderación estricto frente a los intereses invocados en la nueva normativa, con miras a justificar el aborto en las causales contempladas.

---

<sup>10</sup> Incluso, como señala el mismo MacCormick, la antigua regla —pero todavía razonable y relevante— conforme a la cual quien está por nacer debe ser tratado como ya nacido en aquello que sea para su beneficio, se encuentra todavía justificada en la actualidad, por permitir resolver de forma simple las cuestiones patrimoniales en que pueda tener interés quien está por nacer (MacCormick, 2007, p. 108). Como puede apreciarse, de la misma no se sigue que aquellos otros intereses —de naturaleza extrapatrimonial— deban quedar también diferidos hasta el nacimiento.

## Conclusiones

Como se ha expuesto en el presente comentario, la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el requerimiento de inconstitucionalidad por el proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres causales aborda, en nuestro concepto, de manera errada el problema de la personalidad del que está por nacer, pues efectúa solo formalmente una interpretación sistemática de las reglas pertenecientes a nuestro ordenamiento. Lo anterior por cuanto no considera en la misma las transformaciones que ha experimentado nuestro derecho, que obligan a replantear el paradigma desde las cuales son leídas, de una manera acorde con la importancia que tiene la esfera moral de la personalidad dentro de la definición de esta. Este error en gran parte se encuentra determinado por la forma en que el Tribunal delimita las cuestiones relevantes para su decisión: desde el momento en que su marco de referencia es solamente la ley, niega que este tipo de consideraciones fuertemente éticas puedan llegar a tener una cabida dentro de la comprensión de la misma, con lo cual, lejos de favorecer el pluralismo, termina por excluir de manera arbitraria un elemento de primera relevancia para la resolución de la pregunta que se plantea.

De esta forma, con miras a conferir protección a los intereses de la mujer que afronta una situación trágica — en la cual puede ver expuesta su propia vida—, termina por construir un argumento parcialmente normativo, que afecta por completo nuestro sistema de derecho, al momento de abrir un grave cuestionamiento hacia un concepto medular, como es la categoría de persona. Lo que es peor, es que dicho cuestionamiento se efectúa

en circunstancias que ni siquiera era necesario, pues podría haber arribado a la misma solución, sobre la base de criterios de ponderación de derechos, como la misma sentencia lo insinúa al momento de descartar la existencia de derechos absolutos; o discutiendo acerca de los límites de la exigibilidad de las normas, como lo hace la prevención del ministro Hernández Emparanza.

Finalmente, no es posible dejar de advertir que la interpretación sostenida por el Tribunal puede acarrear problemas futuros, desde el momento en que, negada la categoría de persona a quien está por nacer, se abre no solo la posibilidad de que sus intereses sean preteridos frente a otros derechos fundamentales, sino también a que los mismos cedan frente a otros objetivos protegidos constitucionalmente. Con ello se terminaría por desvirtuar el sentido y alcance del artículo 19 N°1 inc. 2.º, pues la especial protección que quiso dispensar el constituyente para quien está por nacer por medio de un mandato al legislador, se terminaría transformando en una autorización de intromisión bajo criterios menos estrictos que aquellos aplicables a los nacidos.

Por estas razones, resulta sumamente cuestionable que estemos frente a una decisión que sienta una nueva doctrina en materia constitucional, lo que hace esperable que, en lo sucesivo, aquellos nuevos casos que se presenten en que se vea involucrada la cuestión del estatus jurídico de quien está por nacer, se resuelvan de una manera que logre integrar verdaderamente los distintos principios involucrados en nuestro ordenamiento.

## Referencias

Alpa, G. (2017). *¿Qué es el derecho privado?* Lima: Editorial Zela.

Corral, H. (2010). "La existencia legal de toda persona principia al nacer: una nueva lectura para una vieja norma. *Revista de Ciencias Sociales*. Universidad de Valparaíso, 311-326. Recuperado de: <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/existencialegal.pdf> (Fecha de consulta 4 de junio de 2018).

MacCormick, N. (2007). *Instituciones del derecho*. Barcelona: Editorial Marcial Pons.

Peña, C. (1996). El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos. En Medina y Figueroa (Eds.). *Sistema Jurídico y Derechos Humanos* (pp. 545-659). Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.

Sierra, L. (2017). El nasciturus como persona: lectura incompleta, doctrina distorsionada. *Puntos de Referencia*. Centro de Estudios Públicos, (462), 1-12. Recuperado de: [https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20170726/asocfile/20170726162938/pder462\\_lsierra.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20170726/asocfile/20170726162938/pder462_lsierra.pdf) (Fecha de consulta 4 de junio de 2018).

**Óscar  
Olivares  
Jatib**

Universidad de  
los Andes, Chile  
olivaresjatib@gmail.com

**La doctrina de la Corte Suprema en materia de culpa infraccional de las personas jurídicas colectivas por daños al medioambiente (Comentario a la sentencia de casación de 13 de diciembre de 2016, Rol N° 17.736-2016)**

**The Supreme Court's doctrine in the negligence per se matter in environmental damages of collective legal persons (Commentary of the cassation sentence, December 13th, 2016, role N° 17.736-2016)**

**Resumen:** En los últimos años, la Corte Suprema de Justicia ha elaborado, en materia de daños al medioambiente por sujetos colectivos, un concepto de culpa infraccional sustentado en el principio de culpabilidad. La Resolución de Calificación Ambiental constituye el marco jurídico general de evaluación de los estándares de conducta exigidos a los sujetos regulados en el procedimiento administrativo sancionador. Se castiga por exceder o no contar con esa autorización administrativa en la ejecución del proyecto ambiental. Pareciera que la responsabilidad del agente es objetiva, ya que se prescinde de su intencionalidad real. Este trabajo efectúa una crítica a la doctrina recogida por el máximo tribunal en la sentencia de casación dictada el 13 de diciembre de 2016, en la causa rol N° 17.736-2016.

**Palabras clave:** Culpa infraccional; entes colectivos; culpabilidad; Resolución de Calificación Ambiental; responsabilidad objetiva.

**Abstract:** In the last years the Supreme Court of Justice has elaborated, in the matter of damages to the environment by collective subjects, a concept of negligence per se sustained in the principle of culpability. The resolution of environmental qualification constitutes the general juridical frame of evaluation of the standards of conduct demanded from the subjects regulated in the administrative sanctioning procedure. It is punished for exceeding or not having that administrative authorization in the execution of the environmental project. It seems that the responsibility of the agent is objective, since his real intentionality is dispensed with. This work makes a critique of the doctrine collected by the highest court in the adjudication of cassation issued on December 13, 2016, in the case role N° 17.736-2016.

**Keywords:** negligence per se; collective entities; culpability; resolution of environmental qualification; strict liability.

Para Roxin, la relevancia de la *culpabilidad* es mayúscula, ninguna categoría penal es tan discutida como esta y ninguna es tan imprescindible (Feijóo, Bajo y Gómez-Jara, 2016, p. 154). La *culpabilidad* o *principio de culpabilidad* admite diversos significados. Se entiende que es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. A su vez, es el resultado de una imputación de reprobación, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona. Por último, es reprochabilidad, en lenguaje coloquial es tener la culpa. Como fundamento de la necesidad de vincular la legitimidad de la pena a un reproche, esto es, como razón del *principio de culpabilidad*, se aduce que solo de esta manera puede evitarse la instrumentalización de la persona al imponerle una pena (Jakobs, 1992, p. 1052)<sup>1</sup>.

El debate en torno a la *culpabilidad* de las personas jurídicas ha partido de tres ideas básicas. De un lado, la propuesta por Schünemann que, aun admitiendo la incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica, sostiene que el fundamento del reproche se halla en un estado de necesidad del bien jurídico. De otro, la sostenida por Tiedemann que elabora toda una teoría de culpabilidad sobre la base del defecto de organización. Una tercera fundamentación de la culpabilidad en general —y que ha querido extrapolarse, en algún caso, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas— se sustenta en criterios funcionalistas elaborados desde el punto de vista de la prevención de la pena. Casi todas las teorías existentes son meras derivadas de las dos primeras formulaciones señaladas Pérez, 2014, p. 121).

En los ordenamientos jurídicos en los que existe la distinción entre derecho penal y derecho administrativo sancionador, es habitual la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas (Gómez, 2013, p. 78)<sup>2</sup>. En Alemania, por ejemplo, existe un vínculo muy estrecho entre estos regímenes en material ambiental, no obstante su absoluta independencia, ya que los delitos (penales) relativos a los elementos naturales, amenazados por la acción punible, se conectan con la contravención de leyes o reglamentos protectores del ambiente Cortaza, 2005, p. 242).

Para Nieto, el derecho administrativo sancionador no debe ser construido con los materiales y con las técnicas del derecho penal sino desde el propio derecho administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y el derecho público estatal (Nieto, 2012, pp. 30, 159, 166)<sup>3</sup>.

En derecho ambiental, la administración pública cuenta con potestades para la represión de las infracciones contra el orden público. Una de dichas potestades corresponde a la potestad sancionadora que permite a la Administración reprimir, directamente y sin necesidad de acudir a los tribunales, mediante la imposición de sanciones, las infracciones al medioambiente, en cuanto bien jurídico colectivo (Bermúdez, 2013, p. 427).

En Chile siempre se ha castigado a los entes colectivos dotados de personalidad jurídica por las consecuencias antijurídicas de sus actos. Se sabe que si causan un daño civil deben indemnizar, si infringen una disposición administrativa son sancionados y, desde el año 2009, si

<sup>1</sup> La doctrina contemporánea plantea que con el nombre de *principio de culpabilidad* se designa a un conjunto de exigencias de carácter político criminal que constituyen límites al *jus puniendi* tanto en el nivel de creación como de aplicación de las normas penales y también a la existencia misma de la propia culpabilidad como categoría dogmática en la teoría del delito. La culpabilidad, como tal, del mismo modo que los elementos tipicidad y antijuridicidad, se presenta como un elemento reductor de la acción. En cuanto a las exigencias garantistas límites del *jus puniendi*, son tres: la primera se refiere a la existencia de una vinculación personal en forma de dolo o culpa entre el sujeto y el hecho y la segunda, a la observancia de proporcionalidad de la pena, la que no puede rebasar en cantidad y calidad a la culpabilidad del sujeto responsable de la comisión del hecho. La tercera exigencia se refiere a que el fundamento de la responsabilidad de la persona solo puede ser un hecho y de ningún modo circunstancias personales del sujeto como podría ser el rechazo social que pudiera originar su modo de vida (Hormazábal, 2005).

<sup>2</sup> En similar sentido, Alcalde Rodríguez, Enrique (2015); Soto Kloss, Eduardo (2005); Aróstica Maldonado, Iván (1987 y 1991). Para Eduardo Cordero Quinzacara (2012) p. 146, resulta evidente que la concepción unitaria del poder punitivo estatal se construye de una categoría metajurídica que lleva a una identidad ontológica entre los delitos y las infracciones administrativas.

<sup>3</sup> En su opinión, no hay necesidad ni lógica ni jurídica de aplicar al derecho administrativo sancionador materiales y principios procedentes del derecho penal, aunque ello es recomendable dada su mayor maduración dogmática. Dicha aplicación debe hacerse de una forma matizada, lo que supone que no siempre y no todos los principios penales son aplicables, sin más, al ámbito de las infracciones administrativas. Por su parte, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (1981, p. 161) sostienen que las demás diferencias, las que hacen del derecho administrativo sancionador un derecho represivo prebeccariano, y que pueden transformarlo en un soberbio instrumento de persecución al servicio del poder político, no pueden calificarse de diferencias conceptuales, sino de intolerables excepciones a los principios de libertad y seguridad que inspiran el Estado de derecho.

cometen determinados delitos incluso reciben una pena<sup>4</sup>. Lo único discutible es la clase de intencionalidad que se les exige<sup>5</sup>.

En efecto, mientras en el derecho penal, el *principio de culpabilidad* es un límite al poder punitivo, en el derecho administrativo la *culpabilidad* es funcional a la disuasión, tal como ella lo es en el ámbito civil. Mientras en el ámbito penal la culpabilidad define el diseño de la imputación institucional, en el ámbito administrativo o civil, la culpabilidad es solo una parte circunstancial de ese diseño (Letelier, 2017, p. 664)<sup>6</sup>. Incluso el reproche ético en la sanción administrativa puede prescindir de la intencionalidad del sujeto (Letelier, 2017, p. 666).

La aplicación de la *culpabilidad* o *principio de culpabilidad* en el derecho sancionador ambiental es bastante complejo, pues es un sector en el que predomina una responsabilidad de carácter objetiva, en donde se imponen sanciones sobre la base de la acreditación de los hechos infractores y su imputación a una persona determinada y con independencia del grado de participación del sujeto en tales hechos (Nuño, 2016)<sup>7</sup>. El fallo en estudio es un claro ejemplo de esto.

El juicio de desvalor en este ámbito se basa en la *culpa infraccional*, que en concepto de Enrique Barros, supone

una contravención de los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa (en una ley, reglamento, ordenanza, resolución u otra regulación semejante). Los ordenamientos que regulan ámbitos de actividad muy diversos, como sucede con el ambiental, son completados por regulaciones administrativas o municipales que establecen deberes más precisos (Barros, 2010, pp. 98-99).

En el caso en análisis, ese deber de cuidado viene dado por la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), que es la autorización administrativa que entrega el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), que se obtiene al término del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), y establece que el proyecto presentado por el interesado ha sido aprobado o rechazado.

En general se exige un extenso deber de diligencia —que incluye un amplio deber de saber e informarse— a muchos de los sujetos que pueden cometer infracciones administrativas (entidades de crédito, fabricantes de productos, entre otros). Lo que origina que en la mayoría de las situaciones en que se alega falta de culpabilidad, acabe imponiéndose la sanción por entenderse que no se había cumplido con este deber de diligencia (Rebollo, 1989).

<sup>4</sup> La ley N° 20.393, que fue publicada el 2 de noviembre de 2009, hace responsable a las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, cohecho y financiamiento del terrorismo.

<sup>5</sup> Para Enrique Bacigalupo (2005, p. 144), el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: (i) por una parte determina los presupuestos de la pena y (ii) por otra interviene en la individualización de la pena.

<sup>6</sup> Sobre el particular, la Contraloría General, en su dictamen N° 28.226, de 2007, entendió que el origen histórico de las sanciones administrativas, en cuanto simple desplazamiento de la competencia desde el ámbito de los tribunales hacia el de la Administración, justifica por razones de conveniencia y de política legislativa la pretendida falta de normas expresas que regulen la prescripción de este tipo de sanciones, pues son aplicables las reglas del derecho penal común, que no han podido ser afectadas por ese cambio del órgano competente para aplicarlas.

<sup>7</sup> La doctrina administrativa de la Contraloría General contenida, entre otros, en los dictámenes N° 14.571 y N° 31.239, ambos de 2005, N° 63.697, de 2011, y N° 13.790, de 2013, ha expresado que tanto la potestad sancionadora penal como administrativa constituyen una manifestación del *ius puniendi* general del Estado, motivo por el cual se ha entendido que los principios del derecho penal, entre ellos, el de culpabilidad, son aplicables, con matices, al derecho administrativo sancionador. Así lo ha planteado también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 26 de agosto de 1996 (rol 244, considerando 9.º), de 27 de julio de 2006 (rol 480, considerando 5.º) y de 8 de agosto de 2006 (rol 479, considerando 8.º).

## 1. Planteamiento del problema

El presente trabajo pretende demostrar que la Corte Suprema de Justicia en el fallo dictado el 13 de diciembre de 2016, en la causa rol N° 17.736-2016, construye un concepto de *culpa infraccional* sustentado en el *principio de culpabilidad*. En dicho pronunciamiento se rechazó la reclamación interpuesta por la Empresa Nacional de Electricidad (Endesa) con fecha 8 de junio de 2015, en contra de la Resolución Exenta N° 404, de 20 mayo de 2015, de la Superintendencia de Medioambiente, por haberse encargado la construcción de una central con capacidad superior a aquella autorizada por la RCA.

El juicio de reproche del máximo tribunal no considera apreciaciones volitivas, sino únicamente el hecho de que se haya contravenido la norma que regula el actuar del infractor. Para la Corte Suprema, la RCA constituye el marco jurídico general para evaluar los estándares de conductas de los sujetos regulados y no las condiciones subjetivas en las que se encuentra el sujeto objeto del procedimiento administrativo sancionador (Cordero, 2015)<sup>8</sup>.

Por vía jurisprudencial se construye una técnica normativa que permite atribuir responsabilidad de manera objetiva. Se sanciona por exceder los términos de la autorización administrativa y se prescinde de la intencionalidad del sujeto colectivo en el hecho imputado, lo que aliviana la labor del juzgador a la hora de efectuar el examen de *culpabilidad*.

Para el Cordero, este razonamiento judicial implica cuestionar a quienes promueven las lógicas de un derecho administrativo sancionador basado, como único factor que legitima, en el denominado *ius puniendi* estatal y trasladando así en materia de culpabilidad una exigencia estrictamente subjetiva. Lo que no sería extraño en la jurisprudencia de la última década de la Corte Suprema en el caso de servicios públicos regulados, donde ha optado sistemáticamente por una culpabilidad infraccional, lo que ha llevado a muchos a sostener que en tales casos aplica un sistema sancionatorio objetivo (Cordero, 2015).

## 2. Análisis del fallo

### 2.1. Los hechos

La infinidad de recursos naturales existentes en el país ha atraído inversiones y proyectos de envergadura en los sectores acuícolas, energéticos, forestales y mineros, de alto impacto ambiental para la sociedad civil, lo que ha afectado el entorno en todas sus dimensiones.

En este contexto, surgió la idea de instalar la Central Termoeléctrica Bocamina, que es un complejo industrial generador de energía eléctrica a base de carbón bituminoso y sub-bituminoso, ubicado en la comuna de Coronel, 30 km al Sur de Concepción, en el sector denominado Lo Rojas, que cuenta con dos unidades generadoras. La primera unidad fue puesta en servicio el año 1970, tiene una potencia aproximada de 128 MW y dado su año de construcción, no fue sometida al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por lo que

no cuenta con una Resolución de Calificación Ambiental.

La segunda unidad, corresponde al proyecto denominado Ampliación Central Termoeléctrica II Unidad (Bocamina II Unidad), de acuerdo con la RCA N° 206/2007, está equipada con tecnología de combustión de carbón pulverizado.

A partir del año 2008, Endesa decide optimizar el diseño de la segunda unidad, circunstancia que le permitiría mejorar su funcionamiento en términos ambientales y de seguridad, sin modificar las características esenciales del proyecto aprobado.

El predio donde se localizaba el proyecto pertenecía a Endesa, con acceso por calle Pedro Aguirre Cerda, entre las calles 18 de Septiembre y Mario Fuentealba, frente a la bahía de Coronel. El proyecto se llevó a cabo

<sup>8</sup> Anteriormente la Corte Suprema se había pronunciado de manera similar en tres fallos dictados el 19 de mayo de 2015, en las causas roles 24.262-2014, 24.245-2014 y 24.233-2014, todas redactadas por el ministro Sandoval.

en las mismas dependencias del actual Complejo Central Termoeléctrica Bocamina. Las obras de la segunda unidad de la Central Termoeléctrica Bocamina se emplazaron en la misma superficie indicada en el proyecto aprobado.

El proyecto Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad consideró la optimización de la segunda unidad de la Central Termoeléctrica Bocamina, a través de modificaciones al diseño de sus obras permanentes. Ello respecto de las obras indicadas en el proyecto Ampliación Central Bocamina (segunda unidad), calificado favorablemente mediante la Resolución Exenta N° 206/07, de 2 de agosto de 2007, de la Comisión Regional del Medio Ambiente (Corema) de la Región de Biobío y sus posteriores modificaciones.

Ante denuncias de la comunidad por la obra en cuestión, la Superintendencia de Medioambiente inició un procedimiento sancionatorio en contra de Endesa, a cuyo término, por Resolución Exenta N° 421 de 11 de agosto de 2014, le aplicó una multa ascendente a 8.640,4 Unidades Tributarias Anuales (UTA), equivalentes a\$ 4.378 millones, en razón de los siguientes incumplimientos: i) desarrollo de actividades para los que la ley exige una RCA, sin contar con ella; ii) superación del límite de emisiones atmosféricas para el parámetro CO, emitiendo en el mes de enero de 2013, 0,35 ton/día, para la primera unidad, iii) falta del sistema de desulfuración de la primera unidad; v) fallas y aperturas entre los paneles del cierre acústico perimetral del complejo Bocamina; vi) incumplimientos de la Norma de Emisión de Ruidos; vii) omisión de medidas implementadas para hacerse cargo de la succión masiva de recursos hidrobiológicos a través del sifón de captación de aguas de refrigeración de Bocamina Segunda Unidad e; viii) incumplimientos a los requerimientos de información efectuados por la SMA.

En contra de dicha resolución, se interpusieron dos reclamaciones. Una por parte de la empresa, y otra por representantes del gremio. La primera solicitaba la anulación de la resolución y la rebaja sustantiva de la

multa. La segunda, por su parte, solicitó el incremento pecuniario de la multa y la revocación definitiva de la RCA para la empresa.

Seguidamente, por sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, con asiento en Valdivia, de fecha 27 de marzo de 2015, en autos N° R-6-2014, la multa aplicada resultó anulada parcialmente, solo en cuanto a la sanción impuesta por haber desarrollado actividades para los que la ley exige una RCA, sin contar con ella. En los demás casos fue rechazada.

El órgano judicial entendió, en lo que aquí interesa, que la intencionalidad exigida por la ley solo se refiere a la comisión de la infracción y no la existencia de daño. Por tanto,

existiendo conocimiento de la ejecución o desarrollo de proyectos o actividades para los que la ley exige resolución de calificación ambiental y sin que se evitara, pudiendo hacerse, debe entenderse que concurre una determinación de la voluntad en el sentido de realizar dicho proyecto sin contar con la resolución de calificación ambiental y, por ende, se evidencia intencionalidad en la comisión de la infracción<sup>9</sup>.

A partir de este dictamen, la SMA recalculó la sanción y con fecha 20 de mayo de 2015 dictó la Resolución Exenta N° 404 que incrementó la multa original desde 977 UTA a 1.477 UTA. Esta resolución, a su vez, fue reclamada por Endesa, mediante el reclamo regulado en el artículo 56 de la ley N° 20.417 de 2010<sup>10</sup>, contra la SMA, que refuta la Resolución Exenta N° 404, de 20 de mayo de 2015.

La empresa consideró que el acto administrativo no se ajustaba a derecho por cuanto carecía de fundamentación el incremento en la sanción, conforme a las bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales de la SMA.

<sup>9</sup> Tercer Tribunal Ambiental, causas acumuladas “Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente” y “Marisol Ortega y Otro con Superintendencia del Medio Ambiente”, 27 de marzo de 2015.

<sup>10</sup> Artículo 56: “Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental.

Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables y aquéllas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta.

Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, se le reducirá un 25% del valor de la multa. El pago deberá ser acreditado en el plazo señalado presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República”.

El Tercer Tribunal Ambiental, acogió dicha reclamación el 12 de febrero de 2016, y ordenó a la SMA modificar la resolución recurrida, en lo relativo a indicar cuál es el valor de seriedad utilizado en la determinación de la sanción por la infracción —actuar sin RCA— y, al mismo tiempo, exponer y justificar cuál es el factor de incremento debido a la intencionalidad. Agregó que “el factor de incremento es un porcentaje sujeto a la discrecionalidad de la SMA, sin embargo este Tribunal controlará que éste sea razonable en función de los hechos que ameritan su aplicación, es decir que no sea desproporcionado”. Lo anterior, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal, permite un adecuado equilibrio entre la labor del control jurisdiccional y el respeto al margen de apreciación conferido a la Administración (Tohá, 2017, p. 143).

En contra de este último dictamen, la SMA entabló recursos de casación en la forma y en el fondo para y ante la Corte Suprema.

## 2.2. El fallo de la Corte Suprema

La Corte Suprema rechazó el recurso de casación en la forma y acogió la casación en el fondo, y procedió, con fecha 13 de diciembre de 2016, a dictar la correspondiente sentencia de reemplazo. En lo que respecta a la elevación de la multa, entendió que refutando la Resolución Exenta N° 404, fue expedida en cumplimiento de lo resuelto por el Tercer Tribunal Ambiental.

Considera el máximo tribunal

Que, a la luz de lo razonado, resulta efectivo que, tal como lo dice la Superintendencia del Medio Ambiente en su informe, el hecho que la ley N° 20.417 entregue solamente un tope respecto al monto de las multas implica que el órgano administrativo goza de atribuciones que le permiten fundar la cuantía de la sanción pecuniaria en toda la extensión del quantum establecido por el legislador, atendida la calificación que efectúa de los hechos. También resulta cierto que la tarificación ambiental —entendida ésta como el

establecimiento de parámetros rígidos que permiten ex ante conocer el monto de las infracciones o, en otras palabras “cuánto cuesta” el infringir la normativa— se aleja de la finalidad preventiva que informa dicha institucionalidad. En todo caso, ello no significa que las prerrogativas puedan ejercerse sin límite alguno. Señala la doctrina que “en el ámbito del Derecho administrativo la proporcionalidad constituye un principio general que cumple una importante función dentro de los mecanismos destinados a controlar el ejercicio de las potestades discrecionales que el ordenamiento atribuye a los órganos administrativos. Si bien se ha sostenido que las potestades sancionadoras son siempre regladas, la realidad nos demuestra que existe un margen de libre apreciación que queda entregado a la autoridad administrativa y en donde este principio juega un importante rol al momento de interpretar dichas disposiciones e integrar algunos criterios en la determinación de la sanción” (considerando décimo sexto).

Esto implica que el margen de libre apreciación o discrecionalidad<sup>11</sup> con que cuenta la administración le permite recorrer todo el *quantum* de la sanción pecuniaria, pudiendo imponer la multa que estime pertinente conforme la calificación efectuada de los hechos. Esta técnica de determinación es habitual en el derecho chileno sancionatorio, por lo que su actuación se ajusta a derecho y no admite reproche alguno.

Sin perjuicio de lo anterior, lo interesante del fallo en comento, es lo que se señala en relación con el *principio de culpabilidad* en materia ambiental.

Dice la Corte Suprema

Que el análisis de la intencionalidad y su magnitud pasa por el conocimiento de la norma por parte del infractor (el destacado es nuestro), de la conducta misma y de sus alcances jurídicos, de manera que ella se configura cuando pueda imputarse al sujeto el conocimiento preciso de sus obligaciones y que

<sup>11</sup> La discrecionalidad administrativa, según Soto Kloss (2012, p. 442), es la libertad de apreciación que se le atribuye a un órgano-autoridad para decidir, ante dos o más posibilidades objetivas de actuación, cuál es la más idónea para satisfacer la necesidad pública de que se trata, esto es, la que parece precisamente más oportuna, adecuada y proporcionada, según las circunstancias concretas de tiempo, lugar y personas que concurren en ese instante. Dicho órgano-autoridad no puede guiarse jurídicamente en forma caprichosa y arbitraria, como si se tratase de una persona privada, ya que se encuentra atribuido por el derecho de una función estatal, con poderes de imposición y superordenadores. En similar sentido, Pierry (1984, pp. 162-163) distingue entre “poder discrecional” y “potestad reglada”. Sostiene que hay poder discrecional cuando la ley o el reglamento dejan a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer. En cambio, la potestad reglada es aquella norma jurídica que impone al poder público la decisión que se toma, en atención a la existencia de ciertos requisitos que allí establece.

su conducta se realiza en contravención a ellas. Para este análisis tendrán especial relevancia, además, las características peculiares del infractor, en tanto el negocio desempeñado por éste constituye un antecedente que permite evaluar su grado de conocimiento previo en conexión a la normativa ambiental transgredida.

El juicio de reproche se sustenta en el conocimiento real o aparente que el agente debió tener sobre la norma regulatoria de su conducta. Los elementos utilizados para verificar la concurrencia de este aspecto volitivo son los siguientes: i) características peculiares del infractor; ii) el negocio desempeñado por la entidad colectiva y; iii) el conocimiento de la norma ambiental transgredida.

Luego, el tribunal asume que

el conocimiento que Endesa tuvo respecto a que encargó la construcción de una central con capacidad superior a aquella cuya autorización había obtenido, de suerte que medió una determinación de su voluntad para realizar el proyecto sin contar con una resolución de calificación ambiental que lo habilitara. Dentro de las modificaciones unilateralmente realizadas al proyecto se encuentran el cambio del tipo de generador de vapor, sistema de refrigeración, aumento de la potencia del turbogenerador, manejo de residuos y otros susceptibles de causar daños ambientales tanto al ecosistema marino como en lo relativo a la calidad del aire, materias que se tuvieron en consideración al momento de autorizar el proyecto original. Las alegaciones de Endesa en orden a que no existió un riesgo creado en el medio ambiente y la salud de la población no resultan exactas, puesto que se estableció que uno de esos riesgos —provocado por el cambio en el trazado de la tubería de descarga de aguas al mar— realmente se materializó, en tanto se constató “el aumento en la estratificación de la columna de agua y una disminución de su densidad en el área de influencia del proyecto” (considerando décimo séptimo).

En consecuencia, el elemento determinante que legitima la resolución administrativa y sustenta el pronunciamiento judicial, es el conocimiento del infractor de estar ejecutando el proyecto sin contar con RCA que lo habilitara. Las características peculiares del infractor y la naturaleza del negocio desempeñado constituyen un

antecedente que permite evaluar, e incluso agravar su responsabilidad<sup>12</sup>.

Para el juzgador, la configuración de daño ambiental y a la salud pública es irrelevante, lo único que le interesa es que la actuación del infractor haya quebrantado el marco jurídico general dado por la RCA. En este sentido, añade la Corte Suprema

Que también conviene denotar que, aun cuando el riesgo ambiental no se hubiese materializado, el sólo conocimiento de su probabilidad resulta un elemento importante de valorar al momento de determinar la incidencia de la intencionalidad en la regulación de la multa. Por otro lado, no resulta gravitante la alegación acerca que la operación del turbogenerador nunca excedió la potencia de 350 MW, en tanto la reclamante, en conocimiento que aquella era la máxima que se le había autorizado, contrató una potencia superior, respecto de la cual inició los trámites para su autorización con posterioridad. Esto implica desconocer los principios preventivos y precautorios sobre los que descansa la preceptiva ambiental (considerando vigésimo).

Finalmente sostiene

Que, por tratarse la intencionalidad de un componente cualitativo, las elucubraciones anteladas resultan bastantes para discernir que el monto de 500 UTA que elevó la sanción originalmente impuesta se halla debidamente justificado, situándose dentro del rango que fijan los artículos 38 y 39 de la ley N° 20.417 y en virtud de las reflexiones de hecho ya expuestas, y cumpliendo con el proverbio de proporcionalidad que rige en materia del ejercicio del *ius puniendi* estatal.

De esta forma, al encontrarse la circunstancia debidamente analizada en las decisiones antes mencionadas, resultaba suficiente que la Resolución Exenta N° 404, de 20 de mayo de 2015 se remitiera a ellas, por cuanto no hacía otra cosa que cumplir el dictamen jurisdiccional (considerando vigésimo primero).

No deja de ser interesante la calificación de *componente cualitativo* que hace el órgano jurisdiccional superior sobre la *culpabilidad* de la persona colectiva.

<sup>11</sup> Dicho criterio ya había sido recogido por la Corte Suprema en la causa rol 5.838 de 2015.

Si bien lo considera un elemento configurativo de la responsabilidad, el análisis que efectúa conduce a pensar, y sin temor a equivocarnos, que la *intencionalidad* de Endesa en la infracción administrativa es de carácter objetiva, ya que su voluntad queda determinada por el hecho de realizar el proyecto sin contar con una RCA.

Toda la reflexión judicial gira en torno al conocimiento del infractor de la normativa administrativa regulatoria de

su conducta. Pareciera que la invocación del *principio de culpabilidad* funciona más bien como recurso de argumentación jurídico más que como un factor que permita verificar la intencionalidad del autor en la realización de la conducta. De este modo, la *culpa infraccional* se construye como una técnica de atribución de responsabilidad al administrado por haber excedido los términos de la RCA y no como un juicio de reproche por contravenir un deber de cuidado al medioambiente.

### 3. Comentarios finales

Ha quedado demostrado que la Corte Suprema en el fallo en comento, en especial, y en materia de infracciones administrativas al medioambiente, en general, asume un concepto de *culpa infraccional* de la persona colectiva sustentado en el *principio de culpabilidad*.

En el caso estudiado, la contravención a la *resolución de calificación ambiental* (RCA) implicó la voluntad del agente infractor de querer realizar la acción antijurídica. Endesa, al encargar la construcción de una central con capacidad superior a aquella autorizada, manifestó la intencionalidad de cometer la infracción administrativa, sin importar si hubo o no daño al medioambiente.

Pareciera que el régimen sancionatorio ambiental, para el máximo tribunal, es de carácter objetivo. El *principio de culpabilidad* permite al Estado imponer una

medida administrativa por la mera acreditación de los hechos. No interesa en lo más mínimo la *culpabilidad* del sujeto colectivo, pese a que la Corte Suprema recurre constantemente a la intencionalidad en la parte considerativa de la sentencia como elemento fundante de su decisión.

Esta técnica de atribución de responsabilidad, en nuestra opinión, aliviana el conocimiento y resolución de las reclamaciones judiciales en perjuicio del sancionado, pues se le priva de un factor de imputación del daño que en derecho penal constituye una garantía frente al *ius puniendi*.

Lamentablemente la doctrina jurisprudencial se ha mantenido fiel y uniforme a este criterio en el último tiempo y no se avizoran cambios en lo próximo.

## Referencias

- Alcalde Rodríguez, E. (2015). Relaciones entre la pena administrativa y la sanción penal. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (14), 29-33.
- Aróstica Maldonado, I. (1987). Algunos problemas del derecho administrativo penal. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, (182), 71-81.
- Aróstica Maldonado, I. (1991). Un lustro de sanciones administrativas. *Revista de Derecho Público*, (50), 173-195. doi:10.5354/0719-5249.2016.43517.
- Bacigalupo, E. (2005). *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Barros Bourie, E. (2010). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Bermúdez Soto, J. (2013). Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (40), 421-447.
- Cordero Quinzacara, E. (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. *Revista de Derecho Valdivia*, 25(2) 131-157.
- Cordero, L. (2015). La culpa infraccional en el Derecho Administrativo sancionador. *El Mercurio Legal*. Edición del 29 de mayo. Recuperado de <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903950&Path=/0D/CB/>. (Fecha de consulta 30 de mayo de 2018).
- Cortaza Vinuesa, C. (2005). Separación entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. *Revista Jurídica*, enero 2, 241-261. (Fecha de consulta 30 de mayo de 2018).
- García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T. (1981). *Curso de Derecho Administrativo II* (2ª ed.). Madrid: Civitas.
- Feijóo Sánchez, B. J., Bajo Fernández, M. y Gómez-Jara Díez, C. (2016). *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*. Madrid: Civitas.
- Gómez Tomillo, M. (2013) Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derecho administrativo sancionador: Especial consideración de criterios político-legislativos de atribución de responsabilidad. *Revista Académica*, 85(1), 77-153. (Fecha de consulta 30 de mayo de 2018).
- Hormazábal Malarée, H. (2005). Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. *Revista de derecho*, Valdivia, 18 (2), 167-185.
- Jakobs, G. (1992). El principio de culpabilidad. *ADPCP*, 45(3) XLV, Fascículo III. 1050-1083.
- Letelier Wartenberg, R. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Revista de Política Criminal*, 12(24), 622-689.
- Nieto, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Nuño Jiménez, I. y Puerta Seguido, F. (2016). Derecho administrativo sancionador: Principios de la potestad sancionadora. *Gabilex*, (5), 142-190.

- Pérez Arias, J. (2014). *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Dykinson.
- Piery, P. (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (8), 161-183.
- Rebollo Puig, M. (1989). *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*. Madrid: Editorial Civitas.
- Soto Kloss, E. (2005). Sanciones administrativas: ¿camino de servidumbre? *Gaceta Jurídica*, (296), 76-88.
- Soto Kloss, E. (2012). *Derecho Administrativo: Temas Fundamentales*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot.
- Tohá Saavedra, J. (2017). Revisión Judicial de las sanciones administrativas en materia ambiental: ¿Puede el órgano revisor determinar una nueva sanción? *Revista de Justicia Ambiental*, (9), 123-151.

## Jurisprudencia citada

- Aguas Araucanía S.A. con Comisión Nacional del Medio Ambiente* (2015) Corte Suprema (rol 24.262-2014), 19 de mayo de 2015.
- Aguas Araucanía S.A. con Comisión Nacional del Medio Ambiente* (2015) Corte Suprema (rol 24.245-2014), 19 de mayo de 2015.
- Aguas Araucanía S.A. con Comisión Nacional del Medio Ambiente* (2015) Corte Suprema (rol 24.233-2014), 19 de mayo de 2015.
- Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la ley N° 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna* (1996) Tribunal Constitucional (rol 244), 26 de agosto de 1996.
- Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente y Marisol Ortega y Otro con Superintendencia del Medio Ambiente* (2015) Corte Suprema (rol 5.838-2015), 31 de diciembre de 2015.
- Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente y Marisol Ortega y Otro con Superintendencia del Medio Ambiente* (2015) Tercer Tribunal Ambiental, causas acumuladas (rol 6-2014), 27 de marzo de 2015.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Compañía Eléctrica San Isidro S.A. y otras, respecto del artículo 15 de la ley 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en autos sobre recursos de reclamación de ilegalidad que indica, de los que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago* (2006) Tribunal Constitucional (rol 479), del 8 de agosto de 2006.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Iberoamericana de Energía IBENER S.A., respecto del artículo 3.º N° 17, inciso 4.º y N° 23, inciso 1.º, 15, 16 N° 2 y 16 A de la Ley 18.410, en la causa Rol N° 5.816-2004 de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2006) Tribunal Constitucional (rol 480), 27 de julio de 2006.

**Jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República**

Dictamen N° 14.571, de 2005.

Dictamen N° 31.239, de 2005.

Dictamen N° 28.226, de 2007.

Dictamen N° 63.697, de 2011.

Dictamen N° 13.790, de 2013.

## Eduardo Vio Grossi

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

### La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos

### The non-binding nature of consultative opinions of the Interamerican Court of Human Rights

**Resumen:** La Convención de Viena contempla dos competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la competencia contenciosa y la no contenciosa o consultiva. El ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte tiene fuerza vinculante. Las opiniones consultivas, en cambio, no son obligatorias ni vinculantes. Por esto, lo emitido en ellas no constituyen propiamente fallos o sentencias aunque tengan su misma forma. Esto no obsta para que un Estado parte pueda disponer su obligatoriedad dentro de su jurisdicción. Las opiniones consultivas tienen la función de orientar a los Estados en el cumplimiento y defensa de los derechos humanos en ellas comprendidas. Independientemente de que una opinión se emita como fallo tienen un contenido propio, respecto de las sentencias de la competencia contenciosa de la Corte. Los Estados Partes de la Convención, para este efecto, conciben ambas competencias como instituciones distintas y peculiares.

**Palabras clave:** competencia contenciosa; competencia consultiva; opinión consultiva; justicia internacional.

**Abstract:** The Viena Convention contemplates two competencies of the Inter-american Court of Human Rights: the judicial competency and the non judicial or consultive one. The exercise of the Court's judicial competency has binding force, whereas consultive opinions are neither mandatory nor binding. Hence, what is emitted by them does not constitute verdicts or sentences even if they have the same structure. However, a State Party can still dispose their obligatory nature of verdicts or sentences in their jurisdictions. Consultive opinions have the role of guiding the states in the accomplishment and defense of the comprised human rights. Even if an opinion is emitted as a verdict, the consultive opinion has its own content regarding the sentences that belong to the Court's judicial competency. For this purpose, the States Parties of the Convention constitute both competencies as different and peculiar institutions.

**Key words:** judicial competency; consultive competency; consultive opinion; international justice.

En vista de requerimientos que se han formulado sobre el particular, el presente escrito procura reiterar más ampliamente los fundamentos de lo expuesto en el “Voto Individual del” suscrito, “Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de noviembre de 2017, Solicitada por Costa Rica, Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a Parejas del Mismo Sexo (Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo. Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>1</sup>.

En aquel voto se afirmó que las opiniones consultivas (en adelante, la o las OC) no son “obligatorias, lo que constituye la principal diferencia con las sentencias” y que no lo son “no solo porque, de lo contrario, no existiría diferencia con estas últimas, sino porque, además, en ellas no hay partes, de donde se desprende que sería del todo injusto que una resolución de la Corte fuese obligatoria para los que no han comparecido ante ella ni han sido demandados o interpelados”.

En tal parecer individual se añadió que [p]or otra parte, en la hipótesis de que se estimara que las opiniones consultivas fuesen obligatorias para todos los Estados, no solo el derecho de defensa se vería muy seriamente afectado, sino que también los Estados que no son parte de la Convención serían, de esa forma, sometidos a la jurisdicción de la Corte, lo que escapa del todo de lo que establece la propia Convención.

y finalizó, a este respecto, señalando que “[m]ás, lo anterior no implica que las opiniones consultivas de la Corte no tengan especial relevancia”; que

[e]fectivamente, su trascendencia radica precisamente en que, sobre la base de su autoridad moral e intelectual, mediante ellas la Corte ejerce un control de convencionalidad preventivo, esto es, le indica a los Estados que han reconocido su competencia contenciosa, que, de no ajustar su conducta a la interpretación que ella hace de la Convención, se arriesgan a que, sometido un caso a su conocimiento y resolución que diga relación con dicho proceder, declare la responsabilidad internacional del respectivo Estado

y que “a los demás Estados, les proporciona una orientación para el pleno y cabal respeto de los derechos humanos que se comprometieron a respetar, sea por ser partes de la Convención sea porque lo son de otros instrumentos jurídicos internacionales”.

Las razones, pues, para sostener lo precedentemente reproducido, son las que seguidamente se indican, sustentadas en la aplicación a lo dispuesto, sobre la materia, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención) tanto de las reglas de interpretación previstas en los artículos 31<sup>2</sup> y 32<sup>3</sup> de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, Convención de Viena) como de las fuentes auxiliares del derecho internacional.

<sup>1</sup> Anexo a Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

<sup>2</sup> “Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

<sup>3</sup> “Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

## 1. La convención de Viena

### 1.1. La buena fe

Para la cabal comprensión del tema, es menester señalar, desde ya, que la Convención contempla dos competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte). Una es la competencia contenciosa, prevista en sus siguientes artículos:

#### Artículo 61

1. Solo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.
2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

#### Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

#### Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho

o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

La otra competencia de la Corte es la no contenciosa o consultiva consagrada en el artículo 64 de la Convención, cuyo texto es del tenor que sigue:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Lo expuesto es reiterado en el artículo 2 del Estatuto de la Corte, en los términos que se transcriben: Competencia y Funciones.

La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva:

1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención.

2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención.

Las recién reproducidas normas convencionales son desarrolladas en el Reglamento de la Corte Por de pronto, le dedica un título especial, denominado “Título III. De las Opiniones Consultivas”, diferente al catalogado “Título II. Del Proceso”. Enseguida, regula de manera peculiar lo relativo a las solicitudes de opiniones consultivas (en adelante OC) respecto de como lo hace respecto del sometimiento de casos, aunque ello, acorde a lo prescrito en la Convención<sup>4</sup>. Igualmente, establece un procedimiento específico para las OC, en el que destaca que no hay “partes” sino “interesados”<sup>5</sup>.

Y tal vez para que no quedara duda alguna de que las OC son distintas a los “fallos”, contempla la posibilidad de la “aplicación analógica” al trámite de aquellas de

lo previsto para el proceso o tramitación de los casos que la Corte conoce en el ámbito de su competencia contenciosa<sup>6</sup>.

Finalmente, también en lo atinente a la resolución que se adopta en ejercicio de la competencia consultiva o no contenciosa de la Corte, el Reglamento destaca la diferencia con el “fallo”. En efecto, si bien es cierto que la “emisión y pronunciamiento” de la OC se hará como este último, no es menos cierto que seguidamente dispone que ella tendrá un contenido propio. E incluso, como para reiterar que OC y “fallo” son dos resoluciones diferenciadas, reproduce lo que en cuanto a este último señala en relación al voto concurrente o disidente<sup>7</sup>.

A mayor abundamiento, se puede llamar la atención sobre que en norma alguna, el Reglamento se refiere a la obligatoriedad de las OC.

<sup>4</sup> Art. 70: “Interpretación de la Convención. 1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte.

2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados.

3. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la OEA distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo mencionado en el numeral anterior, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia”.

Art. 71: “Interpretación de otros tratados. 1. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta.

2. Si la solicitud emana de uno de los órganos de la OEA, se señalará la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia”.

Art. 72: “Interpretación de leyes internas. 1. La solicitud de una opinión consultiva presentada de conformidad con el artículo 64.2 de la Convención deberá señalar:

a. las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta;

b. las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte;

c. el nombre y la dirección del Agente del solicitante.

2. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta”.

<sup>5</sup> Art. 73: “Procedimiento. 1. Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el Secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al Secretario General y a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso.

2. La Presidencia fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas.

3. La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente.

4. Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en la Presidencia. En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente”.

<sup>6</sup> Art. 74: “Aplicación analógica. La Corte aplicará al trámite de las opiniones consultivas las disposiciones del título II de este Reglamento en la medida en que las juzgue compatibles”.

Art.75: “Emisión y contenido de las opiniones consultivas. 1. La emisión de las opiniones consultivas se regirá por lo dispuesto en el artículo 67 de este Reglamento.

2. La opinión consultiva contendrá:

a. el nombre de quien preside la Corte y de los demás Jueces que la hubieren emitido, del Secretario y del Secretario Adjunto;

b. las cuestiones sometidas a la Corte;

c. una relación de los actos del procedimiento;

d. los fundamentos de derecho;

Los antes transcritos artículos convencionales son, pues, la fuente de las referidas competencias. Ellos determinan lo que la Corte puede, en consecuencia, realizar sobre el particular. En otras palabras, en mérito de que en derecho público, del que forma parte el derecho internacional público y, por ende, la Convención, solo se puede hacer lo que la norma correspondiente dispone o señala, el ejercicio de las mencionadas competencias debe, entonces, circunscribirse a lo mandado por las transcritas disposiciones de la Convención. Ahora bien, debido a que se trata de disposiciones convencionales y, en lo que respecta a la estatutaria, también aprobada por los Estados, ellas deben ser entendidas en orden a que los Estados Partes de la Convención efectivamente y de buena fe previeron y desearon constituir a las competencias contenciosas y a la no contenciosa o consultiva como entidades o instituciones independientes, con características propias y que, en tanto tal, tuviesen aplicación y, en definitiva, el efecto propio o inherente a cada una de ellas. De buena fe, no podría entenderse de otra forma la circunstancia de que fueran concebidas en disposiciones convencionales distintas y peculiares.

Lo anterior importa, por lo tanto, que los Estados Partes de la Convención convinieron el citado artículo 64 en vista de que la OC, como expresión de la competencia consultiva o no contenciosa de la Corte, efectivamente tuviera existencia o justificación propia y no fuese subsumida en la otra forma de ejercer competencia, a saber, en la competencia contenciosa.

## 1.2. Los términos

Es, entonces, en aplicación asimismo de las citadas normas que se puede fundadamente afirmar, que, en mérito del sentido corriente de sus términos, la

Convención distingue nítidamente entre la competencia contenciosa y la competencia no contenciosa de la Corte, por las razones que a continuación se exponen.

### 1.2.1. La legitimación activa

La competencia contenciosa tiene relación, en consecuencia, con casos sometidos a conocimiento de la Corte. Cabe a este respecto recordar que, de conformidad al ya transcrito artículo 61.1 de la Convención, la legitimación activa para recabar el ejercicio de la competencia contenciosa corresponde a la Comisión y a los Estados Partes de la Convención que hayan reconocido la competencia de la Corte.

En cambio, en lo que respecta a la competencia consultiva o no contenciosa, la legitimación activa recae, de conformidad a lo previsto en el reproducido artículo 64, en los Estados y en algunos órganos de la OEA. Los citados Estados pueden, por ende, no ser Partes de la Convención o de serlo, no haber aceptado la competencia contenciosa de la Corte. Y, evidentemente, los órganos de la OEA no son ni pueden ser Partes de la Convención.

### 1.2.2. Las partes

Adicionalmente, se debe tener presente que, mientras el ejercicio de la competencia contenciosa se lleva a cabo respecto de *partes* con pretensiones discrepantes o contradictorias entre sí, esto es, la Comisión y las presuntas víctimas y el respectivo Estado requerido o demandado, ello no acontece en el evento del ejercicio de la competencia consultiva o no contenciosa.

En efecto, en cuanto a la primera, la Convención expresamente alude a la *parte lesionada*<sup>8</sup> o a los Estados

e. la opinión de la Corte;

f. la indicación de cuál es la versión auténtica de la opinión.

3. Todo Juez que haya participado en la emisión de una opinión consultiva tiene derecho a unir a la de la Corte, su voto concurrente o disidente, el cual deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la comunicación de la opinión consultiva. Para su publicación se aplicará lo dispuesto en el artículo 32.1.a, de este Reglamento.

4. Las opiniones consultivas podrán ser leídas en público”.

<sup>8</sup> Art. 63.1. “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

*partes del caso*<sup>9</sup>, distinguiéndolos, por lo demás, de los *Estados partes en la Convención*<sup>10</sup>.

En cambio, tratándose del ejercicio de la competencia no contenciosa o consultiva, la Convención no se refiere a *partes* sino a *Estados miembros* de la OEA<sup>11</sup> o a *Estado miembro* de ella o a sus órganos<sup>12</sup>. Nunca menciona, entonces, a *partes* en el procedimiento de emisión de la OC.

### 1.2.3. La solicitud

Asimismo, la competencia contenciosa y la competencia no contenciosa o consultiva difieren en cuanto a lo requerido en una y otra.

En efecto, mientras en aquella, la petición es “la interpretación y aplicación” de la Convención o de sus disposiciones al caso sometido a conocimiento de la Corte<sup>13</sup>, en la OC lo requerido es la respuesta a una “consulta” sea la emisión de una “opinión”, la primera referida a la “interpretación” de la Convención “o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” o, tratándose de los órganos de la OEA, “en lo que les compete”, y la segunda concerniente a “la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”<sup>14</sup>.

En otras palabras, mientras lo que se demanda en el marco del ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte es que resuelva una controversia o caso concreto y

específico, lo que se solicita en el ámbito del ejercicio de la competencia no contenciosa o consultiva de la Corte, es que emita su parecer acerca de una situación genérica, no referida a una situación particular susceptible, por ende, de ser o transformarse en un conflicto.

### 1.2.4. La decisión: fallo o decisión.

Por lo mismo, lo que la Corte decide en una y otra situación es también distinto.

Así, la resolución de la Corte, en la eventualidad del ejercicio de la competencia contenciosa y en que concluya que se violó un derecho protegido por la Convención, la Corte debe ordenar el término de la obligación violada y la reparación correspondiente, incluyendo el pago de la justa indemnización a la parte lesionada<sup>15</sup>. Es decir, en dicho evento, la Corte resuelve un conflicto.

Por el contrario, en el evento de la OC, la Corte solo debe absolver la consulta pertinente, indicando únicamente su opinión acerca de la interpretación de la Convención o del tratado de que se trate o emitir la opinión requerida respecto de la compatibilidad entre la correspondiente ley interna y aquella o aquel, sin, consecuente, ordenar o disponer nada más.

Y es precisamente por esa razón que en el ejercicio de la competencia contenciosa la Corte dicta “fallos”<sup>16</sup>.

Pues bien, lo que es más relevante todavía, es que el fallo es únicamente obligatorio para el Estado parte

<sup>9</sup> Art. 68: “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

<sup>10</sup> Art. 69.: “El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención”.

<sup>11</sup> Art. 64.1.

<sup>12</sup> Art. 63.

<sup>13</sup> Art. 63.

<sup>14</sup> Art. 64.

<sup>15</sup> Art. 63.1.

<sup>16</sup> Art. 65: “La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

Art. 66: “1. El fallo de la Corte será motivado.

2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual”.

Art. 67: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”.

del caso en el que recae y que corresponde a dicho Estado la obligación de ejecutarlo<sup>17</sup>. En este sentido, la Convención sigue el mismo criterio previsto respecto de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia<sup>18</sup>. El respectivo fallo tiene el efecto, entonces, de cosa juzgada en cuanto al referido Estado.

Todo ello, empero, no ocurre en cuanto a la OC. La Convención no dispone que ella sea obligatoria para los Estados o los órganos de la OEA que la hayan solicitado, según corresponda, o para todos ellos. Tampoco establece quién debe ejecutarla. Y no se refiere a ella como “fallo” ni hace, consecuentemente, alusión alguna al efecto de cosa juzgada.

Resulta evidente, por lo tanto, que la Convención utiliza términos diferentes para referirse a la competencia contenciosa y a la competencia consultiva o no contenciosa de la Corte. No debe ser entendida como casual la distinción que efectúa entre una y otra, así como tampoco la diferencia de los términos que emplea respecto a cada una de ellas, máxime cuando no les asigna a ellos un significado especial.

De suerte, pues, que habría que atenerse al sentido corriente de los términos utilizados en lo que respecta a la competencia no contenciosa o consultiva. Y ellos claramente indican que se trata de “pedir parecer, dictamen o consejo a alguien” (Diccionario de la Lengua Española, 2017), esto es, que no se ejerce en forma de juicio sobre pretensiones o derechos contrapuestos de partes litigantes.

### 1.3. El contexto de los términos

Del contexto de los términos, igualmente se desprende inequívocamente que la OC es contemplada en la Convención como una institución autónoma, diferente e independiente de la competencia contenciosa.

Efectivamente, cabe advertir que no solo la Convención contempla el ejercicio de la competencia no contenciosa o consultiva de la Corte en una norma específicamente referida a ella, sino que, además, no existe acuerdo alguno “que se refiera [a la Convención] y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de [su] celebración” o “instrumento formulado por una o más partes con motivo de [dicha] celebración y aceptado por las demás como instrumento referente a [aquella]”, o “acuerdo ulterior entre las partes acerca de (su) interpretación ... o de la aplicación de sus disposiciones”, como tampoco existe una “práctica ulteriormente seguida en la aplicación (de la Convención) por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de (su) interpretación”<sup>19</sup>, de los que se pueda concluir que el contexto de los términos de esta última indicarían que las OC de la Corte serían expresión de su jurisdicción o competencia igual o similar a la ejercida respecto de los casos que le son sometidos y respecto de los que dicta “fallos”.

Muy por el contrario, la ausencia de los referidos acuerdos y de la aludida práctica precisamente reafirman la tesis de que el contexto de los términos de la Convención consolidan la interpretación en orden a que la OC es concebida en ella en tanto entidad distinta al “fallo” que dicta en los casos que le son sometidos.

Finalmente a este respecto, procede resaltar la circunstancia de que no existe “norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”<sup>20</sup> que se refiera a las OC.

### 1.4. El objeto y fin

Obviamente, el objeto y fin de la Convención es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”<sup>21</sup>. Más, en lo que se refiere a la Corte, ello se refleja en que ella es uno de los dos órganos

<sup>17</sup> Art.68.

<sup>18</sup> Art 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

<sup>19</sup> Art. 31.2 y 3 de la Convención de Viena.

<sup>20</sup> Art.31.3.c. de la Convención de Viena.

<sup>21</sup> Art.1: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color,

competentes para conocer de los asuntos relacionados con cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención<sup>22</sup>, órgano al que le corresponde, en lo que se refiera a su competencia no contenciosa o consultiva, absorber las consultas o emitir la opinión que se le requieran.

El específico objeto y fin del artículo 64 es, por lo tanto, que la Corte ejerza efectivamente su competencia no contenciosa o consultiva acorde lo que prescribe, vale decir, absorbiendo las consultas y emitiendo las opiniones correspondientes, sin confundir dicha competencia con su competencia contenciosa ni menos aún con la que le corresponde a la Comisión y a los Estados. Mientras a aquella le compete la promoción y defensa de los derechos humanos, para lo cual dispone de las facultades correspondientes<sup>23</sup>, a estos le

corresponden las facultades normativa<sup>24</sup> y las ejecutivas de cumplimiento de las sentencias o fallos<sup>25</sup>.

### 1.5. Trabajos preparatorios

De los trabajos preparatorios del citado art. 64 asimismo se puede desprender que en momento alguno se planteó el tema de la obligatoriedad de las opiniones consultivas. Ello da margen para fundadamente presumir que, en atención a que en la fecha, el precedente en la materia eran las opiniones consultivas previstas en el art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>26</sup>, las que se entendían y aún se conciben como no vinculantes para los Estados miembros de la Organización<sup>27</sup>, el establecimiento de dicha competencia en la Convención respondió al mismo criterio<sup>28</sup>.

---

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

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, párr.26.

<sup>22</sup> Art. 33: “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte”.

<sup>23</sup> Art.41: “La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos”.

<sup>24</sup> Art. 31. “Reconocimiento de Otros Derechos. Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77”. Art. 76: “1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación”.

Art. 77: “1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo”.

## 2. Las fuentes auxiliares<sup>29</sup>

### 2.1. La jurisprudencia

#### 2.1.1. La naturaleza de las OC

La jurisprudencia de la Corte apunta en la misma dirección esbozada precedentemente.

Así, ha afirmado que

[n]o debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención; y si esto es así, menos razones existen para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo<sup>30</sup>.

Igualmente, ha sostenido que “[l]a Corte, en este ámbito, cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”<sup>31</sup>.

E, igualmente, la Corte ha expresado que “la función consultiva constituye un servicio que la Corte está en

capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar”; que el

ejercicio de su función consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos

que “(s)e trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos”; que el propósito de las opiniones consultivas es “coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos, puede también sugerir, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquel; que la OC “contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía

<sup>25</sup> Arts. 68.1 y 65.

<sup>26</sup> “La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica. b. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades”.

<sup>27</sup> “El consentimiento de los Estados partes en una controversia es la base de la jurisdicción de la Corte en los casos contenciosos. La situación es diferente respecto de los procedimientos consultivos aun cuando la solicitud de una opinión consultiva verse sobre una cuestión jurídica actualmente pendiente entre Estados. La respuesta de la Corte es sólo de carácter consultivo; como tal, no tiene fuerza vinculante”. ICJ Reports 1950, pág. 71.

<sup>28</sup> Procedería añadir que el artículo 5 del Protocolo No. 16 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, dispone que “Advisory opinions shall not be binding” [Las opiniones consultivas no serán vinculantes].

<sup>29</sup> El art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, disposición convencional de alcance universal que se refiere al asunto, distingue entre las fuentes autónomas y las fuentes auxiliares del derecho internacional. Las primeras son las que establecen el derecho que debe ser aplicado para la resolución de una controversia internacional, esto es, las que, en rigor, crean ese derecho, las que son suficientes para resolver la respectiva controversia, las que deben ser aplicadas para ello. Ellas son los tratados, la costumbre internacional y los principios generales de derecho. Habría que añadir a los actos jurídicos unilaterales. Las segundas, en cambio, son aquellas que determinan esas reglas, vale decir, las que las interpretan respecto del caso de que se trate. Estas fuentes, por ende, no son suficientes, por sí solas, para resolver una controversia internacional. Requieren de una fuente autónoma que deben interpretar. Ellas son la jurisprudencia y la doctrina.

<sup>30</sup> “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art.64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva-1/82, del 24 de septiembre de 1982, párr. 51.

<sup>31</sup> “Restricciones a la pena de muerte (arts.4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Opinión Consultiva OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, párr. 32.

a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas al respeto y garantía de los derechos humanos”; y que “también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA, así como para los órganos Miembros de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta”<sup>32</sup>.

En cuanto a los requisitos materiales, la Corte ha señalado en varias oportunidades que el cumplimiento de los requisitos reglamentarios para la formulación de una consulta no implica que esté obligado a responder a ella<sup>33</sup>. Y ello en mérito precisamente de que no se trata del ejercicio de la competencia contenciosa, en la que, por el contrario, está obligada a emitir un fallo.

A lo anterior quizás deba añadirse lo que la Corte ha indicado con relación al control de convencionalidad y su competencia no contenciosa o consultiva. Ella ha afirmado que

estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos

humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos<sup>34</sup>.

Y asimismo, más recientemente, la Corte ha abordado la naturaleza distinta de este tipo de decisiones. Así, aunque ha señalado que “la competencia consultiva de la Corte no debe, en principio, ejercerse mediante especulaciones abstractas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva”, también

se ha referido a que una solicitud: a) no debe encubrir un caso contencioso o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso; b) no debe utilizarse como un mecanismo para obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno; c) no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno; d) no debe abarcar, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia, y e) no debe procurar la resolución de cuestiones de hecho, sino que busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y, sobre todo, coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales.

Consecuentemente, la Corte ha agregado que

debe cumplir, en ejercicio de su función consultiva, difiere de su competencia contenciosa en la medida en que no existe un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones

<sup>32</sup> Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 65; OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 32, y OC-22/16, párr. 25.

<sup>33</sup> *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 31; Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 25, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 21.

<sup>34</sup> Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 25; Opinión Consultiva OC-21/14, párr.31.

de la Convención, o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos<sup>35</sup>.

Como puede desprenderse de todo lo transcrito precedentemente, la Corte le asigna a las OC una relevancia jurídica diferente a la de sus sentencias, esto es, con características diferentes a estas últimas y, en especial, carentes de los efectos vinculantes propios de las mismas. Por lo mismo, considera a aquellas como expresión de su función asesora o de servicio coadyuvante y de fortalecimiento y guía para los Estados y órganos de la OEA en la protección de los derechos humanos. Y aún más, concibe su función consultiva como preventiva, vale decir, que advierte, informa o avisa a alguien de un probable daño si actúa de determinada manera (Diccionario de la Lengua Española, 2017).

En suma, de lo precedentemente transcrito no se puede deducir que la Corte haya expresado ni lo ha hecho nunca, que las OC son de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados americanos y obviamente no lo podría hacer, además, porque no todos ellos son Partes de la Convención y no lo son tampoco los órganos de la OEA. Lo que, en cambio, ha indicado con meridiana claridad, es que ellas pueden ser de utilidad para que los Estados puedan prever los eventuales riesgos que podrían asumir en el evento de proceder en términos contrarios a lo que señalan las OC. Y cabría añadir, a este respecto, que obviamente los Estados podrían

intentar que la Corte, al conocer de algún caso que le sea sometido, cambie de parecer.

### 2.2.2. La participación de jueces.

A mayor abundamiento, habría que resaltar la circunstancia de que la propia Corte considera que el ejercicio de su competencia contenciosa es absolutamente distinta a la de su competencia consultiva. En efecto, mientras ha estimado, de acuerdo a lo prescrito en su Reglamento<sup>36</sup>, que los jueces no pueden intervenir en las causas seguidas en contra de su Estado nacional, sí lo pueden hacer respecto de las opiniones consultivas y todo ello dado que, mientras las primeras implican una controversia la que se resuelve mediante sentencia obligatoria para el Estado Parte de la misma, por lo que su participación podría vulnerar el principio de la igualdad procesal, en las Opiniones Consultivas, al no versar sobre una controversia, por lo que obviamente en ellas no se dicta sentencia obligatoria, ni siquiera para el Estado que la solicita, no afectaría el referido principio<sup>37</sup>.

### 2.2.3. La decisión

Por último, cabe llamar la atención de que a la resolución que la Corte adopta en el ejercicio de su competencia consultiva o no contenciosa, la denomina precisamente “Opinión Consultiva”, término que no figura en la Convención y que, evidentemente, fue tomado de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en donde aquella no tiene fuerza obligatoria<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr.46.

<sup>36</sup> Art. 19 del Reglamento. “Jueces nacionales.

1. En los casos a que hace referencia el artículo 44 de la Convención, los Jueces no podrán participar en su conocimiento y deliberación, cuando sean nacionales del Estado demandado.

2. En los casos a los que hace referencia el artículo 45 de la Convención, los Jueces nacionales podrán participar en su conocimiento y deliberación. Si quien ejerce la Presidencia es nacional de una de las partes en el caso, cederá el ejercicio de la misma”.

Art. 44: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

Art.45: “1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.

2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.

Igualmente, es de destacar, siempre a mayor abundamiento, que la Corte ha denominado a sus Opiniones Consultivas y, en particular, a su parte resolutoria, sencillamente como *Opinión*, y a partir de la OC-13/93, de julio de 1993, ha subdividido tal parte en una sección, referida especialmente a la admisibilidad o inadmisibilidad de la solicitud, que titula como *Decide*, y en otra que señala como la *Opinión*. No utiliza, entonces, términos como *resuelve* o *dictamina* u otros similares, que denotarían obligatoriedad de lo que expresa.

## 2.2. La doctrina

La doctrina igualmente e ha planteado el tema en comento, tal como se da cuenta, a modo ilustrativo, a continuación.

Por de pronto, es imperioso hacer especial referencia al parecer de Manuel Ventura Robles y Daniel Zovatto G, quienes desarrollan extensa y documentadamente “el carácter no obligatorio de la función consultiva” de la Corte, indicando que

no debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como la de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención.

Y antes de señalar lo transcrito, expresan que “se ha planteado la preocupación por la eventualidad de que, en detrimento del cabal cumplimiento de los mecanismos dispuestos por el Pacto de San José y del interés de la víctima, pueda acudir a la instancia consultiva con el deliberado propósito de trastornar el trámite de un caso pendiente ante la Comisión “sin aceptar la jurisdicción

litigiosa de la Corte y asumir la obligación correspondiente, que es el cumplimiento de la decisión” (Ventura y Zovatto, 1989).

Por su parte, Edmundo Vargas Carreño adhiere a la misma posición al señalar, en la sección de su libro elaborada con la colaboración de Rodolfo Piza Rocafort y Gerardo Trejos (1992, pp. 331-332), que

la competencia consultiva de la Corte puede constituir un importante medio para que cualquier Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos, aún aquellos que no son partes de la Convención americana, o los órganos de la OEA le soliciten a la Corte su asesoramiento para dilucidar una duda en el campo de los derechos humanos o reiterar la vigencia de tales derechos

agregando que “es cierto que, estrictamente, estos dictámenes no surten efectos *res judicata* ni son vinculantes para los Estados u órganos afectados”, que “[e]sa es la gran diferencia entre la jurisdicción contenciosa y la consultiva”; que “si bien estas opiniones consultivas carecen de fuerza obligatoria, no puede decirse que ellas tengan un valor meramente académico”, que

[l]a autoridad judicial del que emanan; el prestigio de los jueces; los procedimientos que la Corte ha debido seguir, que son sustancialmente equivalentes a los de tipo contencioso, en la práctica pueden hacer que dichas opiniones consultivas sean respetadas y acatadas por los Estados o los órganos a los que se dirigen

concluyendo que “[e]n términos políticos, el precio que habría que pagar por la falta de acatamiento a una opinión consultiva podría llegar a ser muy alto”, todo ello

3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que esta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización”.

<sup>37</sup> En las OC-21/14, OC-23/17 y OC-24/17 participaron los respectivos jueces nacionales de los Estados requirentes.

<sup>38</sup> “La situación, en cambio, es diferente con respecto a los procedimientos consultivos, aun cuando la petición de opinión se relacione con una cuestión jurídica actualmente pendiente entre Estados. La respuesta de la Corte es que ella tiene solamente un carácter asesor y, como tal, no tiene fuerza obligatoria”, *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, ICJ, Reports 1950*, pág. 52 (La traducción es del autor).

sin perjuicio de que “[p]or lo demás, nada impide que, como ha sucedido con la Corte Internacional de Justicia, pueda anticipadamente pactarse que se atribuirá un valor obligatorio a una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Por su parte, Héctor Faúndez Ledesma, señala que la Convención distingue, en sus disposiciones 64. 1 y 62.2, las materias respecto de las cuales se le podrá *consultar* a la Corte, de aquellas en que le solicita una *opinión*. En la primera situación, esta última emitiría un *dictamen* con carácter vinculante para todos los Estados. En la segunda situación, emitiría una *opinión consultiva* vinculante para el Estado que la solicita y si éste no es parte de la Convención, lo sería desde el momento en que la ratificara. Empero, el citado autor también deja consignado que

[a] pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de sus “opiniones consultivas”, junto con expresar que éstas no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa, la Corte ha sido muy poco cautelosa al sostener que, en este ámbito, ella cumple simplemente “una función asesora”, aunque más recientemente, sin renegar del todo de la tesis anterior, ha señalado que tiene “efectos jurídicos innegables” y “que no han sido los Estados partes de la Convención, sino que el propio tribunal,

quien le ha restado valor a los dictámenes que éste emite en el ejercicio de su competencia consultiva” (Faúndez, 1999, p. 606).

A su vez, Pedro Nikken sostiene

que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen, en general, un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado: si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del Derecho internacional (en el caso de la Convención Americana u “otro tratado” sometido a consulta), que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales (Nikken, 1999).

Finalmente, Juan Carlos Hitters,

[e]n síntesis puede sostenerse que esta específica alta función interpretativa que cumple el cuerpo de marras, si bien no es vinculante en sentido propio, su fuerza — como vimos — se apoya en la autoridad científica y moral de la Corte, y tiene efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional, y en particular para el Estado que lo solicitó (2008, p. 150).

## Conclusiones

De lo expuesto se puede desprender, sin lugar a dudas, entonces, que las OC de la Corte no son, por su propia esencia y estrictamente, obligatorias o vinculantes, ni aun para el Estado u órgano de la OEA que la haya requerido y menos aún para los demás Estados y órganos interamericanos.

En segundo término, es dable concluir en que la Corte nunca ha afirmado que sus OC son obligatorias para

el Estado que la solicita y menos aún para los demás Estados americanos.

Empero, lo señalado es sin perjuicio de que, por una parte, en ejercicio de su jurisdicción interna, doméstica o exclusiva<sup>39</sup> o de su margen de apreciación<sup>40</sup>, un Estado disponga la obligatoriedad de las opiniones consultivas, las que, en tal hipótesis, lo sería así únicamente a su respecto. Tampoco obsta a que el Estado pueda

convenir tal efecto, el que, obviamente, únicamente lo sería para las partes del respectivo acuerdo. No obstante, en ambas hipótesis, habría que analizar los términos en que se establece la señalada obligatoriedad y precisar el órgano estatal con competencia para concederle fuerza vinculante a las opiniones consultivas que, como se ha indicado, por su propia naturaleza no la tienen, todo lo cual, sin embargo, escapa a lo que se indicó en el citado Voto Individual emitido respecto de la Opinión Consultiva OC-24/17.

Lo expuesto tampoco importa que las OC de la Corte no tengan efecto jurídico alguno. Por el contrario, ello conlleva que estas, en tanto fuente auxiliar del derecho internacional, esto es, como medio “para la determinación de las reglas de derecho”<sup>41</sup>, y, por ende, insuficiente para “decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas” a la Corte<sup>42</sup>, forman parte de la jurisprudencia de la Corte, razón por la que los Estados deben considerarlas con el objeto de no arriesgarse a que eventualmente aquella, en el conocimiento de los casos que le sean sometidos, los involucre y, consecuentemente, declare su responsabilidad internacional por violar alguna obligación prevista en la Convención o en otro tratado aplicable.

En definitiva, se puede desprender de lo expuesto que, de otorgarse valor obligatorio a las OC, ello implicaría que no habría diferencia entre ellas y los *fallos*.

También, que aquellas tendrían, en definitiva, más valor que estos, puesto que mientras ellas obligarían a todos los Estados del sistema interamericano e incluso a órganos de la OEA, las sentencias únicamente lo harían respecto de los Estados Partes del caso de que se trate. E igualmente que ello afectaría seriamente al principio de la seguridad jurídica, que igualmente impera en el ámbito del derecho internacional de los Derechos Humanos, ya que generaría la incertidumbre en cuanto a cuál de las dos instituciones, la competencia contenciosa o la competencia no contenciosa o consultiva, los Estados deberían concurrir para resolver sus controversias en la materia. En suma, en tal hipótesis, el transcrito art. 64 de la Convención no tendría sentido alguno ni tampoco respondería a algún criterio lógico.

Así, se puede concluir todo lo anterior, y se reitera, dado que las normas convencionales aplicables y aun la propia Corte, a través tanto de su Reglamento como de sus decisiones, han consecuentemente asumido la posición de que las Opiniones Consultivas de esta última, no obstante que pueden generar el relevante efecto jurídico propio por ser una fuente auxiliar del derecho internacional, carecen, por lo mismo, de fuerza obligatoria.

---

<sup>39</sup> “La cuestión de si un asunto determinado corresponde o no a la jurisdicción exclusiva del Estado, es una cuestión esencialmente relativa, la que depende del desarrollo de las relaciones internacionales. En el estado actual del desarrollo del derecho internacional, la Corte es de opinión que los asuntos relativos a la nacionalidad pertenecen, en principio, a ese dominio reservado”. Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva sobre ciertos decretos de nacionalidad dictados en la zona francesa de Túnez y Marruecos, Serie B Nº 4 p. 24.

<sup>40</sup> Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales, art.1: “A la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit: Affirmant qu’il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d’une marge d’appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l’Homme instituée par la présente Convention”.

<sup>41</sup> Art.38.1. d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>42</sup> Art. 38 .1 de dicho Estatuto.

## Referencias

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, 22 de noviembre 1969.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1969.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Estrasburgo, 2 de octubre de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Primera reunión 29 y 30 de junio de 1979, Sede OEA, Washington, D. C.)
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, edición del Tricentenario 2017.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Adopción: 26 de junio de 1945, DO 17 de octubre de 1945.
- Faúndez L., H. (1999). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales* (2ª ed.). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Hitters, J. C. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (10), 131-155.
- Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, ICJ, Reports, 1950.
- Nikken, P. (1999). La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 161-181. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf> [fecha de consulta: 24 de julio de 2018].
- Opinión sobre Decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos. (1923). Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B, No. 4.
- Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Strasbourg*, 24 de junio de 2013.
- Vargas C., E., Piza R., R. y Trejos, G. (1992). *Introducción al Derecho Internacional* (2ª ed.). San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Ventura R., M. y Zovatto, G., D. (1982-1987). *La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Naturaleza y Principios*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: Editorial Civitas, S.A.
- Vio Grosso, Voto individual, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "De las Opiniones Consultivas".

## Alberto González Vidal

Universidad de  
los Andes, Chile

Ugarte Vial, Fernando (2018) *Juicio Ejecutivo de cobro de Impuesto Territorial*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 294 páginas.

Una reciente publicación de Ediciones Universidad Católica de Chile trae al tapete un tema de enorme importancia y de gran relevancia práctica. Se trata de la primera obra del abogado Fernando Ugarte Vial y que versa sobre el Juicio Ejecutivo de Cobro de Impuesto Territorial.

Poderosas razones nos llaman a escribir un breve comentario sobre este libro.

En primer lugar, se trata de un tema escasamente estudiado, no obstante –como se dijo– de enorme relevancia. Pero esta obra, en sus casi trescientas páginas, excede mucho más de lo que se le podría exigir a un manual. Es claramente un estudio de un rigor científico y de un análisis jurídico que hace que su lectura sea obligatoria para todos los operadores del derecho.

En segundo lugar, llama poderosamente la atención el lenguaje con que ha sido escrito. El autor hace gala de una redacción llana, directa y sin recovecos. Claramente la pluma de Ugarte Vial permite centrar la lectura en lo verdaderamente importante: el análisis científico y profundamente jurídico del tema que lo convoca y no, como tantas veces ocurre, en la

exaltación del estilo lingüístico del autor.

En tercer lugar, es encomiable el esfuerzo en la recopilación de jurisprudencia, esfuerzo que, por cierto, no se agota ahí. En efecto, el autor ha sabido disponer, con precisión, a lo largo de toda su obra del vasto catálogo jurisprudencial obtenido, ya sea para dar a conocer la forma de proceder de los tribunales, o bien, como acertado fundamento a la serie de asertos que prodiga en su estudio.

En cuarto lugar, cabe destacar que el libro se escribe desde la experiencia del autor como abogado del foro. Es cierto que es un libro de enorme rigor científico, pero ello no eclipsa la enorme práctica judicial que transmite. Este punto hace que el libro sea de enorme ayuda para todos aquellos que se ven enfrentados a los problemas que trata, lo que otorga una generosa y útil ayuda para resolverlos.

El libro tiene algo menos de trescientas páginas, dividido en tres partes. La primera, que expone una visión general del juicio ejecutivo de cobro de impuesto territorial, se divide a su vez en dos capítulos. El primero sobre nociones generales del impuesto territorial y el segundo sobre el juicio ejecutivo de cobro de impuesto territorial propiamente tal. En esta parte cabe destacar que el autor reafirma que la etapa administrativa de la ejecución es propiamente una

actividad jurisdiccional con todos los efectos y sanciones que ello puede importar. También es deber recalcar el estudio del emplazamiento que hace Ugarte Vial, con un detallado estudio de las discusiones que tuvieron lugar en el Congreso para su establecimiento, y desde el cual ya se avizoran sus críticas al sistema establecido por el legislador.

La segunda parte del libro se refiere a los vicios procesales más frecuentes que se presentan en esta clase de juicios. El autor no solo se refiere a ellos, sino que otorga una amplia gama de remedios para dichas infracciones. Por esto es que esta parte de la investigación es, tal vez, la que más puede aportar al lector que quiere encontrar soluciones a las iniquidades que puede causar la ejecución por el no pago de contribuciones.

Esta segunda parte también se divide en dos capítulos. El primero trata sobre la ejecución de propietarios que no figuran en la nómina de deudores morosos, figurando un tercero en su lugar. Y en razón de dicho vicio, el autor se explaya en el funcionamiento, organización y finalidad del Conservador de Bienes Raíces y del registro de propiedad, demostrando un cabal conocimiento del tema. En su presentación del libro, el profesor Jorge Baraona González destacó que esta parte del libro “trasunta un verdadero homenaje a don Andrés Bello”, aseveración que no es más que una prueba irrefutable del conocimiento y profundidad del estudio.

El segundo capítulo reza sobre el vicio de falta de emplazamiento en la cobranza por no pago de contribuciones. El autor se pone en innumerables hipótesis, todas muy bien estudiadas, acompañadas de amplia jurisprudencia y por cierto de sensatas soluciones. Ahora bien, si tras el libro subyace un hondo interés por la justicia, a juicio de este comentarista, es aquí donde este más se nos revela. Ugarte Vial demuestra una fuerte crítica al sistema de emplazamiento en este tipo de juicios por ser fuente de evidentes e insufribles injusticias (también lo hace en la Primera Parte, Capítulo Segundo del libro), lo que demuestra que su objetivo va mucho más allá que el meramente academicista.

El libro finaliza con una tercera parte, en la que el autor hace una enjundiosa selección de jurisprudencia que trata de diversos y centrales aspectos.

Finalmente, me tomo una pequeña libertad. Me atrevo a decir que este libro no habría visto la luz, si su autor no hubiera transitado por los siempre largos y a veces sinuosos pasillos de tribunales; caminar que en este caso ha dado enormes frutos y que, en ocasiones como esta, nos permite que podamos gozar de una magnífica obra.

Que este estudio sirva de acicate a todos aquellos abogados jóvenes que, como Ugarte Vial, que aman el derecho y la justicia, se atrevan a seguir sus pasos y a escribir obras que pueden estar a la altura de las mejores.