

# UBO

ISSN 0718-2457

Revista  
Jurídica de la  
Universidad  
Bernardo  
O'Higgins

*Ars*  
*Ars*  
*Bonnet*  
*Bonnet*  
*Aequi*  
*Aequi*

Año 12 • Número 1

UNIVERSIDAD  
BERNARDO  
O'HIGGINS

*Ars Boni et Aequi* es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins.

En la Editorial del primer número de la revista, el ex Decano Sergio Gaete Rojas decía:

“El nombre escogido, *Ars Boni et Aequi*, tomado de la definición de Derecho que nos ofrece Celso en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, no es casualidad.

Por una parte, al recordar que la naturaleza de nuestro objeto de estudio es la ‘técnica de lo bueno y lo equitativo’ hemos pretendido destacar que, si bien los conocimientos específicos de cualquier índole suelen referirse a cuestiones eminentemente ‘técnicas’, no puede olvidarse jamás que toda actividad humana, y por cierto la actividad jurídica, debe sustentarse en sólidos y omnipresentes valores. Esto último es representativo del pensamiento más profundo con que nuestra Universidad enfrenta su misión educativa.

Por otra parte, con la selección de esta vieja y autorizada cita celsina también hemos querido subrayar la esencial universalidad de la ciencia jurídica. Dicha universalidad -reclamo ineludible de su carácter de ciencia- hace que resulte indispensable el estudio de todos los estadios evolutivos de la experiencia jurídica que se observan a través de la Historia y, asimismo, obliga a la observación de todas las realidades jurídicas y todas las opiniones de los juristas del orbe. Este espíritu netamente científico, exorbitante de las realidades legislativas nacionales, es el que mueve a nuestra Facultad de Derecho”.

**Año 12 N° 1, junio 2016**

**ISSN 0718-2457 Versión impresa**

**ISSN 0719-2568 Versión en línea**

#### **DIRECTORA**

Dra. Regina Ingrid Díaz Tolosa, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

#### **COMITÉ EDITORIAL**

Dr. Julio Alvear Téllez, Universidad del Desarrollo, Chile.

Dr. Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dr. Carlos Darío Barrera, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

Dr. José Díaz Nieva, Universidad Santo Tomás, Chile.

Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, Universidad Central de Venezuela, Venezuela.

Dr. Jakob Fortunat Stagl, Universidad de Chile, Chile.

Dra. Miriam Henríquez Viñas, Universidad Alberto Hurtado, Chile.

Dr. Eduardo Hernando Nieto, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.

Dr. Carlos Isler Soto, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Dra. María Leoba Castañeda Rivas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Dr. Raúl Madrid Ramírez, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dra. Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Universidad Complutense, España.

Dr. Marcelo Nasser Olea, Universidad de Los Andes, Chile.

Dr. Waldo L. Parra, Universidad de Viña del Mar, Chile.

Dr. Francisco Pinilla Rodríguez, Universidad Central, Chile.

Dr. Juan Manuel Portilla Gómez, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Dra. Cristine Zanella, Faculdade de Direito de Santa María, Brasil.

## **COMITÉ DE REDACCIÓN**

### **Secretaría de Redacción**

Ana Gabriela Santos Guardado, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

### **Asistentes de Redacción**

Iván Verdejo Clavero, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Jhon Troncoso Liencura, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Felipe Godoy Veas, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

## **PÁGINA REVISTA**

<http://www.ubo.cl/icsyc/actividades-academicas/publicaciones/revista-ars-boni-et-aequi/>

## **INDEXACIONES**

Al-día, El Mercurio Legal, Westlaw, Vlex, Pro Quest, EBSCO, Dialnet y Latindex – Catálogo.

Avenida Viel 1497, Santiago-Chile.

Teléfonos: (56-2) 4774147- 4774150 - Fax: (56-2) 4774141.

E-mail: [arsboni@ubo.cl](mailto:arsboni@ubo.cl).

IMPRESIÓN - PRODUCCIÓN GENERAL: Gráfica LOM.



# ÍNDICE

## **Editorial**

REGINA INGRID DÍAZ TOLOSA ..... 7

## ESTUDIOS

### **La regulación de los incendios forestales en Argentina y Uruguay**

CLARA MARÍA MINAVERRY ..... 11

### **El derecho a la intimidad en España**

ÁNGELA MORENO BOBADILLA ..... 33

### **La mujer como (eventual) autora de un delito de violación**

GONZALO JAVIER BASCUR RETAMAL ..... 59

### **La cláusula de no enajenar en los contratos de mutuo hipotecario**

SEBASTIÁN NICOLÁS CAMPOS MICIN ..... 91

### **La gran trilogía clásica de lo estatal hispánico: religión, derecho y política**

RAFAEL MARTÍN RIVERA ..... 121

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### **Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia: análisis de los casos entablados contra Chile**

GABRIELA TERESITA MASTAGLIA ..... 147

RECENSIONES

**Vinx, Lars (Translator): The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law, Cambridge, Cambridge Studies in Constitutional Law, 2015, 290 pp.**

JAVIERA FARÍAS SOTO..... 173

**Instrucciones a los autores**..... 179

**Instructions to authors**..... 187

## EDITORIAL

Estimados lectores de la Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, me es grato comunicarles que a partir de este número me reincorporo como Directora de esta publicación, tras dos años en los que la dirección estuvo a cargo de nuestra colega Nathalie Walker.

Agradecemos a Nathalie por su esmerada labor en este último período, en particular, por la incorporación de un índice general de la Revista, el cual incluye todos los artículos publicados tras conmemorarse el primer decenio de ésta, el año 2014 (fascículo del año 10 n° 2). Asimismo, por adoptar una serie de medidas para mejorar los estándares de funcionamiento del proceso editorial, tales como la renovación del Comité Editorial (compuesto hoy por académicos con grado de Doctor en su totalidad), la actualización del instructivo para el envío de colaboraciones, la renovación de la pauta de arbitraje, la consolidación de un equipo editorial comprometido con las labores de gestión del proceso, entre otros.

En esta oportunidad, me corresponde presentarles este nuevo volumen, el cual contiene cinco estudios, un comentario de jurisprudencia y una reseña. Los autores, en esta ocasión, nacionales de Argentina, Chile y España, nos aportan sus reflexiones en diversas disciplinas jurídicas circunscritas al Derecho Público, Derecho Privado y Ciencias del Derecho, lo cual contribuye, ciertamente, al cumplimiento de nuestro compromiso por entregarles de manera periódica análisis y conclusiones que posibiliten un constante desarrollo de la Ciencia Jurídica en el espacio iberoamericano.

Regina Ingrid Díaz  
Directora  
*Ars Boni et Aequi*





ESTUDIOS



# ESTADO DE SITUACIÓN Y ANÁLISIS JURÍDICO DE LA REGULACIÓN DE LOS INCENDIOS FORESTALES EN ARGENTINA Y URUGUAY

## *Forests fires regulations situation and legal analysis in Argentina and Uruguay*

CLARA MARÍA MINAVERRY\*  
Universidad de Buenos Aires  
Universidad Nacional de Luján  
Buenos Aires, Argentina

**RESUMEN:** Los primeros meses del año 2015 fueron testigos de graves episodios de incendios forestales en el sur de Argentina (en particular en las Provincias de Chubut y Neuquén). Debido a la relevancia de esta temática, el objetivo del presente trabajo es realizar un análisis comparativo entre la normativa vigente sobre manejo de los incendios forestales en Argentina y en Uruguay, a fin de poder detectar fortalezas y debilidades.

En primer lugar y en el caso de Argentina, nos abocaremos a ahondar en el texto de la Ley de Manejo del Fuego, n° 26.815, que fue promulgada en enero de 2013, lo cual implicará forzarnos a realizar un análisis incipiente y necesario, debido a la inexistencia de casos jurisprudenciales hasta el momento, y de escasos artículos doctrinarios sobre esta materia. También nos referiremos a la importancia

---

\* Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Docente e investigadora del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Luján, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: <clara.minaverry@gmail.com>.

**Artículo recibido el 28 de agosto de 2015 y aceptado para publicación el 18 de diciembre de 2015.**

del análisis social, económico y ambiental de los bosques y de sus servicios ecosistémicos.

En segundo lugar, la situación jurídica de Uruguay es diferente al caso anterior, ya que no se ha dictado una norma jurídica específica que regule sobre el manejo y la prevención de los incendios forestales, sino que sus lineamientos generales son regulados principalmente en la Ley Forestal, n° 15.939, de 1988. Sin embargo, se ha tratado la temática parcialmente a través del Decreto n° 849/88 (reformado mínimamente por el Decreto n° 188/02), y el Decreto n° 111/89 sobre prevención y combate de incendios forestales, en donde se estableció que, además, deberá cumplirse con los reglamentos de policía del fuego dictados por el Poder Ejecutivo Nacional.

**PALABRAS CLAVE:** Incendios forestales, Derecho Ambiental, Argentina, Uruguay, normativa.

**ABSTRACT:** *At the beginning of 2015 huge forests fires took place at the south of Argentina (especially in the provinces of Chubut and Neuquén). Due to the importance of this fact, the purpose of this paper is to make a comparative analysis of the present regulations about forests fires management in Argentina and in Uruguay, in order to state strengths and weaknesses.*

*In the first place and in the case of Argentina, we will analyse the text of the Environmental Protection National Act n° 26.815, 2013, and which will make us focus on a recent and necessary study due to the inexistence of case law up to now, and also of a few existing scientific papers which study this subject. Also we will analyze the importance of social, economic and environmental impacts on forests and on their ecosystem services. In the second place, the legal situation of Uruguay is different to the previous case because there isn't an specific act which regulates management and prevention of fire forests, because its main guidelines are mentioned at Forest Act n° 15.939, 1988. Notwithstanding, the present issue was partially regulated through the enactment of Decree n° 849/88 (which was slightly modified by Decree n° 188/02), and by Decree n° 111/89 about prevention and fighting of forests fires, where it is stated that also fire police regulations enacted by the National Executive power must be fulfilled.*

**KEYWORDS:** *Forests fires, Environmental Law, Argentina, Uruguay, regulations.*

## I. INTRODUCCIÓN

Los primeros meses del año 2015 fueron testigos de graves episodios de incendios forestales en el sur de Argentina (en particular en las Provincias de Chubut y Neuquén). En algunos casos, los mismos llegaron a cubrir hasta veinte mil hectáreas de bosques nativos, matorral y arbustal, o sea una superficie similar al tamaño de la Ciudad de Buenos Aires, en Argentina (de acuerdo a lo informado por diversos medios de comunicación masiva).

El incendio que se registró cerca de Cholila, en el mes de febrero de 2015, fue de entre 20.000 y 34.000 hectáreas (conforme las fuentes de los diarios *La Nación* e *Infobae*), y las lluvias no llegaron de inmediato. Ambos periódicos coinciden en que fue uno de los peores incendios forestales de Argentina.

Debido a que se vieron afectadas aproximadamente 19.000 hectáreas de bosques nativos, matorrales y arbustales, se declaró la “emergencia ambiental”.

Las especies que fueron más afectadas en la zona fueron los ñires, las lengas, los colihues y los alerces que son típicas de la región. Respecto de la fauna se comprometieron algunas especies de lagartijas, roedores, aves, huemules, pudús y un ciervo pequeño que habita los bosques andinos. Además, se afectó zonas de pastoreo vacuno, todo esto impactando en aspectos socioeconómicos de los habitantes de la región.<sup>1</sup>

Cabe destacar que la recuperación de estos bienes ambientales que se perdieron o que fueron dañados, en muchos casos tardará alrededor de 100 años en renovarse<sup>2</sup>, configurándose una situación de extrema peligrosidad, debido a que los incendios se estaban desarrollando muy cerca del Parque Nacional Los Alerces, que posee una riqueza ecosistémica incalculable.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> “Chubut enfrenta el peor incendio forestal que se haya registrado en Argentina”, *La Nación*: Argentina, 26 de febrero de 2015. Disponible en: <<http://www.lanacion.com.ar/1771568-chubut-enfrenta-el-peor-incendio-forestal-de-la-historia-de-argentina>>.

<sup>2</sup> Conforme lo estableció el Dr. Juan Paritsis (Doctor en Bioecología e Investigador del CONICET).

<sup>3</sup> “Chubut sufre uno de los incendios forestales más grandes de la Argentina”, *Infobae*: Argentina, 2 de marzo de 2015. Disponible en: <<http://www.infobae.com/2015/03/02/1713460-chubut-sufre-uno-los-incendios-forestales-mas-grandes-la-historia-argentina>>.

En el caso de Uruguay, en el mes de marzo de 2015 también se produjeron casos de incendios forestales de mucha gravedad, en especial en la zona de Puntas Amarillas (Cerro Largo) y en Canelones.

Las especies de flora afectadas fueron los eucaliptus, llegando hacia algunos campos ganaderos afectando hojas secas y malezas que colaboraron en la propagación del fuego, llegando a impedir el paso en caminos de tierra. En total se arrasó con un total de 50 hectáreas de campo forestado.<sup>4</sup>

Según las fuentes periodísticas consultadas, en ambos países se informó que los incendios se originaron como consecuencia de imprudencias efectuadas por turistas o habitantes de la zona por un inadecuado manejo del fuego, por lo que aquí surge uno de los aspectos fundamentales que justifican el dictado de normativa que provea un marco legal completo.

Los especialistas en esta temática, afirman que las causas de incendios forestales, se dividen en dos grupos: las motivadas por el hombre y las originadas en forma natural, por ejemplo: rayos en zonas de tormentas eléctricas.

Los incendios se clasifican tradicionalmente en subterráneos superficiales y de copas. Los *subterráneos* son peligrosos pues son difíciles de detectar y destruyen las raíces, muriendo luego el árbol por completo. Como el oxígeno es limitante, se desarrollan sin llama, avanzando muy lentamente. Los *superficiales* queman las plantas del sotobosque (éstas no necesariamente mueren) y queman parte del perímetro del tronco de los árboles. Dependiendo de la intensidad (calorías liberadas) y la velocidad del viento y de la especie y edad de los individuos del bosque, estos sufrirán más o menos el incendio. Los *de copas* son los más graves ya que se queman las hojas y las ramas finas, y los árboles mueren, se constituyen cuando las llamas de un fuego superficial alcanzan las primeras ramas de la copa.<sup>5</sup>

Sin embargo, los bosques pueden constituir redes de seguridad vitales al ayudar a la población rural a evitar, atenuar o escapar de la pobreza proporcionando bienes y servicios.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> “Bomberos intentan controlar incendio forestal en Cerro Largo”, *El País*: Montevideo, Uruguay, 21 de marzo de 2015. Disponible en: <<http://www.elpais.com.uy/informacion/bomberos-controlar-incendio-forestal-cerro.html>>.

<sup>5</sup> “Incendios forestales”, *Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Presidencia de la Nación Argentina*. Disponible en: <<http://www2.medioambiente.gov.ar/sian/scruz/flora/incendio.htm>>.

<sup>6</sup> DIRECCIÓN DE BOSQUES Y SECRETARÍA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE (2007) p. 4.

Debido a la relevancia de esta temática, el objetivo del presente trabajo es realizar un análisis comparativo entre la normativa vigente sobre manejo de los incendios forestales en Argentina y en Uruguay, con la finalidad de poder detectar fortalezas y debilidades.

En el caso de Argentina, resulta interesante destacar que la norma que regula de manera específica el manejo de los incendios forestales es nueva y que, por tal razón, es necesario que se analice la misma en profundidad y se avance en su entendimiento. Al respecto, debe tenerse en cuenta que esta disciplina fue reconocida doctrinariamente, en especial luego de la Reforma Constitucional de 1994, en la cual se incorporó el artículo 41 que reconoce el derecho a un ambiente sano para las generaciones presentes y futuras, incorporando así el principio de desarrollo sostenible.

En el caso de Uruguay, su Constitución fue reformada en el año 1996 y allí se incorporó el artículo 47 que establece que *“la protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La Ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”*.

En este sentido, podemos afirmar que en ambos casos la protección del ambiente y en especial de los recursos forestales, el Derecho Ambiental es una legislación en vías de formación que aún no ha uniformado los procedimientos para el conocimiento de conflictos de esta naturaleza tan singular.

Ello puede significar que eventualmente, una vez planteado un problema de naturaleza jurídico-ambiental, la autoridad jurisdiccional competente tenga que resolver el conflicto sometido a su decisión en ausencia de normas ambientales específicas o bien mediante normas que no sean totalmente idóneas para el tratamiento del caso concreto.<sup>7</sup>

En el ámbito del Derecho Ambiental Internacional, en la Cumbre Mundial de Río de Janeiro de 1992 arribó a la Declaración de Principios sobre bosques, instrumento que carece de fuerza jurídica vinculante, pero dio inicio a un proceso tendiente a la protección y fomento del recurso a través de herramientas jurídicas.

Sin referirse específicamente a la materia, el Convenio sobre Comercio Internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres de 1973 y el

---

<sup>7</sup> RIQUELME (2013) p. 5.

Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992, contienen principios e institutos de aplicación a la protección de los bosques nativos de manera genérica.

El primero de estos documentos, de carácter vinculante, está destinado a proteger a las especies silvestres de una explotación desmedida e impedir el comercio internacional de aquellas en peligro de extinción, a cuyos efectos establece la prohibición del comercio de esas especies y un sistema de permisos obligatorios emitidos por los países que comercian las especies amenazadas, de manera que se realiza un control exhaustivo tendiente a la protección especial.

El segundo Convenio, surgido en el marco de la Cumbre de la Tierra de 1992, tiene por objetivos la conservación de la diversidad biológica en sus tres niveles interrelacionados -la genética, la específica y la de los ecosistemas-, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, respetando los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada. Se reconoce a los Estados el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, asumiendo la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción -o bajo su control- no perjudiquen al ambiente de otros Estados o zonas fuera de toda jurisdicción estatal.

Para lograr estas finalidades se establecen diversas medidas entre las que se destacan las de cooperación internacional, y fomento de la investigación y educación ambiental.

## **II. METODOLOGÍA**

En el presente artículo se ha utilizado el método de observación documental que consiste en obtener información mediante la percepción selectiva, ilustrada e interpretativa de un fenómeno determinado.

Dentro de las posibles modalidades, se implementó la “observación directa”, ya que los datos se recogieron directamente de los fenómenos percibidos mediante registros sistematizados con la recolección.

Los datos cualitativos recogidos fueron secundarios (análisis de registros escritos, tales como doctrina y normativa).



Se recopiló una selección de doctrina y normativa, vinculada con el estado de la gestión de los incendios forestales y de sus servicios ecosistémicos en una selección de países de América del Sur (Argentina y Uruguay).

No se han recopilado casos jurisprudenciales, ya que consideramos que esto podría ser provechoso para ser analizado en otro trabajo de investigación, en el cual se contrasten sentencias y resoluciones administrativas pertenecientes a diferentes países de la región y que se vinculen con el manejo de los incendios forestales.

También se han analizado algunas noticias periodísticas vinculadas con casos de incendios forestales ocurridos recientemente en la región.

Cabe destacar que no se han encontrado trabajos similares al presente que se encuentren desarrollados tomando en cuenta varios países a la vez, por lo que esta investigación podría clasificarse como de carácter exploratorio.

También hemos implementado el método de estudio de casos al haberse comparado normativa, correspondiente a dos países de la región y el análisis comparativo-descriptivo.

La base temporal escogida para el análisis de las fuentes es desde el año 1948 hasta la actualidad, debido a que la primera ley forestal argentina data de ese año.

Instrumentalmente, se utilizaron los siguientes buscadores jurídicos: *Microjuris*, *Ecolex*, *Lexpro* y *Google Scholar*.

### III. DESARROLLO

#### 1. ***La importancia del análisis social, económico y ambiental de los bosques y de sus servicios ecosistémicos***

En la Evaluación de los Ecosistemas del Milenio de 2005, los servicios ecosistémicos fueron definidos como los beneficios que los seres humanos obtienen de los ecosistemas, pudiendo ser estos económicos, de provisión, de regulación, o culturales.

Todos los ecosistemas proveen una amplia variedad de servicios, que han sido detallados a continuación, sin tener carácter excluyente: Beneficios

hidrológicos, reducción de sedimento, prevención de desastres, conservación de la biodiversidad y secuestro de carbono.<sup>8</sup>

El concepto de que las personas paguen por lo que consuman o usen es bastante claro y de común aceptación en gran parte del mundo moderno. Obviamente, esa lógica no se emplea cuando los usuarios o consumidores no pueden quedar excluidos, como sucede con muchos de los bienes y servicios que proporcionan los ecosistemas.<sup>9</sup>

En un programa de pagos por servicios ecosistémicos típico, los vendedores de servicios ecosistémicos son terratenientes o titulares de derechos forestales y los compradores pueden ser organismos gubernamentales, organizaciones no gubernamentales o particulares y empresas.

Una de las cuestiones que dificulta más la aplicación práctica del pago por servicios ecosistémicos, es la valoración socio-económica que resulta difícil de determinar de manera equitativa, y justa para todos los actores involucrados en la transacción.

Si nos referimos específicamente a la valoración económica, puede ser definida como una forma de medir los beneficios que la población obtiene directa o indirectamente por estos bienes y servicios “intangibles” que proveen los ecosistemas, satisfaciendo sus necesidades.

Estimar indicadores económicos del bienestar que percibe la sociedad permite compararlos con los demás bienes y servicios de la economía. Sin embargo, si nos enfocamos en una valoración socio-económica, o sea más integral, ésta se vincula directamente con qué categoría ubicamos al concepto de *servicio ecosistémico*, si tomamos el caso de los paradigmas de la administración ambiental en el desarrollo diseñados por Michael Colby, quien creó cinco paradigmas que trataron varias dimensiones vinculadas con el tema que tratamos aquí: a) Economía de frontera; b) Protección ambiental; c) Administración de los recursos; d) Ecodesarrollo; e) Ecología profunda.<sup>10</sup>

Dentro de esta clasificación podríamos afirmar que actualmente en ambos países analizados nos encontramos encuadrados en las siguientes categorías: Protección ambiental, y Administración de los recursos. Tal vez, podríamos afirmar que estamos moviéndonos desde el paradigma de *protección*

---

<sup>8</sup> PABIOLA y PLATAIS (2002) p. 2.

<sup>9</sup> HARTMAN y PETERSEN (2005) p. 51.

<sup>10</sup> COLBY (1998) pp. 592-594.

*ambiental* al de *administración de los recursos*, introduciendo algunos aspectos del *Ecodesarrollo*, en la cual en términos generales se plantea la existencia de un co-desarrollo entre los seres humanos y la naturaleza, y se plantea un modelo de economía abierta incrustada en el ecosistema.<sup>11</sup>

Tanto en el caso de Argentina como de Uruguay no existen normas jurídicas que regulen de manera autónoma el manejo y protección de los servicios ecosistémicos, que serían directamente aplicables a los bosques. Sin embargo, para el caso argentino, uno de los casos excepcionales es el de la Ley n° 26.331 de 2007 sobre presupuestos mínimos de protección ambiental para los bosques nativos, la cual tiene como objetivo principal el enriquecimiento, la restauración, la conservación, el aprovechamiento y el manejo sostenible de los “servicios ambientales” que brindan los bosques (artículo 1°). Esta norma, en sus artículos 30 y 31, establece la creación del Fondo Nacional para el Enriquecimiento y la Conservación de los Bosques Nativos, con el objeto de compensar a las jurisdicciones que conservan los mismos, por los servicios ambientales que éstos brindan.<sup>12</sup>

Este Fondo deberá estar integrado por:

a) Las partidas presupuestarias que le sean anualmente asignadas a fin de dar cumplimiento a la presente Ley, las que no podrán ser inferiores al 0,3% del presupuesto nacional;

b) El dos por ciento (2%) del total de las retenciones a las exportaciones de productos primarios y secundarios provenientes de la agricultura, ganadería y sector forestal, correspondientes al año anterior del ejercicio en consideración;

c) Los préstamos y/o subsidios que específicamente sean otorgados por organismos nacionales e internacionales;

d) Donaciones y legados;

e) Todo otro aporte destinado al cumplimiento de programas a cargo del Fondo;

f) El producido de la venta de publicaciones o de otro tipo de servicios relacionados con el sector forestal;

---

<sup>11</sup> *Ídem.*

<sup>12</sup> MINAVERRY (2012) p. 268.

g) Los recursos no utilizados provenientes de ejercicios anteriores.

Lo más importante es que el Fondo Nacional para la Conservación de los Bosques Nativos será distribuido anualmente entre las jurisdicciones que hayan elaborado y tengan aprobado por Ley provincial su ordenamiento territorial.

Luego, el artículo 35 de la Ley n° 26.331 de 2007 establece que los fondos fueron creados para la protección de bosques nativos, y serán aplicados de la siguiente manera:

a) El 70% para compensar a los titulares de las tierras en cuya superficie se conservan bosques nativos, sean públicos o privados; y

b) El 30% a la autoridad de aplicación de cada jurisdicción, que lo destinará a desarrollar y mantener una red de monitoreo y sistemas de información de sus bosques nativos y a la implementación de programas de asistencia técnica y financiera, para propender a la sustentabilidad de actividades no sostenibles desarrolladas por pequeños productores y/o comunidades indígenas y/o campesinas.

En esta norma se tomaron en cuenta principalmente aspectos económicos y ambientales, y únicamente se ha incluido el aspecto social y cultural en algunas partes de la misma, pero no fue tomada en cuenta de forma central. En su anexo donde se definen los criterios de sustentabilidad ambiental para que se realicen los ordenamientos territoriales de los bosques, se ha incorporado en su punto n° 10, en donde deberá considerarse el *“valor que las comunidades indígenas y campesinas dan a las áreas boscosas, usos de recursos y mantenimiento de aspectos culturales”*.

Para el caso de Uruguay, la Ley Forestal n° 15.939 de 1988 no posee este enfoque ya que la categorización de los servicios ecosistémicos o ambientales, no contó con reconocimiento en esa época en el ámbito jurídico regional (salvo en el caso de países como Costa Rica, con una tradición de protección ambiental que data de épocas anteriores). Sin embargo, en uno de sus artículos se hizo un reconocimiento a una clase de servicios ecosistémicos, al momento de regularse los requisitos de calificación de los bosques:

*“Artículo 5°. (De los requisitos para la calificación). La calificación de los bosques deberá ajustarse a los siguientes requisitos:*

*1) Para determinar el carácter de protector de un bosque se tendrá presente:*

a) si el mismo cumple una función de preservación de la erosión o de otros recursos naturales renovables o de regulación de las cuencas hídricas, de consecuencias regionales. La valoración de esos elementos será realizada por la Dirección Forestal, ajustándose a un criterio de conservación general (...)"

Esta falta de inclusión de los servicios ecosistémicos en la mayoría de la normativa forestal de la región, puede tener su razón en lo establecido por algunos autores en el sentido de que los mismos no son capturados completamente en los mercados comerciales, o no son adecuadamente cuantificados en términos comparativos con los servicios económicos o el capital manufacturado, los mismos no son tenidos en cuenta al momento de tomarse decisiones políticas.<sup>13</sup>

## **2. El caso de Argentina**

Con anterioridad a la sanción de la Ley n° 26.815 de 2013 que regula el manejo de incendios forestales y rurales, en Argentina ya se había dictado diversa normativa relacionada con la protección este recurso natural.

En primer lugar, ha de mencionarse la Ley n° 13.273 de defensa de la riqueza forestal de 1948 que protege los bosques y las tierras forestales, que quedan sometidos a su régimen cuando se encuentran ubicados en jurisdicción nacional o de las provincias adheridas y los bosques protectores y tierras forestales ubicados en las provincias cuando sus efectos incidan sobre intereses de competencia del gobierno federal por afectar el bienestar general, progreso y prosperidad de dos o más provincias.<sup>14</sup>

El régimen forestal común de la norma prohíbe la devastación de bosques y la utilización irracional de productos forestales. La explotación de los bosques naturales no podrá realizarse sin la conformidad de la autoridad forestal competente, para cuya solicitud deberá acompañarse el plan de manejo.

La Ley n° 24.688 de 1996, declara de interés nacional la preservación y la conservación de los bosques nativos andino-patagónicos, y promueve su reforestación con las mismas especies.

---

<sup>13</sup> CONSTANZA *et al.* (1997) p. 253.

<sup>14</sup> MARTÍNEZ y MINAVERRY (2015) p. 245.

La Ley n° 24.857 de 1997 establece que toda actividad forestal, así como el aprovechamiento de bosques comprendidos en el régimen de la Ley n° 13.273 de defensa de la riqueza forestal de 1948, ya referida, gozarán de estabilidad fiscal por el término de treinta años contados a partir de la fecha de aprobación del proyecto respectivo.

La Ley n° 25.080 de 1998 instituye un régimen de promoción de las inversiones que se efectúen en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes, del que podrán ser beneficiarias las personas físicas o jurídicas que realicen efectivas inversiones en las actividades objeto de la Ley. El régimen es de aplicación en las provincias que adhieran expresamente al mismo.

La Ley n° 25.509 de 2001, crea el derecho real de superficie forestal constituido a favor de terceros por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura.<sup>15</sup>

La Ley n° 26.331 de Presupuestos Mínimos Ambientales para la Protección de los Bosques Nativos en Argentina de 2007, entró en vigencia a partir del día 4 de enero de 2008. Luego, el 16 de febrero de 2009, se dictó el Decreto n° 91/2009 que aprueba la Reglamentación de la mencionada ley, con una demora que fue denunciada por organizaciones sociales, pues consideraron ponía en crisis la operatividad de la norma.

El Capítulo I se refiere a las Disposiciones Generales, y especifica claramente que establece los *“presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos”*.

Esta Ley contiene conceptos novedosos, en comparación con la legislación existente hasta el momento en la República Argentina, para la protección de los bosques nativos. Así, el artículo 2 de la Ley, define el concepto de *bosque nativo* como *“los ecosistemas forestales naturales compuestos predominantemente por especies arbóreas nativas maduras, con diversas especies de flora y fauna asociadas, en conjunto con el medio que los rodea (suelo, subsuelo, atmósfera, clima, recursos hídricos), conformando una trama interdependiente con características propias y múltiples funciones, que en su estado natural le otorgan al sistema una condición de equilibrio dinámico, y que brinda diversos servicios ambientales a la sociedad, además de los diversos recursos naturales con posibilidad de utilización económica”*.

---

<sup>15</sup> Ídem., p. 246.

La conceptualización denota un enfoque sistémico y de ella surge que la regulación es abarcativa en la protección de otros recursos naturales, no limitándose únicamente a los recursos forestales<sup>16</sup>, sino que se tiende a proteger todo el ecosistema en su conjunto.

Es importante destacar que la Ley n° 26.331 de 2007, excluye de su aplicación a todos los aprovechamientos realizados en superficies menores a diez hectáreas, que sean propiedad de comunidades indígenas o de pequeños productores.

En la reglamentación del artículo 2 el Decreto n° 91/2009 establece textualmente que: *“Quedan comprendidos en el concepto de bosque nativo, aquellos ecosistemas forestales naturales en distinto estado de desarrollo. Los palmares también se consideran bosques nativos”*.

De este modo, se complementa la definición que es muy amplia al incluir a diferentes clases de bosques nativos y estados en que se encuentran, incluyendo a una especie determinada (como es el caso de las palmeras) que no se hubiese considerado comprendida en el régimen protectorio sin esta mención especial.

Esta norma estableció beneficios y avances en la protección de los bosques nativos en Argentina, atendiendo a los aportes y aprendizajes respecto a la aplicación de la Ley n° 13.273 de 1948, en pos de cuyo objetivo ha considerado como instrumento apto su ordenamiento territorial y la regulación de la expansión de la frontera agropecuaria y de cualquier otro cambio de uso del suelo y se ha inspirado en los principios fundamentales de prevención y precaución.

Puntualmente, respecto de los incendios forestales y rurales, nos abocaremos a ahondar en el texto de la Ley de Manejo del Fuego, n° 26.815 de 2013, lo cual implicará forzarnos a realizar un análisis incipiente y necesario, debido a la inexistencia de casos jurisprudenciales hasta el momento, y de escasos artículos doctrinarios sobre esta materia.

Dicha norma se aplica a *“las acciones y operaciones de prevención, supresión y combate de incendios forestales y rurales que quemen vegetación viva o muerta, en bosques nativos e implantados, áreas naturales protegidas, zonas agrícolas, praderas, pastizales, matorrales y humedales y en áreas donde las estructuras edilicias se entremezclan con la vegetación fuera del ambiente*

---

<sup>16</sup> MINAVERRY (2011) p 4.

*estrictamente urbano o estructural. Asimismo alcanza a fuegos planificados, que se dejan arder bajo condiciones ambientales previamente establecidas, y para el logro de objetivos de manejo de una unidad territorial".<sup>17</sup>*

Se crea el Sistema Federal de Manejo del Fuego que será coordinado y administrado por el Servicio Nacional de Manejo del Fuego, el cual tendrá las siguientes atribuciones y funciones:

a) Establecer los lineamientos técnicos y operativos del Sistema, coordinando su planificación con las Coordinaciones Regionales, las jurisdicciones locales y la Administración de Parques Nacionales.

b) Confeccionar el Plan Nacional de Manejo del Fuego.

c) Desarrollar e implementar un Programa de Competencias Laborales y Formación Continua que observe las particularidades de cada una de las Regiones.

d) Desarrollar e implementar un Sistema Nacional de Alerta Temprana y Evaluación de Peligro de Incendios.

e) Desarrollar un Sistema de Información de Manejo del Fuego que facilite la adopción de políticas acordes al objetivo de esta Ley.

f) Desarrollar un Programa de Fortalecimiento Operativo, promoviendo un nivel de organización, e incorporación de equipamiento y de tecnologías que garanticen la actuación segura y eficiente de los recursos terrestres y aéreos de apoyo al combate del fuego.

g) Establecer mecanismos que aseguren el derecho a la información pública y a la participación ciudadana en el desarrollo e implementación del Sistema.

h) Promover programas científico técnicos en temáticas tendientes a lograr un manejo del fuego acorde con los objetivos de esta Ley.

Esta nueva norma establece diversos objetivos generales y específicos, respecto de los cuales únicamente haremos mención a los que consideramos más relevantes. En primer lugar, se intenta proteger y preservar el medio ambiente del daño generado por los incendios y de la población en general.

---

<sup>17</sup> Artículo 2 de Ley n° 26.815.



En segundo lugar, se procura que el Estado a través de sus diferentes organismos institucionales y herramientas preventivas eviten peligros a la comunidad. En tercer lugar, la norma apunta a la promoción de la concientización y educación de la población, respecto del impacto de los usos del fuego, en especial en las zonas en donde existen gran cantidad de recursos forestales y forma parte de un escenario más cotidiano para estas personas.

Otro de los aspectos novedosos de esta norma radica en la determinación de diferentes niveles de intervención, que son adecuadas para la prevención y mejora del estado de situación en el caso de producirse incendios forestales:

Nivel I: es la fase de ataque inicial de todo incendio que se origine dentro del territorio de una jurisdicción local o de la Administración de Parques Nacionales, correspondiendo a dichas autoridades las tareas de supresión.

Nivel II: cuando la autoridad competente o la Administración de Parques Nacionales consideren oportuno solicitará apoyo al Servicio Nacional de Manejo del Fuego a través de la Coordinación Regional correspondiente.

Nivel III: cuando, por la magnitud del siniestro, su duración o complejidad, se viera superada la capacidad de respuesta del nivel anterior, la Coordinación Regional solicitará a la Central Nacional, con la conformidad de las Autoridades Competentes, la apertura del presente nivel de actuación nacional y la afectación de recursos extra-regionales.

Este sistema de diferenciación de niveles es el mismo que se ha establecido en la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos Ambientales para la protección de los bosques nativos de 2007, que hemos descripto más arriba, y que ha funcionado de manera satisfactoria en la práctica a los fines de “clasificar” los niveles de calidad o de valor ambiental de los mismos.

Lo destacable es que resulta difícil determinar las categorías intermedias, tanto en relación con los niveles o la gravedad de los incendios forestales o rurales en este caso, como se vio que ocurrió con las zonas donde existen bosques nativos. El criterio subjetivo, a pesar de que existen anexos normativos que fijan algunos lineamientos generales a los fines de poder aplicar la ley, esto muchas veces presenta dificultades en la práctica. Tal es así que la norma sobre bosques nativos fue aplicada de manera muy diferente en las diferentes provincias argentinas, ya que los ordenamientos territoriales donde se realizó la zonificación y clasificación de los bosques difieren notablemente entre sí.

Además, se han establecido con la categoría de infracciones a la Ley las siguientes actividades:

a) Llevar o encender fuego en el interior de bosques y pastizales en transgresión de los reglamentos respectivos.

b) No cumplir con la obligación de dar aviso a la autoridad más cercana de la existencia de un foco de incendio.

c) Encender fuego, realizar quemas o desarrollar actividades prohibidas o sin la correspondiente autorización previa.

d) No contar con los planes de protección en los casos en los que fueran requeridos.

e) Impedir o dificultar el accionar del personal combatiente de incendios, por acción u omisión, en cualquier circunstancia o lugar, en terrenos de propiedad pública o privada.

Otro tema importante que ha incorporado la norma mencionada es fijar una serie de obligaciones que deben realizar los particulares o ciudadanos, de esta forma dejando claro que la autoridad pública no puede únicamente lograr que se realice un manejo de los incendios forestales de manera exitosa, si no se trabaja de manera mancomunada y coordinada entre ambos.

En principio, debe promoverse la actitud participativa de los ciudadanos al momento de realizar todas las denuncias ante la autoridad pública correspondiente y de forma inmediata cuando tome conocimiento de haberse producido algún incendio. También deben extremar sus medidas de cuidado de los recursos naturales, cuando se realicen usos o actividades utilizando fuego.

Respecto de la responsabilidad que se les asigna a los responsables de daños ambientales que se produzcan como consecuencia de un incendio, la norma dedicó su artículo 22 a regular la misma: *“El responsable del daño ambiental que produzca un incendio tendrá la obligación de recomponer y adoptar las medidas de reparación que, en cada caso, resulten necesarias para la recuperación de las áreas incendiadas en los términos de los artículos 27 y 28 de la Ley n° 25.675, Ley General del Ambiente”*.

Lo que primero debe mencionarse aquí es que se tiende a lograr la recomposición, o sea retrotraer al estado anterior el ambiente que fue dañado. Luego, se hace referencia a unos artículos pertenecientes a otra norma

nacional que regula la figura del daño ambiental colectivo, que se produce por la acción u omisión de hechos o actos jurídicos.

Lo interesante es que define al daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio o los bienes o valores colectivos.

Pero se indica que cuando no sea técnicamente posible de revertir el ambiente a su estado anterior al daño, el responsable deberá pagar una indemnización sustitutiva que deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental. Con estos fondos se realizarán obras tendientes a prevenir y/o reparar el medioambiente.

Finalmente, el régimen de sanciones que se estableció en la norma es el siguiente: apercibimiento; multas, clausura del establecimiento; y pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios.

### **3. El caso de Uruguay**

La situación jurídica de Uruguay es diferente al caso anterior ya que no se ha dictado una ley específica que regule sobre el manejo y la prevención de los incendios forestales, sino que sus lineamientos generales son tratados principalmente en la Ley Forestal n° 15.939 de 1988.

Dentro de las funciones de la Dirección Forestal se ha incorporado la de coordinar con la Dirección Nacional de Bomberos la protección contra incendios, y a su vez el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca destinará el 5% de las recaudaciones anuales del Fondo Forestal para la prevención de incendios y el sostenimiento de un servicio de guardería forestal que realice actividades de vigilancia.

Además, se ha dictado el Decreto n° 849/88 (reformado mínimamente por el Decreto n° 188/02), en el cual se establece que *“todo organismo público o privado, así como cualquier persona, están obligados a asistir personalmente y con la prestación de vehículos, máquinas y herramientas a los servicios de bomberos, cuando éste lo requiera para actuar en combate de incendios forestales o para evitar el agravamiento de sus consecuencias”*.

Luego, los artículos 5 y 6 establecen que todos los ciudadanos deben procurar adoptar las medidas preventivas de incendios, y a su vez permitir el acceso con fines inspectivos, a los funcionarios de la Dirección Nacional de Bomberos y la Dirección Forestal.

Aquí las campañas de concientización y de educación deberían ser fomentadas y apoyadas por las autoridades públicas, a los fines de que pueda producirse un éxito más sostenido de la aplicación normativa, conforme aparece mencionado en el artículo 7.

La educación ambiental (que es otro de los principios fundamentales del Derecho Ambiental) en relación a cuestiones de protección, conservación, utilización razonable y no contaminación de los recursos naturales, podría apoyar en la práctica a las herramientas legales existentes tanto a nivel nacional como internacional.

El artículo 8 también afirma que es obligatorio que cualquier predio mantenga libre de vegetación capaz de propagar el fuego y de cualquier tipo de material o sustancia combustible, una faja cortafuegos no inferior a 20 metros de ancho en todo el perímetro del mismo, así como, a lo largo de caminos, carreteras o vías férreas que atraviesen o linden con bosques.

Las fajas cortafuegos podrán coincidir con caminos internos, caminos de saca, arenales vivos o pedregales puros y con lagunas, arroyos o cañadas, a condición de que se mantengan limpios de maleza y pajonales.

Luego, se ha dictado el Decreto n° 111/89 sobre prevención y combate de incendios forestales, en donde se estableció que además deberá cumplirse con los reglamentos de policía del fuego dictados por el Poder Ejecutivo Nacional. Su artículo 2 afirma que *“cuando el predio sea lindero a zonas forestadas, carreteras o vías férreas, deberá tener una franja perimetral de seguridad, de veinte (20) metros de ancho que deberá mantenerse libre de árboles, vegetación arbustiva, pastos y malezas que por su volumen, o estado vegetativo, puedan ser combustibles. La franja de seguridad se mantendrá limpia de hojas secas, materiales leñosos y pinochas, de modo de actuar como cortafuego en caso de un eventual incendio. En la franja de seguridad no será permitida ninguna instalación y obstáculo, pudiendo ser utilizada como zona de tránsito vehicular”*.

Uno de los aspectos más interesantes es que la norma exige que en la entrada del predio o del edificio de administración, se coloque un cartel indicador de Índice de Peligro de Incendios Forestales. La información del Índice de Peligro de Incendios Forestales será actualizada diariamente según los datos que proporcione la Dirección Nacional de Meteorología.

Además, deberán tomarse diversas medidas de carácter técnico en donde las zonas de camping, parrillas y de recreación en general, deberán respetar ciertos requerimientos con fines preventivos.

## CONCLUSIONES

Una de las posibles conclusiones preliminares sobre esta temática podría ser que los regímenes sancionatorios argentino y uruguayo, al igual que ocurre en la mayoría de las herramientas legales de protección ambiental, no involucran al régimen penal, y de esta manera no se logra disuadir ni corregir conductas humanas.

Los bienes que tradicionalmente han venido justificando la protección penal mediante la tipificación como delito de las conductas que atentan contra ellos, tenían y tienen contornos perfectamente reconocibles, como es el caso de la integridad física. El medioambiente se presenta como un supuesto especial que trasciende al individuo e incluye intereses comunes.

El Derecho Penal argentino y uruguayo afronta la problemática de que sus normas no incorporaron la noción de ambiente que era inexistente en el momento de su elaboración, y por eso el bien jurídico que protegen es la seguridad en su aspecto general.

Otra conclusión podría vincularse con que la normativa argentina, que se encuentra especializada en los incendios forestales y que posee un enfoque sistémico. A partir de ella surge que la regulación es abarcativa de la protección de otros recursos naturales, no limitándose únicamente a los bosques ni a los incendios, pero siendo la única y más nueva normativa local que toma este criterio. En la misma, al momento de determinarse su objeto de aplicación se incluyó a las áreas protegidas y a las zonas agrícolas donde convergen también otros recursos naturales.

Esto coincide con la tendencia registrada en el Derecho Ambiental Internacional, ya que los instrumentos que se vinculan con la protección de los bosques poseen un enfoque integrador (Declaración de Principios de Bosques de Cumbre Mundial de Río de Janeiro de 1992; Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres de 1973; y el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992).

A su vez uno de los objetivos esperables, en relación con la regulación jurídica de los servicios ecosistémicos que brindan los bosques en ambos países analizados, sería el de lograr la internalización de los mismos en marcos jurídicos y en políticas públicas, teniendo en cuenta la implementación de diversos métodos científicos interdisciplinarios y conforme a las problemáticas ambientales actuales locales e internacionales.

Consideramos que la valoración económica, aún cuando ha recibido diversos cuestionamientos, ha servido para llamar la atención de la sociedad sobre la magnitud de los beneficios que se obtienen en forma “gratuita” de los ecosistemas, y principalmente para valorar aspectos intangibles que la naturaleza brinda a la sociedad (culturales, morales, educacionales, espirituales, terapéuticos, entre otros). Además, al tratarse de bienes colectivos que exceden los intereses individuales de las personas, requieren de internalización de los beneficios y de los costos por su degradación.

Por su parte, la normativa ambiental uruguaya posee un nivel de desarrollo más limitado, principalmente porque la misma no ha sido actualizada en la última década, y porque tampoco se ha legislado focalizándose especialmente en el manejo y prevención de incendios forestales como una entidad independiente y con la fuerza de una ley, sino que se regula de manera general, incluida dentro de otros aspectos legales del régimen forestal o en el marco de Decretos que la reglamentan de manera parcial y, con menor rango jerárquico legal, pero su vigencia es anterior, por lo que podría cuestionarse su eficacia en no haberse registrado disminuciones en la cantidad de incendios a lo largo de los últimos años.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- COLBY, Michael (1991): “La Administración en el Desarrollo: Evolución de los paradigmas”, *Presencia*, n° 31, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos de Guatemala, mayo de 1998.
- CONSTANZA, Robert *et al.* (1997): “The value of the world’s ecosystem services and natural capital”, *Nature*, vol. 387: pp. 253-260.
- DIRECCIÓN DE BOSQUES y SECRETARÍA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE (2007): “Informe sobre Deforestación en Argentina”. Disponible en: <[http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/UMSEF/File/deforestacin\\_argentina\\_v2.pdf](http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/UMSEF/File/deforestacin_argentina_v2.pdf)>.
- HARTMAN, Jorg y PETERSEN, Lorenz (2005): “El ‘mercadeo’ de servicios ambientales: lecciones aprendidas en el desarrollo cooperativo alemán”, *Gaceta Ecológica*, n° 77: pp. 51-66.
- MARTÍNEZ, Adriana y MINAVERRY Clara (2015): “Análisis sobre el estado de situación de la aplicación normativa destinada a la protección de los bosques nativos en Argentina. El caso de la provincia de Buenos Aires”, *Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, vol. 3: pp. 243-257.

- MINAERRY, Clara (2011): "Fortalezas y debilidades de la legislación sobre protección de bosques nativos, y su vinculación con la normativa sobre aguas en la Argentina", *Memorias del Primer Encuentro de Derecho Forestal Ambiental del Cono Sur* (Asunción, Paraguay).
- MINAERRY, Clara y GALLY, Teresa (2012): "La implementación de la protección legal de los bosques nativos en la Argentina", *Pensamiento Jurídico*, n° 35: pp. 253-278.
- PAGIOLA, Stefano y PLATAIS, Gunars (2002): "Pagos por servicios ambientales", *Environment Strategy*, n° 3. Disponible en: <[http://www.grn.cl/pagos\\_por\\_servicios\\_ambientales.pdf](http://www.grn.cl/pagos_por_servicios_ambientales.pdf)>
- RIQUELME SALAZAR, Carolina (2013): "Los tribunales ambientales en Chile. ¿Un avance hacia la implementación del Derecho de acceso a la justicia ambiental?", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. IV n° 1: pp. 1-43.

### **NORMAS JURÍDICAS CITADAS**

- Constitución Nacional de Argentina del 1° de mayo de 1853, actualizada al 22 de agosto de 1994.
- Constitución Nacional de Uruguay de 1967, actualizada al 31 de octubre de 2004.
- Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres de 1973.
- Convenio sobre Diversidad Biológica, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992.
- Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.
- Decreto n° 91/2009 del 16 de febrero, Reglamentación de la Ley n° 26.331 sobre protección ambiental de los bosques nativos, Argentina.
- Decreto n° 111/89 del 9 de mayo de 1989, Normas para prevención de incendios, Uruguay.

Decreto n° 188/02 del 27 de mayo de 2002, Incendios forestales, se sustituyen los artículos 7°, 8°, 9° Y 10° del Decreto 849/88 de 14/12/1998, Uruguay.

Decreto n° 849/88 del 20 de febrero de 1989, Disposiciones relativas al combate de incendios forestales, Uruguay.

Ley n° 13.273 del 6 de octubre de 1948, Ley de defensa de la riqueza forestal, Argentina.

Ley n° 15.939 del 9 de febrero de 1988, Ley forestal, Uruguay.

Ley n° 24.688 del 17 de septiembre de 1996, Bosques Andinos Patagónicos, Argentina.

Ley n° 24.857 del 11 de septiembre de 1997, Forestación, Argentina.

Ley n° 25.080 del 16 de diciembre de 1998, Ley de inversiones para bosques cultivados, Argentina.

Ley n° 25.509 del 17 de diciembre de 2001, Créase el derecho real de superficie forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, Argentina.

Ley n° 25.675 del 28 de noviembre de 2002, Ley General del Ambiente, Argentina.

Ley n° 26.331 del 26 de diciembre de 2007, Presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos, Argentina.

Ley n° 26.815 del 16 de enero de 2013, Ley de Manejo del Fuego, Argentina.



# EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN ESPAÑA

## *The right to privacy in Spain*

ÁNGELA MORENO BOBADILLA\*  
Universidad Complutense de Madrid  
Madrid, España

**RESUMEN:** El cambio sufrido por el derecho a la intimidad en España, a raíz de su incursión dentro del elenco de los derechos fundamentales, es el principal objeto de estudio de este trabajo. Para ello, se ha tenido en cuenta la influencia ejercida por el Derecho europeo, así como los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto de esta cuestión. Todo ello ha permitido delimitar tanto el significado como la posición actual del derecho a la intimidad en el ordenamiento jurídico español.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la intimidad, Tribunal Constitucional, ordenamiento jurídico español.

**ABSTRACT:** *The change undergone by 'the right to privacy' in Spain as a result of its inclusion in the group of 'human rights' is the main object of the study of this work. For this purpose, the study has taken into the account the influence of the European acts and the sentences of the Constitutional Court. All of this has made it possible to delimit the meaning and the current position of 'the right to privacy' in the Spanish legal system.*

**KEYWORDS:** *Right to privacy 'Constitutional Court- Spanish legal' system.*

---

\* Doctora (*Sobresaliente Cum Laude*) en Periodismo por la Universidad Complutense de Madrid (España). Graduada en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España) y Licenciada en Periodismo por la Universidad Complutense de Madrid (España). Correo electrónico: <angmoreno.ang@gmail.com>.

**Artículo recibido el 13 de noviembre de 2015 y aceptado para publicación el 20 de abril de 2016.**

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo científico tiene como principal objetivo llevar a cabo un estudio minucioso y exhaustivo del derecho a la intimidad en el ordenamiento jurídico español, teniendo también muy presente la influencia ejercida en este ámbito por el Derecho europeo.

Para ello se ha utilizado un método de trabajo inductivo, en el que las conclusiones obtenidas han surgido del análisis de casos, sentencias y leyes. La base del trabajo se sustenta en el estudio de diferentes supuestos concretos para obtener globalmente una visión actual del derecho fundamental a la intimidad en España.

Importante es aclarar la siguiente cuestión: todo lo que se va explicar en las siguientes páginas está referido exclusivamente al derecho a la intimidad personal y familiar, que es la vertiente que interesa para este objeto de estudio. Esta aclaración se debe, a que se trata de un derecho con múltiples manifestaciones, como por ejemplo la intimidad laboral, la intimidad en la salud, la intimidad informática, pero que no van a ser tenidas en cuenta, ya que exceden de los límites del presente trabajo de investigación.

El artículo científico está estructurado en cuatro bloques temáticos bien diferenciados, de los que se terminan extrayendo las principales conclusiones, encargadas de plasmar la delimitación y significación actual del derecho a la intimidad en España.

En primer lugar, se van a comenzar explicando los orígenes del derecho a la intimidad, partiendo del momento en el que el mundo jurídico empieza a hablar de la intimidad como un derecho autónomo, propio de las personas, y con una gran relevancia, ya que todos los ciudadanos deben poder disponer de su vida como estimen conveniente.

A continuación, se va a analizar el derecho a la intimidad dentro del ordenamiento jurídico español. Para ello, hay que estudiar el significado que tiene este derecho desde el punto de vista constitucional, poniendo especial énfasis en el hecho de que los constituyentes lo incluyeron dentro del elenco de los derechos fundamentales, así como de lo que supuso su posterior desarrollo legislativo mediante la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que ayudó a delimitar ciertos aspectos relacionados con él mismo, como su objeto o ámbito de aplicación.

En el siguiente epígrafe se va a estudiar la intimidad desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional. Se han analizado las principales sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional en esta materia desde su creación en los años 80 hasta la actualidad, con el objetivo de obtener una visión en profundidad de la postura mantenida por el Máximo Tribunal en relación a este derecho.

Por último, se esbozará brevemente la influencia ejercida por el Derecho europeo en el derecho a la intimidad personal y familiar español a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000, que son los dos textos jurídicos que se encargan del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en el ámbito del Viejo Continente.

Todo ello con el objetivo de poder delimitar el contenido actual que tiene en España el derecho a la intimidad personal y familiar, objetivo que quedará plasmado en las conclusiones del presente trabajo científico.

## II. ORIGEN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

Para entender totalmente un concepto jurídico tan cambiante y evolutivo como el de la intimidad, es muy importante tener una visión de sus orígenes. La principal finalidad que tiene que llevar a cabo este *background*, es tener un conocimiento más profundo y exhaustivo de este derecho de la personalidad, y es que para poder entender la concepción actual del mismo, es fundamental echar una mirada al pasado, porque al fin y al cabo, el presente es el resultado de la evolución de los acontecimientos que han tenido lugar desde el punto de vista histórico.

Los orígenes de la intimidad se remontan a finales del siglo XIX, concretamente a Estados Unidos, donde gracias al trabajo de dos visionarios del mundo del Derecho, Samuel Warren<sup>1</sup> y Louis Brandeis<sup>2</sup>, se empieza a con-

---

<sup>1</sup> WARREN y BRANDEIS (1995) p. 15: *“Samuel Dennis WARREN (1852- 1910) fue un lawyer próspero y reconocido, en cuya biografía (que figura en todos los Who was Who in America) se encuentran muchos éxitos forenses, mediante un bufete con sede en las ciudades principales de la Unión, junto con una singular etiqueta de ‘demócrata independiente’. No fue, en cambio, un escritor prolífico o, al menos, su obra no alcanzó después la repercusión que obtuvo la de su colega y amigo”.*

<sup>2</sup> *Ídem.*, p. 16: *“Acerca de Louis Dembitz BRANDEIS (1856-1946) la información es muy abundante y no tan exenta de opiniones enfrentadas. Nacido un Louisville, Ky., BRANDEIS fue el primer juez que accedió en calidad de juez al Tribunal Supremo federal. Nombra-*

cebir la idea de que todas las personas tienen que poder mantener ciertos aspectos de su vida fuera del conocimiento público.

Hasta ese momento prácticamente nadie, a excepción del juez Cooley, se planteaba que cada uno es libre de poder tener una vida privada que el resto de la sociedad no tiene por qué conocer. El Magistrado norteamericano acuñó, en 1873, esta idea, en su ya famoso y célebre discurso *'the right to be let alone'*: el derecho a no ser molestado. Fue la primera vez en la historia de las Ciencias Jurídicas que se menciona la posibilidad de que la intimidad sea digna de recibir una protección judicial.

Por su parte, Warren y Brandeis, pertenecían al mundo de la alta sociedad norteamericana del siglo XIX, y tenían que soportar continuamente los ataques de los medios de comunicación develando de forma constante detalles íntimos de sus vidas<sup>3</sup>, que nada tenían que ver con su carrera profesional y que, además, empañaban el gran esfuerzo que realizaban en el campo de la abogacía.

Hartos ya de que la prensa del corazón se colara en sus fiestas de sociedad y publicara noticias al respecto (la información empezó a convertirse en una mercancía que solo buscaba el chismorreo ajeno para entretener al público), decidieron escribir el célebre artículo *'The Right to Privacy'* que publicaron en 1890 en la prestigiosa revista *Harvard Law Review*, y en el que defendían el *'derecho a ser dejados en paz'*, momento en el que se empieza a perfilar la idea de que la intimidad de cada persona también es un derecho que merece ser reconocido y protegido, tesis pionera, ya que hasta la fecha

---

*do en 1916 por el Presidente W. WILSON, la polémica acompañó la designación de este liberal radical (algunos recordaban también su raza), defensor a ultranza de los derechos civiles, conocido como the People's Lawyer por su labor a favor "de los menos favorecidos"- dicen pudorosamente los biógrafos- y debelador infatigable de abusos y privilegios (...). BRANDEIS fue, durante veinticinco años, uno de los grandes jueces de la Supreme Court (...). A su muerte se fundó en Waltham, Mass., una Brandeis University".*

<sup>3</sup> El desencadenante que llevó a estos dos abogados estadounidenses a escribir el artículo, según FAYÓS (2000) p. 25, fue que *"la esposa de Warren, hija de un conocido senador, llevaba una intensa vida social en la ciudad de Boston, celebrando fiestas en su casa que eran descritas con todo detalle por los periódicos locales, especialmente por el Saturday Evening Gazette. En 1890 se publicó en la prensa un reportaje sobre una comida celebrada en casa de los Warren para celebrar el matrimonio familiar. Dicha publicación no fue bien recibida por los Warren. Y ello, porque a pesar de su intensa vida de relación, la gente 'correcta' de la sociedad de Boston de finales de siglo evitaba por todos los medios aparecer en la prensa"*.

era complicado entender la defensa de un derecho intangible, de un derecho que perteneciese a la esfera personal de los ciudadanos.

El artículo aboga por la idea de que cada persona debe tener un reducido de intimidad que sea completamente inaccesible para los demás, incluso para los medios de comunicación creadores de la opinión pública, es decir, que es necesario que los ciudadanos cuenten con ciertos cauces de protección frente a una prensa que, debido a los grandes avances tecnológicos, empieza a traspasar fronteras que nunca antes se había atrevido a saltar. En palabras de Warren y Brandeis *“el derecho vigente proporciona un principio que puede ser invocado para amparar la intimidad del individuo frente a la invasión de una prensa demasiado pujante (...)”*.<sup>4</sup>

Por este motivo, estos dos juristas defienden a ultranza la creación de un derecho que se encargue de proteger los detalles más íntimos y personales de sus vidas de las miradas más indiscretas, o sea, que a pesar de que una persona haya dejado de ser, en cierta medida, privada, hay determinados aspectos que deben seguir siendo de exclusivo conocimiento para su círculo más íntimo y personal.

Warren y Brandeis sientan las bases de un verdadero derecho a la intimidad, ya que muestran al mundo una nueva concepción respecto de su significación jurídica y social.

Hasta el momento, cuando se hablaba del concepto de intimidad se relacionaba con el derecho a la propiedad<sup>5</sup>, es decir, no se concebía la idea de que pudiera existir un derecho sin un contenido tangible que proteger. Pero gracias a su trabajo, se empieza a considerar la posibilidad de preservar con este nuevo derecho ciertos aspectos de las personas que nada tienen que ver con cosas materiales, sino con la inviolabilidad de la personalidad humana.

En definitiva, quien sabe si sin el artículo de estos dos norteamericanos el derecho a la intimidad habría evolucionado hasta convertirse en un derecho autónomo, con un contenido intangible y completamente necesario para el

---

<sup>4</sup> WARREN Y BRANDEIS (1995) p. 46.

<sup>5</sup> Y es que, tal como explica CARRILLO (2012) p. 188: *“Durante gran parte del siglo XIX, el honor, la honra, el aprecio social, y, por supuesto, la garantía de respeto a la esfera de lo privado, eran bienes jurídicos asociados en exclusiva a la figura del propietario, en una estructura social en la que en su condición de parte integrante de la propiedad de su titular, la burguesía les atribuía un valor en el mercado. La intimidad era un concepto patrimonializado, vinculado al derecho de propiedad”*.

normal desarrollo de la vida, ya que cualquier persona (pública o privada) necesita “*the right to be let alone*”. Gracias al reconocimiento de este nuevo derecho se garantiza un ámbito en el que cada individuo goza de un entorno de soberanía personal en el que puede desarrollar su vida íntima lejos de las miradas ajenas.

### III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

A la hora de estudiar el derecho a la intimidad en España, es fundamental comprender la posición que ostenta dentro del conjunto del ordenamiento jurídico español.

Para ello, en primer lugar se debe explicar el posicionamiento de la intimidad dentro de la Carta Magna, debido a que esta es el vértice del conjunto del poder judicial español, y por lo tanto, no se puede comprender en profundidad la significación de ningún derecho sin tener en cuenta su posición dentro de la Constitución española (CE) de 1978.

Asimismo, el estudio del lugar que ostenta este derecho fundamental en España se va completar con el estudio de la Ley Orgánica que se ha encargado de su desarrollo, o sea, de la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que ha sido la encargada de desarrollar por vía legislativa el Artículo 18.1 CE.

#### 1. *El Derecho a la intimidad en la Constitución Española: un derecho fundamental limitado*

La promulgación de la CE de 1978 supuso un gran hito para el derecho a la intimidad en España, tanto por su inclusión en la Carta Magna, como por su ubicación dentro de la misma, ya que a partir de ese momento pasa a formar parte del elenco de los derechos fundamentales (Sección 1ª Capítulo II Título I), con todas las garantías que esto supone dentro del ordenamiento jurídico español. No cabe duda de que los constituyentes eran conscientes de la importancia que su adecuada protección tenía, para conseguir la correcta salvaguarda de la vida privada de los ciudadanos.

Los derechos fundamentales en España son los comprendidos entre los artículos 15 a 29 de la CE y el artículo 30.2 CE. En palabras de Luis María Díez Picazo son “*aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas –o, en su caso, solo a todos los ciudadanos– por el mero hecho de serlo. Se trataría de derechos inherentes a la condición de*

*persona o de ciudadano, tal como esta es concebida en dicho ordenamiento; y, por eso mismo, serían derechos universales, en el sentido de que corresponden necesariamente a todos los miembros del grupo (...). Lo verdaderamente característico de los derechos fundamentales es su resistencia frente a la ley o, si se prefiere, que vinculan a todos los poderes públicos, incluido al propio legislador democrático*".<sup>6</sup> Esta definición se puede estudiar desde el punto de vista formal o material, pero en definitiva lo más importante es conocer que estos derechos, que de alguna forma integran la vida de las personas, tienen unas garantías concretas para su protección, así como unos cauces especiales para su restablecimiento en caso de vulneración: que sea desarrollado por Ley Orgánica tal como indica el artículo 81 CE<sup>7</sup>, protección ante la justicia ordinaria mediante un procedimiento preferente y sumario y, en último término, la posibilidad de interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Concretamente, el derecho a la intimidad personal y familiar viene enunciado en el artículo 18.1 CE en los siguientes términos: "*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*".

La intimidad en España, al igual que el resto de los derechos fundamentales, tiene un carácter limitado.<sup>8</sup> La doctrina española, de forma muy mayoritaria, afirma que en el ordenamiento jurídico español no existen derechos absolutos, sino que todos deben ser articulados en un sistema en el que sea posible el ejercicio de cada uno de ellos.

No hay ningún derecho fundamental ilimitado, y es que en todas las situaciones en las que se produce un choque entre dos derechos fundamentales, lo que hay que hacer es ponderarlos (es decir, sopesarlos), ya que apriorísticamente no hay ninguno que prevalezca sobre el resto pase lo que pase. De lo que se trata, es de hallar el punto de equilibrio entre ambos, sin llegar a caer nunca en el subjetivismo. Para poder aplicar la técnica de la ponderación en caso de que colisionen entre sí dos derechos fundamentales, es necesario tener en cuenta tres exigencias que deben darse: en primer lugar, hay que hacer un análisis minucioso de cada caso concreto (desde el punto de vista

<sup>6</sup> Díez (2008) pp. 36-37.

<sup>7</sup> Art. 81 CE: "*1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto*".

<sup>8</sup> GÓMEZ (2008) p. 133.



jurídico, y desde el punto de vista fáctico), ya que tal vez se pueda llegar a obtener una solución que no obligue a tener que sacrificar ninguno de los valores. En segundo lugar, y en caso de que no exista dicha salida, hay que determinar cuál es más digno de protección en esa situación. Para esto conviene establecer el grado en que cada uno de los valores en colisión está afectado, dándose prioridad al que esté poniendo en peligro aspectos más próximos a su núcleo central de significado o bien tomando en consideración el rango normativo. Y en tercer lugar, la ponderación no da una respuesta absoluta, ya que las ciencias jurídicas no son ciencias exactas, y es que de lo que se trata es de hallar el punto justo de equilibrio entre dos valores opuestos.<sup>9</sup>

En palabras de Juan Manuel Goig Martínez *“hoy en día, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia constitucional se ha admitido que no existen derechos ilimitados, sino que todo derecho tiene sus límites (...). La doctrina ha defendido la existencia de límites internos de los derechos y libertades, entendiendo por tales aquellos que derivan del propio concepto del derecho y de las facultades que de él derivan, bien determinados legalmente o por la propia Constitución, y límites externos, derivados no del propio concepto del derecho o libertad, pero necesarios para proteger este propio concepto o bienes protegidos constitucionalmente”*.<sup>10</sup>

Esta idea ha sido reafirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo garante en España de los derechos fundamentales, al afirmar que *“... el derecho a la intimidad personal (...) no es un derecho absoluto como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho (...)”*.<sup>11</sup>

En definitiva, la intimidad como derecho fundamental limitado se puede definir como un derecho subjetivo, de defensa y, además, tal como afirma Lucrecio Rebollo Delgado, como un derecho positivo, de rango superior en base a sus garantías y a su esencialidad, que se erige en uno de los fundamentos en los que el constituyente se basó para lograr la correcta convivencia social, deduciendo de todo ello la importancia que tiene la intimidad tanto por el ámbito que protege como por el fin al que obedece su protección.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Díez (2008) pp. 54-55.

<sup>10</sup> GOIG (2006) p. 36.

<sup>11</sup> STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ3.

<sup>12</sup> REBOLLO (2005) pp. 114 y 115.



## 2. **Desarrollo legislativo del derecho a la intimidad**

La Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (LO 1/1982, del 5 de mayo) ha sido la encargada del desarrollo legislativo del derecho a la intimidad personal y familiar dentro del ordenamiento jurídico español.

Este texto legal se preocupa fundamentalmente de establecer el ámbito de protección de la intimidad, definiendo para ello qué se consideran intromisiones legítimas e ilegítimas, así como todo lo referido al consentimiento del afectado dentro del ámbito del Derecho Civil.

En lo referente a las intromisiones, hay que comenzar explicando qué son las ilegítimas. Estas son aquellas en las que sí se produce una vulneración del derecho a la intimidad, haciéndose necesaria su reparación. Han sido enumeradas en el artículo 7.1 de la LO 1/1982, del 5 de mayo, en los siguientes términos: *“Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas. Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción. Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación de contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo. Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8,2 . Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Siete. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”*.

Todos los supuestos numerados en este precepto tienen un elemento común, y es que los hechos revelados, a pesar de suponer una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la persona afectada, son ciertos, porque si no lo fueran afectarían al derecho al honor.

Asimismo, a este respecto es necesario resaltar las reservas que tiene una parte de la doctrina española, que ha manifestado que este numerus clausus ha tenido poca efectividad en la práctica, debido al desfase que existe entre el mismo y la realidad que rodea al mundo actual, ya que según Lluís De Carreras Serra *“esta relación detallada no cierra otras posibilidades de intromisión que se podrían invocar por vía analógica. Según la opinión mayoritaria de la doctrina los avances tecnológicos y la cambiante consideración social sobre el contenido de los derechos estudiados, hace pensar que su protección ha de ser amplia y elástica, a fin de prever las posibilidades de nuevas formas de intromisión”*.<sup>13</sup>

Por otro lado, la ley también se encarga de recoger las intromisiones legítimas, que son la excepción a las ilegítimas. Estas son las que están autorizadas por ley o por una autoridad competente, además de todas aquellas en las que la información tiene un interés general. El art. 8.1 de la LO 1/1982, del 5 de mayo, dice que *“no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”*.

En este ámbito, el problema reside en determinar cuándo una información es de interés general, y por lo tanto, no constituye una intromisión ilegítima, y es que, tal como dice Margarita Castilla Barea *“ni el Tribunal Constitucional ni el Supremo se han preocupado de definir concretamente qué es el interés histórico, científico o cultural relevante susceptibles de prevalecer sobre el derecho (...), aunque sí parece claro que tienen la característica común de poder calificarse como intereses públicos, o lo que es lo mismo, intereses generales de la colectividad, de la ciudadanía considerada en abstracto”*.<sup>14</sup> En definitiva, habrá interés si es una información seria, trascendente, importante, en la que predomine el interés público sobre el derecho particular.

También será legítima toda intromisión que cuente con la autorización del titular del derecho afectado, ya que ha sido quien mediante sus propios actos ha permitido la violación de su intimidad otorgando el oportuno consentimiento. Esta idea es recogida en el art. 2.2 LO 1/1982, del 5 de mayo, en los siguientes términos: *“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso (...)”*.

---

<sup>13</sup> DE CARRERAS (2003) p. 134.

<sup>14</sup> CASTILLA (2011) p. 244.

Otra idea que es importante resaltar en este contexto de las intromisiones del derecho a la intimidad, es que la LO1/1982, del 5 de mayo, realiza una inversión del principio de la carga de la prueba; es decir, hasta la promulgación de este texto legal la responsabilidad civil se fundamentaba, en primer lugar, en probar que se había producido un daño, y posteriormente se hacía la reclamación. Pero el artículo 9.3 de la LO 1/1982, del 5 de mayo, invierte totalmente esta regla básica en el ámbito de la responsabilidad civil al enunciarse de la siguiente manera: *“La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”*.

Por lo tanto, será suficiente con que el demandante pruebe que se ha cometido una intromisión ilegítima, y con esto ya se presumirá que se ha producido un daño, momento en que nacerá el derecho a una indemnización por todos los perjuicios causados. Este mecanismo de protección del derecho a la intimidad, es más propio del orden jurisdiccional penal que del civil.

Otra de las cuestiones importantes que se encarga de regular la LO 1/1982, del 5 de mayo, es la referente a la titularidad del derecho a la intimidad. Los titulares del mismo serán las personas físicas única y exclusivamente, ya que es posición mayoritaria de la doctrina<sup>15</sup> afirmar que las personas jurídicas<sup>16</sup> carecen de derecho a la intimidad, aunque en supuestos muy concretos, como por ejemplo en lo relativo a la intimidad informática, se les pueda llegar a reconocer, aunque nunca en las mismas condiciones que a las personas físicas.

---

<sup>15</sup> Tal como afirma CONTRERAS (2012) p. 63: *“Por lo que respecta a las personas jurídicas, a la vista de los términos en los que, constitucionalmente, se han definido cada uno de los derechos de la personalidad, es claro que no son titulares del derecho a la intimidad. Estos derechos, por su propia naturaleza, solo corresponden a las personas físicas. Las personas jurídicas no tienen ni imagen ni intimidad”*.

<sup>16</sup> El artículo 35 del Código Civil establece que son personas jurídicas: *“1º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”*.

Además, hay que resaltar que los artículos 4 a 6 de la LO 1/1982, del 5 de mayo<sup>17</sup> recogen los supuestos de la titularidad *post mortem* del derecho a la intimidad, en donde dan libertad para ejercer este derecho a quien el titular haya designado en su testamento (aunque la ley explica que el testamento puede recaer en personas jurídicas, en el caso concreto de la intimidad esto no puede darse, ya que, tal como ha quedado explicado, las personas jurídicas no son titulares del derecho a la intimidad). En defecto de persona designada estarán legitimados los cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. Aunque en este punto se manifiesta el problema de que la ley no especifica hasta qué número de grado pueden ejercer las acciones los familiares citados, y si esta enumeración es o no jerárquica.

En definitiva, a pesar de todas las cuestiones relativas al derecho a la intimidad personal y familiar que la LO 1/1982, del 5 de mayo, se encarga de legislar, la posición doctrinal mayoritaria afirma que es una ley escasa e insuficiente, en la que se dejan abiertas grandes incógnitas, siendo la más notable el hecho de que no defina de forma clara y precisa el contorno de los derechos que está regulando (honor, intimidad y propia imagen). Siguiendo las palabras de Ignacio Bel Mallén vamos a resumir los cuatro puntos de mayor

---

<sup>17</sup> Art. 4 LO 1/1982, del 5 de mayo: “Uno. El ejercicio de las acciones de Protección Civil del Honor, la Intimidad o la Imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. Dos. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. Tres. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a la instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento”.

Art. 5 LO 1/1982, del 5 de mayo: “Uno. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la Protección de los Derechos del fallecido. Dos. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento”.

Art. 6 LO 1/1982, del 5 de mayo: “Uno. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta Ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo cuarto. Dos. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere”.

discrepancia y crítica doctrinal respecto de este texto jurídico: *“-El error que significa el intentar regular derechos tan diversos en un mismo texto legal, con un mismo régimen, aún cuando en la CE están yuxtapuestos los dos artículos (...). -La segunda de las críticas más generalizadas hacia la ley consiste en considerar que la ponderación que el texto concede al juez en la interpretación de cada caso, es excesiva, lo que ha ocasionado una clara contradicción jurisprudencial. Viene esto ocasionado por la ambigüedad del art. 2.1., uno de los más conflictivos de la ley, el cual establece que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia" (...). -La tercera censura le proviene del campo informativo. Tanto los medios informativos, como por supuesto, los propios profesionales y autores especializados en el tema jurídico-informativo, coinciden en que esta ley no viene a solucionar los problemas planteados por la dualidad del derecho en la CE, sino a agravarlos en gran medida, al fundamentar su contenido en la idea de los límites, sin tomar en consideración, en su verdadera esencia, el derecho a la información (...). -El cuarto y último punto de crítica lo constituye el hecho de que la Ley ha derivado, quizás por la falta del apoyo penal anunciado por ella misma, en una norma de claro signo patrimonialista, que ha conducido, por un lado a la pura negociación en temas tan delicados como el honor, la intimidad o la propia imagen, y por otro a la petición desmesurada de indemnizaciones escandalosas”*.<sup>18</sup>

#### **IV. PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD A PARTIR DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

A través de un minucioso estudio de las principales STC (Sentencia del Tribunal Constitucional) en materia de intimidad, se puede apreciar la evolución que ha tenido este derecho en la jurisprudencia española, que lo ha ido perfilando a lo largo de los años hasta convertirlo en un derecho imprescindible para que los ciudadanos puedan desarrollar su vida alejados de las miradas más indiscretas. Para Clemente García García es admirable *“... el esfuerzo que hace el TC para lograr la eficacia necesaria y demandada por la sociedad en pro de la protección de los derechos fundamentales y los de la personalidad en general, y de la intimidad personal y familiar en particular”*.<sup>19</sup>

En los años 80 el TC empieza a dibujar el concepto de intimidad personal y familiar como ese ámbito o reducto que tiene cada uno y que es

<sup>18</sup> BEL (1994) pp. 150 y ss.

<sup>19</sup> GARCÍA (2003) p. 187.

impenetrable para el resto.<sup>20</sup> Desde el principio es consciente de la importancia que tiene para una sociedad democrática, y de lo necesario de acotar su significado, ya que se puede producir una colisión con otros derechos fundamentales, toda vez que la intimidad actúa como límite de las libertades informativas<sup>21</sup>, tal como queda establecido en el art. 20.4 de la CE.<sup>22</sup>

Pero la intimidad no ha tenido un camino fácil hasta que se ha producido su total asentamiento social, ya que como se explica en la STC 171/1990, de 12 de noviembre<sup>23</sup>, se trata de un concepto jurídico indeterminado que evoluciona a la par que la sociedad, por lo que definirlo de forma exacta no es tarea fácil y exenta de polémicas.

<sup>20</sup> STC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ5: “(...) la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren y que no guarda por sí solo relación directa con la libertad de relacionarse con otras personas o derecho a tener amistades (...)”.

<sup>21</sup> STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ3: “La libertad de información es, sin duda, un derecho al que la Constitución dispensa, junto a otros de su misma dignidad, la máxima protección, y su ejercicio está ligado, como repetidamente hemos dicho (desde la STC 6/1981, fundamento jurídico 3.), al valor objetivo que es la comunicación pública libre, inseparable de la condición pluralista y democrática del Estado en que nuestra comunidad se organiza. Pero cuando tal libertad se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y, en este caso, la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público (STC 171/1990, fundamento jurídico 5., por todas), pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad. Tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de la otra”.

<sup>22</sup> Art. 20.4 CE: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

<sup>23</sup> STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ4: “Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial. Esta delimitación de los hechos y de sus efectos es el punto de partida para el juicio de este Tribunal”.



Es a partir de estos años (finales de la década de los 80, principios de la década de los 90) cuando se empieza a hablar en España de este concepto jurídico. A este respecto hay dos sentencias muy importantes, la STC 231/1988, de 2 de diciembre<sup>24</sup>, y la STC 197/1991, de 17 de octubre<sup>25</sup>, que sirven de estandarte al sentar jurisprudencia respecto de otra idea: que el derecho a la intimidad, además de proteger a cualquier persona física, también protege a su círculo familiar. Valga como ejemplo el Fundamento Jurídico 5 de la STC 143/1999, del 15 de julio: “(...) el derecho a la intimidad se extiende también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 CE protegen. No cabe duda de que ciertos sucesos que pueden afectar a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe, al respecto, un derecho –propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegido”.

Además, a partir de la década de los 90 la jurisprudencia refuerza la defensa de los derechos de la personalidad debido a su vinculación con derechos tan necesarios en un país democrático como la dignidad humana, la cual tiene que ser respetada para entender el resto de derechos fundamentales, porque si no se respeta al individuo dentro de la sociedad, este no puede desarrollarse libremente, no puede asegurar su libertad y nunca podrá haber un equilibrio social.

La dignidad ha sido recogida en las Constituciones de la mayor parte de los Estados democráticos, como por ejemplo en el artículo 10.1 de la CE que dice: “La dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los

<sup>24</sup> STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ4: “... esa intimidad no solo es propia del directamente afectado, sino que, por su repercusión moral, es también un derecho de sus familiares (...)”.

<sup>25</sup> STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ3: “Pero el derecho a la intimidad se extiende no solo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 protegen. No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de la personalidad (...)”.

*demás son fundamento del orden político y de la paz social". En palabras de Pedro Tenorio Sánchez "la obligación de protección del Estado respecto de la dignidad humana incluye la protección a través de apoyo material del propio Estado y protección frente a los ataques de terceros contra la dignidad humana. Por lo que se refiere al apoyo material del propio Estado, este debe asegurar unas condiciones mínimas para una vida digna de los ciudadanos que no están en condiciones de desarrollarse personal o socialmente (...). En cuanto a la protección frente a los ataques de terceros contra la dignidad humana, esta protección debe ser proporcional y corresponder a la forma, a la gravedad del peligro y a la intensidad de la violación. Esta protección se concreta por medio de una serie de prohibiciones y sanciones (...)"<sup>26</sup>*

Por su parte, la idea que asienta el TC a este respecto es que si no se protege el derecho a la intimidad de los ciudadanos no se puede hacer lo mismo con el derecho a la dignidad<sup>27</sup> que deben tener todas las personas por el mero hecho de serlo, ya que es un valor vinculado a la persona que debe ser examinado y ponderado en todos los casos.

Otra de las cuestiones reseñables en lo referente a la jurisprudencia constitucional en materia de intimidad, es que mediante los diferentes pronunciamientos se ha consolidado la idea de que este derecho es autónomo respecto del resto de derechos enunciados en el mismo precepto constitucional, es decir, que la intimidad es autónoma respecto del honor y la propia imagen, y es que, tal como afirma Mercedes Galán Juárez *"si el legislador no hubiera querido que fuera así, no se habría referido a ellos diferenciándolos de esta forma, sino que habría hablado de un derecho genérico a la 'vida privada', dejando al desarrollo jurisprudencial la matización respecto a cuándo esa 'vida privada' se tradujera en el honor, la intimidad o la propia imagen"*.<sup>28</sup>

Esta idea se consolida con el cambio de siglo, ya que es a partir del año 2000 cuando se puede encontrar esta doctrina en la mayoría de los

---

<sup>26</sup> TENORIO (2013) p. 71.

<sup>27</sup> El Tribunal Constitucional relaciona el derecho a la intimidad con el derecho a la dignidad de la persona en las siguientes sentencias: STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ3; STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ3; STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ3; STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ6; STC 200/1998, de 14 de octubre, FJ6; STC 134/1999, de 15 de julio, FJ5; STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ4; STC 81/2001, de 20 de marzo, FJ2; STC 121/2001, de 20 de mayo, FJ2; STC 156/2001, de 2 de julio, FJ4; STC 83/2002, de 22 de abril, FJ5; STC 99/2002, de 6 de mayo, FJ6; STC 14/2003, de 30 de enero, FJ4; STC 127/2003, de 30 de junio, FJ7.

<sup>28</sup> GALÁN (2005) p. 86.



pronunciamientos dictados en esta materia, terminando así con las dudas que orbitaban durante las primeras décadas de vigencia del TC, en las que no se separaba minuciosamente el contenido de cada uno de ellos. Pero en todos los pronunciamientos que ha dictado a partir del cambio de siglo, se puede encontrar un Fundamento Jurídico que hable de la necesidad de establecer una separación entre los tres conceptos, bajo la idea de que protegen ámbitos diferentes de la personalidad, es decir, que cada uno tiene una especificidad propia. Un claro ejemplo de esto es el Fundamento Jurídico 3 de la STC 156/2001, de 2 de julio, que reza: *“Los derechos al honor, a la intimidad y propia imagen, consagrados en el art. 18.1 de la Constitución, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas tienen, no obstante, un contenido propio y específico (...). El carácter autónomo de los derechos del art. 18.1 CE supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional”*.<sup>29</sup>

En definitiva, y tal como se explica en uno de los pronunciamientos más recientes que el TC ha dictado en materia de intimidad, este derecho se funda en la necesidad de garantizar *“la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, que puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2). Con unos u otros términos, nuestra doctrina constitucional insiste en que el derecho a la intimidad atribuye a su titular ‘el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida’ (entre otras, SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8), y, en consecuencia, ‘el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido’ (entre otras, SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2). La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado (...). Un criterio a tener en cuenta para determinar*

<sup>29</sup> Véase en este sentido las siguientes sentencias en las que el Tribunal Constitucional aclara que los derechos enunciados en el art. 18.1 CE son autónomos entre sí: STC 81/2001, de 20 de marzo, FJ2; STC 156/2001, de 2 de julio, FJ3; STC 83/2002, de 22 de abril, FJ5; STC 127/2003, de 30 de junio, FJ6; STC 14/2003, de 30 de enero, FJ4.

*cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno”.*<sup>30</sup>

Por lo tanto, según la línea jurisprudencial asentada y consolidada por el TC en los últimos años, se contempla la noción formal de la intimidad, que comprende ese reducto que queda alejado de las miradas ajenas, ese círculo donde cada persona es libre de actuar como desee, y que además, se agranda o empequeñece según las necesidades de cada uno, teniendo siempre muy presente que su tamaño también puede variar dependiendo de las diferentes etapas por las que atraviesan las personas a lo largo de su vida.

## **V. LOS CAMBIOS OPERADOS EN EL DERECHO A LA INTIMIDAD ESPAÑOL COMO CONSECUENCIA DE LA INFLUENCIA EJERCIDA POR EL DERECHO EUROPEO**

Hay que tener en cuenta que a pesar de que la CE se sitúa en el vértice del ordenamiento jurídico, el Derecho de la Unión Europea incide transversalmente en el derecho interno de los Estados miembros, aunque la Carta Magna siga ostentando su supremacía.

También hay que matizar que la influencia del derecho europeo en el ámbito de los derechos fundamentales, no significa que el poder judicial español pueda interpretar o aplicar artículos que sean contrarios a la Constitución de 1978, sino que si se diese este caso sería necesario reformar el texto de la Carta Magna.

El derecho a la intimidad en España se ha visto directamente influenciado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), que es el texto que se encarga de recoger los derechos fundamentales en el ámbito del Consejo de Europa, y por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000 (CDFUE), que se aplica en todos los países miembros de la UE.

Es importante aclarar una cuestión antes de proseguir con la explicación: todos los países de la UE forman parte del Consejo de Europa, pero no todos

---

<sup>30</sup> STC 12/2012, de 30 de enero, FJ5.

Esta idea actual de qué comprende el derecho a la intimidad dentro del ordenamiento jurídico español ha sido reiterado, entre otras, en las siguientes sentencias: STC 60/2010, de 7 de octubre, o en la STC 150/2011, de 29 de septiembre.

los países del Consejo de Europa forman parte de la UE, ya que para ingresar en esta última organización internacional de carácter regional, es imprescindible cumplir con los requisitos exigidos por la primera, especialmente en el plano económico, político y social.

Volviendo al derecho a la intimidad, el art. 8 CEDH dice que: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.

Respecto a sus límites, existe una postura clara y bien definida sobre en qué casos se puede permitir la restricción del derecho a la intimidad<sup>31</sup>, o sea, cuándo debe ceder frente a otro derecho fundamental con el que haya chocado. Para que esto sea posible es necesario que la injerencia cumpla con tres requisitos: que está prevista por la ley (existencia de una base legal en Derecho interno), que atienda a un interés legítimo y que sea necesaria para el correcto funcionamiento de una sociedad democrática (que sea útil, razonable o incluso indispensable).

Por su parte, el art. 7 CDFUE enuncia la intimidad en los siguientes términos: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”*.

Este último artículo, a diferencia del art. 8 CEDH, no recoge las limitaciones fundamentales que se deben tener en cuenta respecto del derecho a la intimidad, y por eso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene aceptado que las que vienen explicitadas en el segundo párrafo del texto que se encarga de recoger los derechos fundamentales en el seno del Consejo de Europa, también serán de aplicación en el ámbito de la Unión Europea.

Y es que, el Tribunal de la UE aplicó durante años el CEDH en materia de protección de derechos fundamentales. Esto es debido a que a pesar de que la CDFUE fue aprobada en el año 2000 de forma conjunta por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo, no fue hasta diciembre de 2009 cuando adquirió valor jurídico vinculante. Por lo tanto, hasta esa fecha

---

<sup>31</sup> Ruiz (1994) p. 89.

no podía ser invocada ante los tribunales de la UE, por lo que estos se valían del art. 8 CEDH para dictaminar si se había producido una vulneración en el derecho a la intimidad de algún ciudadano europeo. En palabras de Idoia Otaegui Aizpúrua *“hasta la entrada en vigor de la Carta, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJUE), a la hora de considerar si se había vulnerado o no el derecho de una persona a su vida privada y familiar solo podía considerar dicha vulneración –o no– en virtud del art. 8 CEDH, dado que hasta ese momento era el único texto normativo que regulaba dicho derecho fundamental y los derechos regulados en el mismo constituían (y constituyen) principios generales del Derecho de la Unión”*.<sup>32</sup>

Asimismo, es importante subrayar las similitudes que existen en el ámbito del derecho a la intimidad entre lo recogido por el CEDH y la CDFUE, y lo protegido por la CE, ya que los tres textos jurídicos parten de la misma idea básica: cada individuo tiene derecho a delimitar las zonas de su vida que quiere mantener alejadas de las miradas indiscretas, pero en la configuración europea el concepto es mucho más amplio, porque afecta tanto al ámbito interno como al externo de las personas.

Aunque en definitiva, la influencia del derecho europeo ha producido una ampliación del contenido del derecho a la intimidad en España, porque desde Europa se protegen aspectos que hasta el momento no se contemplaban dentro del ordenamiento jurídico español como parte de la intimidad. Dígase por ejemplo la férrea protección del domicilio de las personas, considerando que si un ciudadano no puede desarrollar su vida normal dentro de su hogar, debido a alguna injerencia exterior (problemas con el medio ambiente, contaminación acústica...), el Estado debe actuar y pone fin a dicha situación. Y es que, actualmente el ordenamiento jurídico europeo ha atravesado a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, provocando la aparición del constitucionalismo multinivel.

## CONCLUSIONES

Tras llevar a cabo un repaso tanto de los orígenes, como de la evolución que ha tenido el derecho a la intimidad personal y familiar en España, así como de la influencia que ha ejercido sobre él el derecho europeo, se va a proceder, a modo de conclusión, a delimitar y definir cuál es en la actualidad su contenido esencial dentro del ordenamiento jurídico español, que es el resultado de todos los aspectos estudiados en relación al mismo.

---

<sup>32</sup> OTAEGUI (2014) p. 147.

Hoy en día, el derecho a la intimidad comprende el espacio que cada uno quiere preservar alejado de las miradas indiscretas. Ese reducto privado e infranqueable que no debe ser violado en ningún caso, ni bajo ninguna circunstancia, y que protege tanto a la persona en sí misma considerada, como a su familia y a su círculo más cercano.

Asimismo, es importante incidir en que una de sus principales connotaciones es que es un dibujo que cada sujeto crea para sí mismo, y es que los ciudadanos son completamente libres de decidir qué partes de ese contorno conforman su propia intimidad, algo que, además, pueden ir modificando a lo largo de las diferentes etapas de su vida. Se conoce como un derecho de configuración constitucional que trata de convertirse en una garantía institucional del pluralismo y la democracia, una garantía para mantener el orden social.

Aunque no existe una idea unificada sobre qué contenido exacto protege el derecho a la intimidad en España, debido a que la ley que se encargó de su desarrollo (la LO 1/1982, del 5 de mayo) no lo delimitó, sí que es cierto, que los principales autores que han estudiado este tema se aproximan bastante entre sí a la hora de definirlo. Por ejemplo, para Lucrecio Rebollo Delgado *“el derecho a la intimidad hace referencia primariamente a un espacio restringido de libre disposición por parte del individuo. Pero su pleno desarrollo se da en relación a los demás, tanto para hacerlo valer, como para compartirlo (...). Pero el concepto de derecho a la intimidad no puede en ningún caso ser cerrado, es debido a esta conclusión a que la idea que se tiene de intimidad varía de una persona a otra, de un grupo a otro, de una sociedad a otra. Son elementos determinantes en su configuración la edad, la cultura, la educación, la comunidad en la que nos integramos. De entre ellos, el elemento de mayor influencia en la determinación del contenido esencial del derecho a la intimidad es la conformación social que de él realiza una sociedad en un momento determinado (...). Con lo manifestado, cabe entender al derecho a la intimidad como la protección de la autorrealización del individuo. Es el derecho que toda persona tiene a que permanezcan desconocidos determinados ámbitos de su vida, así como a controlar el conocimiento que terceros tienen de él. La intimidad es el elemento de desconexión social”*.<sup>33</sup>

Por su parte, Ignacio Bel Mallén afirma que *“hay que entender que la intimidad, el reducto personal o familiar, tiene la defensa establecida en el*

---

<sup>33</sup> REBOLLO (2005) pp. 93 y 94.

*querer de cada persona o unidad familiar, de no dar a conocer, de no posibilitar la información”.*<sup>34</sup>

El concepto de intimidad se basa en una concepción subjetiva y formal, ya que en la actualidad, debido a la evolución jurisprudencial que ha llevado a cabo sobre este derecho el TC, se ha abandonado la idea material que estuvo vigente en otras épocas. Y es que, se trata de algo muy personal como para que en su definición se puedan especificar de una forma tan cerrada qué parcelas de la intimidad están sujetas a protección y cuáles no.

Por su parte, el TC también ha consolidado el significado del derecho a la intimidad personal y familiar como ese espacio en el que cada persona es totalmente libre para actuar como estime conveniente y decidir qué parte de su privacidad va a mantener totalmente alejada del resto de la sociedad, siendo sus principales rasgos el hecho de que se trata de un derecho subjetivo, de defensa, positivo y estandarte para la concreción de la dignidad humana, pilar del Estado social y democrático español. Gracias a la evolución jurisprudencial, en la actualidad se ha abandonado la idea material que estuvo vigente en otras épocas.

En definitiva, la intimidad personal y familiar es esa parte de la vida que se quiere mantener alejada del conocimiento público, y que por lo tanto nadie tiene derecho a conocer, y mucho menos a difundir públicamente. Está conformada por la parte más interior de cada persona, por la zona más espiritual que le pertenece por naturaleza y que es necesario respetar para lograr el mantenimiento de una convivencia social pacífica y ordenada.

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

BEL MALLÉN, Ignacio (1994): “El principio de excepcionalidad (I): Los derechos personales”, en VV.AA., *Derecho de la información (II): Los mensajes informativos* (Madrid, Colex) capítulo 9.

CARRILLO, Marc (2012): “La intimidad en los viejos y nuevos medios de comunicación”, en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional* (Valencia, Tirant Monografías 786) pp. 187-210.

CASTILLA BAREA, Margarita (2011): *Las Intromisiones Ilegítimas en el Derecho a la Propia Imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión*

---

<sup>34</sup> BEL (1994) p. 140.

en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen (Navarra, Thomson Reuters).

CONTRERAS NAVIDAD, Salvador (2012): *La protección del Honor, la Intimidación y la Propia Imagen en Internet* (Navarra, Aranzadi).

DE CARRERAS SERRA, Lluís (2003): *Derecho español de la información* (Barcelona, UOC).

DÍEZ PICAZO, Luis María (2008): *Sistema de derechos fundamentales* (3ª edición, Navarra, Civitas).

FAYÓS GARDÓ, Antonio (2000): *Derecho a la intimidad y medios de comunicación* (Madrid, Cuadernos y Debates).

GALÁN JUÁREZ, Mercedes (2005): *Nuevas dimensiones de un viejo derecho* (Madrid, Universitaria Ramón Areces).

GARCÍA GARCÍA, Clemente (2003): *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional* (Murcia, Universidad de Murcia Servicio de Publicaciones).

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel (2006): *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid, Universitas).

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (2008): *Derecho Constitucional Europeo* (Madrid, Sanz y Torres).

OTAEGUI AIZPÚRUA, Idoia (2014): "Artículo 7: El derecho al respeto a la vida privada y familiar o el derecho a que nadie se inmiscuya en la esfera privada de las personas", en ORDEÑAÑA GEZURAGA, Ixusko (dir.), *La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español* (Navarra, Thomson Reuters) pp. 45-160.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio (2005): *El derecho fundamental a la intimidad* (Madrid, Dykinson).

ROMERO COLOMA, Aurelia María (2008): *La intimidad privada: problemática jurídica* (Madrid, Colección Scientia Iuridica).



RUIZ MIGUEL, Carlos (1994): *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (Madrid, Civitas).

TENORIO SÁNCHEZ, Pedro (2013): “Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 31: pp. 1-35.

WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis (1995): *El derecho a la intimidad* (trad. Benigno Pendás y Pilar Besalga, Madrid, Civitas).

### **NORMAS JURÍDICAS CITADAS**

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

Código Civil Español de 1889.

Constitución española de 1978.

Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, España.

### **JURISPRUDENCIA CITADA**

STC 73/1982, de 2 de diciembre, España.

STC 110/1984, de 26 de noviembre, España.

STC 231/1988, de 2 de diciembre, España.

STC 171/1990, de 12 de noviembre, España.

STC 197/1991, de 17 de octubre, España.

STC 20/1992, de 14 de febrero, España.

STC 143/1994, de 9 de mayo, España.

STC 200/1998, de 14 de octubre, España.

STC 134/1999, de 15 de julio, España.



STC 115/2000, de 5 de mayo, España.

STC 81/2001, de 20 de marzo, España.

STC 121/2001, de 20 de mayo, España.

STC 156/2001, de 2 de julio, España.

STC 83/2002, de 22 de abril, España.

STC 99/2002, de 6 de mayo, España.

STC 14/2003, de 30 de enero, España.

STC 14/2003, de 30 de enero, España.

STC 127/2003, de 30 de junio, España.

STC 89/2006, de 27 de marzo, España.

STC 60/2010, de 7 de octubre, España.

STC 150/2011, de 29 de septiembre, España.

STC 173/2011, de 7 de noviembre, España.

STC 12/2012, de 30 de enero, España.



# LA MUJER COMO (EVENTUAL) AUTORA DE UN DELITO DE VIOLACIÓN

*Women as (possible) author of a rape*

GONZALO JAVIER BASCUR RETAMAL\*  
Universidad de Talca  
Talca, Chile

**RESUMEN:** El presente trabajo examina la reciente discusión doctrinaria generada en el medio nacional respecto a la posibilidad de que una mujer pueda ser imputada como autora del delito de violación. Para ello, primero determina el lugar que esta figura ocupa en el sistema de los delitos relacionados con el comportamiento sexual. Luego, analiza el contenido de la acción típica del delito, habida consideración de su relevancia para el problema analizado y desarrolla las diferentes tesis que se han esbozado al respecto, finalizando con la articulación de las variantes interpretativas del eventual sujeto activo en relación con las tres modalidades tradicionales de autoría: (i) autoría directa o ejecutiva; (ii) autoría mediata, y; (iii) coautoría.

**PALABRAS CLAVE:** Autoría y participación, Abuso sexual, Delitos sexuales, Intervención delictiva, Violación.

**ABSTRACT:** *This paper examines the recent doctrinal discussion generated in the national sphere regarding the possibility that a woman can be charged as the perpetrator of the crime of rape. To do this, first it determines which place this figure occupies in the system of crimes related to sexual behavior. It then analyzes the content of the typical action of crime, taking account of their relevance to the*

---

\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Talca. Alumno del Programa de Magíster en Derecho Penal de la misma Casa de Estudios. Correo electrónico: <gonzalo\_bascur@hotmail.com>.

**Artículo recibido el 1° de febrero de 2016 y aceptado para publicación el 30 de abril de 2016.**

*problem analyzed and developing different thesis that have been outlined on the matter, finishing with the articulation of interpretative variants about the eventual active subject in relation to the three traditional forms of authorship: (i) directly or executive responsibility; (ii) indirect perpetration, and; (iii) co-authorship.*

**KEYWORDS:** *Authorship and participation, Sexual abuse, Sexual offenses, Criminal intervention, Rape crimes.*

## I. OBJETO Y RELEVANCIA DE LA MATERIA DE ESTUDIO

La actual descripción de la conducta del delito de violación<sup>1</sup>, tipificado en los Artículos 361 y 362 del Código Penal (en adelante CP), ha generado recientemente en la doctrina chilena una discusión centrada en validar o rechazar la posibilidad de que un individuo de sexo femenino pueda ocupar el lugar de sujeto activo del mismo<sup>2</sup>, específicamente respecto a la modalidad de autoría directa de carácter ejecutiva.<sup>3</sup> Sin perjuicio de lo anterior, este problema involucra asimismo indagar sobre el contenido y significado de la acción típica –o verbo rector– del delito: el acceder carnalmente. De ahí que uno y otro punto condicionen, en forma independiente y desde su propio campo de análisis, la existencia de este problema dogmático.

A nivel práctico, la relevancia de la solución que se adopte radica en la calificación jurídica que ha de otorgarse a dos precisos grupos de casos: (i) el acceso carnal que obtiene una mujer de un hombre (es decir, aquella que se hace acceder o penetrar por otro), mediante cualquiera de las circunstancias de ejecución tipificadas en el artículo 361 CP, y; (ii) la obtención de un acceso carnal –con o sin la configuración de tales circunstancias– de la mujer por un sujeto de edad inferior a 14 años.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> El texto vigente fue introducido por la reforma global del sistema de los delitos vinculados a la sexualidad efectuada por la Ley n° 19.617 de 1999. Para una perspectiva general de los cambios introducidos en la regulación. *Vid.*, RODRÍGUEZ (2006) pp. 1-4; GUZMÁN (2000) pp. 201-244; BASCUÑÁN (2013) pp. 423-425.

<sup>2</sup> BALMACEDA (2014) p. 215; CARRASCO (2007) pp. 140-147.

<sup>3</sup> En gran parte esta discusión fue avivada por la publicación en el año 2001 del ya conocido artículo del profesor Raúl Carnevali Rodríguez, seguido posteriormente, aunque con diferentes argumentos, por Garrido Montt. CARNEVALI (2001) pp. 13-18; GARRIDO (2010) pp. 273-278.

<sup>4</sup> CARRASCO (2007) p. 147; CARNEVALI (2001) p. 17.

Como se verá, las diferentes soluciones dogmáticas oscilan entre su imputación a título de violación<sup>5</sup> (propia e impropia<sup>6</sup>), abuso sexual<sup>7</sup> (propio e impropio, de carácter simple o agravado), los respectivos tipos penales no asociados directamente a determinada dimensión de la sexualidad<sup>8</sup> –que sirvan en concreto como figuras de recogida, tales como las amenazas condicionales (artículo 296 CP) o la coacción mediante violencia (artículo 494 n°16 CP)– e inclusive, la atipicidad de la conducta.<sup>9</sup>

Por lo anterior, resulta evidente que una u otra solución inciden significativamente en la perspectiva de condena del eventual imputado. De un lado, el especial estatuto sancionatorio –de carácter incapacitador– que presentan los delitos de connotación sexual, detonaría una serie de consecuencias secundarias: (i) resultarían aplicables las sanciones accesorias contempladas en los tres incisos del artículo 372 CP; (ii) la condena llevaría consigo el registro de huella genética establecido en la Ley N°19.970 (artículo 17 literal b) de la normativa); (iii) finalmente, respecto al eventual reemplazo de la pena privativa de libertad impuesta por alguno de los sustitutivos penales regulados en

<sup>5</sup> CARNEVALI (2001) pp. 17-18; GARRIDO (2010) pp. 271-278.

<sup>6</sup> En general, la distinción entre una y otra modalidad del delito de violación consiste en la diferenciación que reconoce el esquema legislativo para el tratamiento de los sujetos pasivos menores de 14 años. Tratándose de individuos mayores de aquel límite etario, la propiedad de la forma de ataque –en tanto violación–, se explica en las circunstancias comisivas que justifican su punibilidad, expresivas de la falta de consentimiento u oposición de voluntad de parte de la víctima respecto al acto de penetración corporal (numerales 1° a 3° del artículo 361 CP). En caso contrario, cuando el sujeto pasivo resulta ser un individuo menor de 14 años, lo impropio de la caracterización del acceso carnal –como violación– resultaría de la indiferencia de la configuración o no de las circunstancias de comisión reflejaría igualmente el carácter delictivo de una relación sexual plenamente consentida por los intervinientes. De esta forma el ejercicio consentido de la sexualidad por un menor de edad resulta equiparado valorativamente a su realización sin o contra su voluntad (artículo 362 CP). De ahí que se sostenga que el bien jurídico protegido por la violación propia sería diverso de la violación impropia: la libertad de autodeterminación sexual en el primer caso y la indemnidad sexual de los menores de edad en el segundo. En detalle: MALDONADO (2003) pp. 236-242. Para una detallada descripción acerca de este esquema interpretativo de carácter dualista, vid. MAÑALICH (2014) pp. 25-32.

<sup>7</sup> MATUS y RAMÍREZ (2014) pp. 314-315; RAMÍREZ (2007) pp. 4-5; RODRÍGUEZ (2014) pp. 255-256.

<sup>8</sup> Esta posición se infiere del desarrollo crítico de *lege ferenda* que efectúa Carrasco Jiménez, en relación a lo urgente que resultaría su tipificación como delitos sexuales *stricto sensu*. CARRASCO (2007) pp. 147-153.

<sup>9</sup> CARNEVALI (2001) pp. 17 y 18.

la Ley N°18.216, el artículo 1 inciso II establece una prohibición absoluta de su concesión a los autores de delito consumado de violación (artículos 361 y 362 CP), mientras que el artículo 15 bis literal b) limita la sustitución exclusivamente a la pena de libertad vigilada intensiva tratándose de los delitos de abuso sexual (artículos 365 bis, 366 y 366 bis CP), sólo en caso de que la pena a imponerse en concreto supere los 540 días y no exceda de 5 años de privación de libertad<sup>10</sup>. De otro lado, la solución de calificar los comportamientos a partir de las correspondientes figuras de recogida en definitiva aplicables, permite eludir este gravoso régimen sancionatorio complementario de manera que resultarían aplicables las normas generales en materia de penas accesorias y eventuales sustitutivos penales.

Asimismo, la cuestión exige pronunciarse respecto a la naturaleza jurídica del delito en relación a las posibilidades de imputación en el marco general de la teoría de la intervención delictiva (o autoría y participación). Sobre ello, la discusión conlleva determinar si la violación constituye un delito especial (o de sujeto activo cualificado) como también la posibilidad de conceptualizarla como un delito de propia mano. La importancia de optar por alguna de estas categorías dogmáticas repercute en la ampliación o restricción del círculo de sujetos activos más allá de la sola autoría ejecutiva directa. En concreto, permite discutir la configuración de situaciones de autoría mediata y coautoría<sup>11</sup> en relación a dos específicas conductas: (i) en relación a lo primero, el obligar a dos personas a mantener una relación sexual penetrativa; (ii) respecto a lo segundo, la ejecución de parte del sujeto activo de alguna de las circunstancias típicas del artículo 361 CP en conjunto a la acción de penetración que ejecute el respectivo coautor<sup>12</sup> o la configuración de alguna forma de colaboración punible tipificada en el artículo 15 N°1 o 3° CP.

---

<sup>10</sup> Lo cual implica que una pena en concreto, por la operación de las reglas sobre determinación legal o individualización judicial de la pena, que sea inferior a 540 días de privación de libertad, abre la opción de acceder –en principio, exclusivamente– al sustitutivo de reclusión parcial en sus diversas modalidades (es decir, diurna, nocturna o de fin de semana). La posibilidad de reemplazar la pena efectiva por la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena se encuentra condicionada por la amplitud o restricción que se otorgue a la limitación establecida en el inciso II del artículo 4 de la misma Ley, es decir, si la exclusión ahí señalada alude a los delitos en abstracto individualizados en el artículo 15 bis literal b), o bien a los delitos cuya pena en concreto exceda de 540 días ahí señalados.

<sup>11</sup> En relación a las limitaciones de los delitos de propia mano respecto a la autoría mediata, críticamente al respecto: CURY (2005) pp. 621 y 622. En general respecto a esta categoría típica: ROXIN (2014) p. 189.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ (2014) pp. 214 y 215, 255 y 256, 266 y 267.

## II. LA VIOLACIÓN COMO ACCIÓN SEXUAL AGRAVADA FRENTE AL ABUSO SEXUAL

Para un adecuado tratamiento del problema resulta esencial determinar el contenido de injusto de la violación. La tarea requiere contextualizar el papel de este delito en el esquema de los atentados de connotación sexual tipificados en el CP, sobre todo considerando la relación sistemática que presenta ante los tipos de abuso sexual, lo que a su vez conlleva determinar el fundamento de la especial significación que se otorga al acceso carnal frente a otras acciones de naturaleza sexual.

De acuerdo al esquema de incriminación vigente de los delitos sexuales, el legislador distinguiría, desde un punto de vista general, tres tipos o especies de atentados de relevancia sexual<sup>13</sup>: (i) actos de invasión mediante penetración corporal, considerados de mayor gravedad y tipificados como violación (artículos 361 y 362 CP), estupro (artículo 363 CP) o sodomía (artículo 365 CP); (ii) actos de contacto corporal sin penetración en sentido estricto, tipificados como delitos de abuso sexual (artículos 365 bis, 366 y 366 bis CP), y; (iii) actos de connotación sexual sin contacto corporal, tipificados como figuras diversas que incriminan comportamientos que vinculan a menores de edad con acciones de significación sexual (artículos 366 *quáter*, 366 *quinquies*, 367 y 367 *ter* CP).<sup>14</sup>

Existe consenso en nuestra doctrina en identificar para las especies delictivas (i) y (ii) un esquema dual de bienes jurídicos protegidos, dependiendo de la edad del sujeto pasivo afectado por la conducta. Así, tratándose de personas mayores de 14 años, el objeto jurídico protegido sería la libertad sexual entendida en forma negativa<sup>15</sup>, mientras que recayendo la conducta sobre un

<sup>13</sup> MALDONADO (2003) pp. 238-239.

<sup>14</sup> Se trata de cuatro figuras de compleja sistematización vinculadas al fenómeno de la expansiva oleada de criminalización para proteger al ejercicio de la sexualidad con o por menores de edad: (i) el involucramiento de menores de edad con acciones de relevancia sexual (artículo 366 *quáter* CP); (ii) la producción de material pornográfico en que hayan sido utilizados en su elaboración menores de edad (artículo 366 *quinquies* CP); (iii) la promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad (artículo 367 CP); (iv) la obtención de servicios sexuales consentidos de parte de un individuo de entre 14 y 18 años de edad (artículo 367 *ter*).

<sup>15</sup> Someramente, la denominación antedicha se enmarca en una crítica al sistema moderno de los delitos sexuales. Esta se enfoca a que si de seguirse a la doctrina mayoritaria, identificamos a la libertad sexual como especificación de la libertad general de acción, no se logra explicar el por qué sólo se protege en forma intensificada la sola faz negativa de

individuo menor de 14 años, el bien jurídico afectado sería la indemnidad sexual.<sup>16</sup> El delito de violación se enmarca en el grupo (i), constituyendo la infracción de mayor gravedad en este contexto. La figura se encuentra tipificada en los artículos 361 y 362 CP, distinguiéndose ambos tipos penales por la edad del respectivo sujeto pasivo y las circunstancias de comisión.

La definición de la acción típica de la violación se encuentra descrita en el inciso II del artículo 361 CP –que regula la denominada violación propia– en los siguientes términos: *“Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes: “Cuando se usa de fuerza o intimidación. 1° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse. 2° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima”*.

Por otra parte, el artículo 362 CP define la llamada violación impropia a partir de la siguiente descripción: *“El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior”*.

En contraste con estas disposiciones, los artículos 365 bis, 366 y 366 bis CP definen la conducta propia de los delitos de abuso sexual como la realización de una acción sexual que sea distinta del acceso carnal, características que se encuentran legalmente definidas en el artículo 366 ter CP: *“Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”*.

---

aquella libertad –el no ser constreñido a tolerar una relación sexual no consentida– mientras que la tutela de su faz positiva –el ejercicio libre de la sexualidad– quedaría reservada sólo para los delitos generales de amenazas y coacciones. MAÑALICH (2014) pp. 32-35.

<sup>16</sup> BASCUÑÁN (2013) pp. 25-27. Para una matización detallada de esta consideración global, identificando diversos criterios valorativos subyacentes al prevalente esquema dual, *vid.*, RODRÍGUEZ (2014) pp. 166-177. En el Derecho positivo existe un reconocimiento formal de esta dupla de bienes jurídicos según se desprende del artículo 6 n° 10 del Código Orgánico de Tribunales, disposición que establece como supuesto de aplicación extraterritorial de la Ley penal chilena *“los [delitos] sancionados en los artículos 366 quinquies, 367 y 367 bis n° 1, del Código Penal, cuando pusieren en peligro o lesionaren la indemnidad o la libertad sexual de algún chileno o fueren cometidos por un chileno o por una persona que tuviere residencia habitual en Chile (...)”*.



En virtud de una interpretación armónica de las disposiciones referidas, la violación aparecería como una especie de acción sexual calificada, inclusive portadora de una nomenclatura jurídica autónoma frente a los abusos sexuales. Esta afirmación resulta acertada por dos consideraciones principales en relación al injusto específico que ostenta este delito, una vinculada al significado social contemporáneo de la acción y otra de naturaleza histórica relativa al modelo de incriminación vigente de delitos sexuales.

En cuanto a lo primero, Maldonado Fuentes, aludiendo a la discusión parlamentaria que dio origen a la Ley N°19.617, señala que el preciso contenido de injusto que agravaría la conducta del delito de violación respecto al abuso sexual se explicaría en razón del desvalor objetivo de la acción: el empleo del órgano sexual masculino representaría un nivel de expresión de la sexualidad humana superior a la introducción de otros elementos u objetos. Esta acción resultaría asimilable valorativamente a una cópula sexual en sentido estricto, a diferencia de otras hipótesis asimilables o evocativas de procesos de mera naturaleza masturbatoria, como el abuso sexual.<sup>17</sup> Dicho de otra forma, el desvalor de la violación no radicaría en el mero hecho de invadir las referidas cavidades, sino en el contenido valorativo que se expresaría en la conducta ejecutada para lograr dicho objetivo: el delito se comete accediendo carnalmente a otro<sup>18</sup>, lo que culturalmente implicaría la máxima intensidad de expresión de la sexualidad humana.

Refiriéndose al significado cultural del delito, aunque desde otro punto de vista, Mañalich Raffo sostiene que el fundamento de injusto de la violación se explica en su conceptualización como un delito de objetualización. Concretamente, la conducta implicaría la reducción del *estatus* de persona de la víctima al de un simple objeto de uso para la satisfacción ajena.<sup>19</sup> En palabras de Gardner y Shute: *“El especial simbolismo de la violación penetrativa está asociado muy de cerca, en nuestra cultura, con el especial simbolismo*

<sup>17</sup> MALDONADO (2003) pp. 242-244.

<sup>18</sup> Nota de Maldonado Fuentes contraria a la posición sostenida por Garrido Montt. GARRIDO (2010) pp. 275 y 276, nota 535.

<sup>19</sup> Esta posición se basa en la consideración de un bien jurídico diverso a la autonomía sexual en su faz negativa, desprotegiendo el ejercicio libre de la sexualidad. Por ello, el autor identifica como el fundamento de la prohibición la afectación de la autonomía personal, pero entendida como un estado relacional de no-dominación por otros. El bien jurídico correlativo a esta ratio de incriminación sería la indemnidad sexual, en el preciso sentido de un estado situacional de no encontrarse la víctima bajo contacto sexual con una o más personas, estado que a su vez resultaría compatible con el pleno ejercicio de su potencial sexual. MAÑALICH (2014) pp. 39-45.

*de la actividad sexual penetrativa (...) El significado social de la subversión del sexo penetrativo –su subversión en la violación– tiende a reflejar el significado social del sexo penetrativo. Si este último es visto como la perfección de relaciones de sujeto-a-sujeto –a través del entrelazamiento más completo y literal de sí mismos–, entonces el primero puede bien llegar a representar un paradigma de relaciones de sujeto-a-objeto”.*<sup>20</sup>

Desde el plano del fundamento histórico que explicaría la consideración de la penetración genital masculina como atentado culturalmente agravado, Bascuñán Rodríguez ha enfatizado cómo el modelo actual de Derecho penal sexual resultaría de la síntesis que produjo el fenómeno de la codificación (siglo XIX) entre dos modelos marcadamente opuestos, generando focos de tensión entre principios sistemáticos aparentemente incompatibles entre sí.

De esta forma, en primer lugar se mantendrían resabios del antiguo modelo de la teología moral escolástica, caracterizado por concebir el delito sexual como una infracción al orden natural por un anormal ejercicio de la sexualidad, cuyo injusto consistiría en contradecir el paradigma natural representado por el coito vaginal heterosexual orientado exclusivamente a la reproducción de la especie. Por otra parte, el modelo también recogería manifestaciones del movimiento liberal ilustrado, caracterizado por haber replanteado el contenido de la ilicitud sexual como una especificación de los atentados contra la libertad general de acción. Resultado de esta síntesis, el modelo actual contenido en el CP consistiría en un esquema legislativo mixto (o de solución de compromiso) en que se tensionan la protección de la libertad sexual en su dimensión negativa (o abstención sexual) y el principio moralizante escolástico reflejado en la mantención de determinados delitos contra la moral social sexual. Muestra de esta dualidad sistemática sería la circunstancia de que, a efecto de la configuración de las distintas hipótesis delictivas, el CP otorgaría mayor prioridad al medio de ataque (la forma de ejercicio de la sexualidad), por sobre el objeto de ataque (el bien jurídico). Dicho de otro modo, la regulación graduaría la responsabilidad a partir de la específica forma de ejercicio de la sexualidad, relegando a un plano secundario el resultado de abuso que implicaría la conducta.<sup>21</sup> Por ello, Bascuñán

---

<sup>20</sup> *Ídem.*, pp. 44 y 45.

<sup>21</sup> BASCUÑÁN (1997) pp. 75-81. Una clara muestra de la superación de esta técnica de tipificación conforme a un esquema coherente de protección de la libertad sexual es el artículo 257 del Proyecto de Código Penal elaborado por la Comisión de 2013, que define la conducta basal del delito de abuso sexual como “*el que compeliere a una persona mayor de 14 años a tolerar la realización de una acción sexual sobre su cuerpo o a realizar una acción sexual con su cuerpo, o realizare una acción sexual sobre el cuerpo de esa perso-*

Rodríguez apunta como la reciente equiparación legal de la penetración anal y bucal a la penetración vaginal del artículo 361 CP, más que evidenciar la remoción de una diferenciación que figuraba como carente de sentido, en realidad reafirmaría la pervivencia de un remanente medieval en la conformación del injusto, vinculado a la idea de posesión masculina de la sexualidad femenina reflejo de la carga simbólica del horror cultural y legal hacia la imagen del coito vaginal forzado.<sup>22</sup>

A modo de conclusión provisional, la regulación de la violación refleja que a nivel cultural el acceso carnal constituye una acción sexual de naturaleza agravada, por sobre los delitos de abuso sexual, que inclusive ha producido la mantención de una nomenclatura jurídica autónoma, cuyo fundamento se retrotrae a una concepción medieval tradicional sobre el ejercicio de la sexualidad.

### III. LA CONDUCTA TÍPICA: ¿ACCEDER CARNALMENTE A OTRO O (TAMBIÉN) GENERAR UN ACCESO CARNAL POR OTRO?

Considerando los fundamentos que caracterizan a la violación como una especie agravada de acción sexual, pareciera que de la simple lectura de los Artículos 361 y 362 CP se desprendería con nitidez que la acción típica consistiría en el acto de penetrar a otro en alguna de las cavidades tipificadas. Sin embargo, el concreto significado del verbo rector “acceder carnalmente” ha dado origen a dos opiniones contrapuestas en la doctrina nacional.<sup>23</sup>

---

*na”, figura que se agrava cuando la acción sexual “sea la penetración genital de la boca, el ano o la vagina de la víctima”. De esta forma, a través del abandono del concepto de infracción sexual con el propio cuerpo como paradigma de delito sexual, el problema objeto de este trabajo queda zanjado legislativamente sin lugar a dudas posibilitando la imputación a título de autoría directa ejecutiva a una mujer del delito de abuso sexual grave (o violación, según nuestro texto vigente).*

<sup>22</sup> BASCUÑÁN (2013) pp. 418 y 419.

<sup>23</sup> Respecto al denominado elemento histórico en tanto criterio interpretativo basado en la discusión parlamentaria de la Ley N° 19.617, en principio serviría para respaldar ambas posiciones. Así, GARRIDO (2010) p. 272, señala: “La Ley fue cuidadosa al describir la acción, porque como se hizo constar en las actas de la Comisión respectiva y en el Parlamento mismo, la intención no fue restringir el sexo del agente del delito de violación y del delito de estupro al hombre, sino extenderlo a la mujer”. En el mismo sentido se pronuncian ARACENA y FLORES (2005) p. 233, aludiendo que es el criterio que se encontraría en armonía con el espíritu de la legislación. En clara oposición, MALDONADO (2003) p. 241, señala que durante la tramitación legislativa existen antecedentes en orden a limitar la acción típica a la introducción del pene en la vagina: “En este sentido, hay texto ex-

Para una posición minoritaria en nuestro medio<sup>24</sup>, la expresión indicaría que lo prohibido estaría dado por la obtención por el sujeto activo de una cópula sexual que involucre acceso carnal en alguno de los orificios típicos, con independencia de cual interviniente sea el que efectúa la penetración. La violación consistiría entonces, para esta tesis, en la producción de una cópula no consentida, entendiendo que el acceso carnal alude a la provocación de aquel estado de cosas en tanto efecto de la acción típica.<sup>25</sup>

---

*preso en el informe de la Comisión Mixta y en una parte de los informes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que permite sostener que el legislador quiso regular una conducta que implicara la ejecución del coito o cópula sexual, esto es, la ejecución de un acto sexual que comprometa la participación del órgano sexual masculino". La historia de la Ley ratificaría la posición de este autor. En este sentido, la Cámara de Diputados favoreció la redacción de la acción típica como "cualquier tipo de penetración sexual", teniendo como uno de sus objetivos "reemplazar el delito de violación, para considerar como sujeto activo o pasivo tanto al hombre como a la mujer", BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1999) p. 114. De esta forma "en la disposición aprobada en el primer trámite reglamentario, que mantiene las actuales penas, se considera como sujeto activo o pasivo del delito de violación tanto al hombre como a la mujer, con lo cual se les iguala, quedando ambos regidos por una misma conducta y por idénticas modalidades de ejecución", ídem. p. 118. Sin embargo, el Senado estimó que la acción típica debía concebirse como "acceso carnal", principalmente debido a que "del supuesto de que, desde un punto de vista de política criminal, sólo tiene sentido sancionar como 'penetración sexual' la penetración genital o coito, sea de la cavidad vaginal, que representa el caso paradigmático de violación, o de la cavidad anal, conductas que deben ser equivalentes en cuanto a la gravedad de la pena que se les asigne (...) Las demás formas de penetración que pueden darse, que se acercan más a la masturbación o remedo de coito, sea por la cavidad bucal o mediante la introducción en las cavidades vaginal o anal de objetos distintos del órgano sexual masculino son ciertamente conductas reprochables penalmente, pero como casos de abuso sexual genéricos, más o menos graves según las circunstancias. Además, podría estimarse que se afectaría el principio de legalidad si se aceptara consignar como descripción de la conducta la de tener acceso carnal mediante 'cualquier tipo de penetración sexual'; como lo ha propuesto la Cámara de Diputados", ídem. p. 514, siendo en definitiva, la tesis que se impuso.*

<sup>24</sup> CARRASCO (2007) p. 141.

<sup>25</sup> BULLEMORE y MCKINNON (2005) p. 188. Lo central en este punto es no confundir –como parecen hacerlo los autores– el efecto de lesión del bien jurídico con el resultado del delito como variable formal para considerar la consumación de la figura. La violación constituye formalmente –en su estructura típica– un delito de mera actividad y materialmente –en su nivel de menoscabo del respectivo bien jurídico– un delito de lesión. Así, MAÑALICH (2014) p. 48, precisa que la descripción de la acción de acceso carnal "identifica la acción en cuestión sin incorporar referencia a consecuencia causal alguna de esa

Existen dos planteamientos para sostener esta interpretación. Carnevali Rodríguez, en primer término, sostiene esta propuesta por la supuesta necesidad de interpretar en forma neutra la descripción de la acción típica, es decir, no asociada exclusivamente a la conducta activa de penetrar a otro, dado que la interpretación tradicional produciría una desigual protección de los bienes jurídicos subyacentes a la violación.<sup>26</sup> Esta inconsistencia de la regulación se produciría ya que las variantes de abuso sexual no serían aplicables al sujeto mayor de 14 años que se ve obligado a penetrar a la mujer –ni al menor que actuase de individuo accedente–, pues *“el tipo de abuso sexual en ningún modo incluye aquellos actos propios de la penetración (...) (y) tendríamos necesariamente que llegar a la conclusión que en el evento de que una mujer acceda carnalmente a un varón, por medio de la fuerza, por ejemplo, se trataría de una conducta atípica”*.<sup>27</sup>

El problema anterior, a mi juicio, surge exclusivamente del alcance que Carnevali Rodríguez otorga a la cláusula *“acción sexual distinta del acceso carnal”*, propia de la conducta del delito de abuso sexual, bajo la naturaleza de un elemento negativo de este tipo penal<sup>28</sup>. Desde esta perspectiva los ámbitos de aplicación de la violación y del abuso sexual se encontrarían en una relación de heterogeneidad o mutua exclusión: una acción constitutiva de uno u otro delito jamás podría subsumirse al mismo tiempo en ambas descripciones pues corresponderían a tipos de acción excluyentes entre sí, por lo que la posibilidad de una situación de concurso de delitos en unidad de hecho (concurso aparente o ideal) sería imposible.<sup>29</sup> La consecuencia que se extraería de esta interpretación sería que el acceso provocado por una mujer ante un hombre coaccionado o un menor de edad sería un hecho huérfano de tipo<sup>30</sup> y por ende, no sancionable.

De ahí que el criterio de la interpretación teleológica –la orientación del intérprete hacia el bien jurídico tutelado– operaría como el medio idóneo para delimitar aquellos supuestos que deben comprenderse dentro de

---

*misma acción. Especialmente indiciario de ello es el hecho de que una misma expresión lingüística –verbigracia: ‘el acceso carnal de X a Y’– pueda ser usada para designar tanto la acción ejecutada por X al acceder carnalmente a Y (en una determinada ocasión) como el resultado consistente en ser Y carnalmente accedido por X (en esa misma ocasión)”*.

<sup>26</sup> CARNEVALI (2001) pp. 16-17.

<sup>27</sup> *Ídem.*, p. 17.

<sup>28</sup> En igual sentido, CARRASCO (2007) pp. 147-152.

<sup>29</sup> Respecto al entendimiento tradicional de la relación lógico-formal en que se encuentran las variantes propia e impropia de la violación, MAÑALICH (2014) pp. 28 y 29.

<sup>30</sup> CARRASCO (2007) pp. 147 y 148.

la prohibición para brindar una adecuada protección del objeto de tutela<sup>31</sup>, de manera que *“el fin de la norma (de la violación) es comprender como un injusto punible, todos aquellos comportamientos que afectan el bien jurídico en cuestión, sin atender cómo se lleva a cabo el acceso carnal y quién lo realiza”*.<sup>32</sup>

El segundo planteamiento de la tesis minoritaria ha sido sostenido por Garrido Montt, para quien *“acceder carnalmente comprende los actos destinados a realizar la cópula, que asimila cualquiera de las modalidades enunciadas, y no únicamente al comportamiento activo de un hombre”*<sup>33</sup>, por lo que respecto a la conducta la Ley *“la extiende –entre otros casos– a la de una mujer que introduce ella misma el referido órgano a su vagina, ano o boca”*.<sup>34</sup> El soporte de esta lectura de la disposición se basaría tanto en la historia fidedigna del establecimiento de la norma, como también en el empleo de la fórmula acceso carnal, lo que evocaría toda producción de una penetración dirigida a obtener el orgasmo sexual de alguno de los que intervienen en la cópula, con total independencia de su concreto sexo.<sup>35</sup>

Ambas posiciones han sido objeto de fuertes críticas. La principal objeción contra la tesis de Carnevali Rodríguez ha sido la grave infracción al principio de legalidad que implicaría su aceptación. Para Matus Acuña y Ramírez Guzmán, extender el significado natural y obvio de la acción típica para *“mejor proteger el bien jurídico”*, conllevaría una infracción a la prohibición general de la interpretación analógica contra reo.<sup>36</sup> Lo anterior se explicaría por aplicación de las reglas generales sobre interpretación contenidas en el Código Civil (en adelante CC). Para estos autores, la articulación del criterio teleológico de interpretación de la Ley penal se recogería en el artículo 19 CC bajo la nomenclatura de la intención o espíritu de la disposición a interpretar, la que a su vez se identificaría con el objeto de protección que subyace a la regla concreta, en tanto expresión de la política criminal expresada en ella. De esta forma, si bien –en principio– resultan admisibles proposiciones interpretativas de las que resultase un incremento de campo de protección del bien jurídico en específico –como sostiene Carnevali Rodríguez–, la garantía derivada del principio de legalidad de prohibición de analogía impediría que la finalidad de protección se emplee para incorporar casos no comprendidos

---

<sup>31</sup> CARNEVALI (2001) pp. 14 y 15.

<sup>32</sup> *Ídem.*, p. 18.

<sup>33</sup> GARRIDO (2010) p. 275. Apoyan esta tesis, ARACENA Y FLORES (2005) p. 233.

<sup>34</sup> *Ídem.*, p. 275.

<sup>35</sup> *Ídem.*, pp. 271-276.

<sup>36</sup> MATUS Y RAMÍREZ (2014) p. 314.

en la literalidad de la Ley<sup>37</sup>: *“Es por eso que nosotros sostenemos que el delito de violación del artículo 361 CP no puede leerse tanto como la descripción del delito que comete ‘el que accede carnalmente’ como la de un delito consistente en ‘ser accedido carnalmente’, por mucho que en ambos casos se lesionen la integridad o la libertad sexual, ya que la Ley sólo castiga expresamente como violación el primero de los supuestos y no el segundo”*.<sup>38</sup>

En este sentido, Rodríguez Collao sostiene que, a diferencia de la amplia fórmula que emplea el artículo 179 del Código Penal español (*“cuando la agresión sexual consista en acceso carnal (...)”*), la restrictiva tipificación del artículo 361 inciso II CP impediría considerar como violación la provocación de un acceso carnal por una mujer, pues en este caso debería conferirse primacía al tenor literal de la Ley por sobre la intención de sus redactores, según dispone el artículo 19 CC.<sup>39</sup> En esta línea, Maldonado Fuentes precisa, aludiendo a las restricciones interpretativas que implica la vigencia del principio de legalidad, que la única forma de entender que la mujer pueda considerarse sujeto activo a título de autoría directa ejecutiva de la violación *“consistiría en modificar el concepto de lo que entendemos por ‘acceso’, considerándolo como algo diverso de la penetración o invasión”*.<sup>40</sup>

Contra la posición de Garrido Montt, Mañalich Raffo apunta que, de tomarse en serio la sintaxis de la descripción de la conducta típica, esta requeriría que el accedente penetre alguna de las cavidades localizadas en el cuerpo del accedido, por lo que resultaría imposible considerar como autor

<sup>37</sup> *Ídem.*, pp. 341 y 342.

<sup>38</sup> *Ídem.*, p. 342.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ (2014) p. 187, nota 22. Clarificador resulta la explicación de BUSTOS (1991) p. 115, quien comentando el Código Penal español (previo al modelo de 1995) señala que: *“pareciera que no hay obstáculo para ello (la consideración de la mujer como autor directo ejecutivo), al igual que en el estupro, pues la expresión acceso carnal no exige que la penetración sea necesariamente por parte del sujeto activo (cfr. Vega, p. 40-41), sino que basta con que éste logre el acceso y, por tanto, basta con que logre ser penetrado. Ahora bien, la ratio de la violación, expresada claramente en la gravedad de la pena, implica que un acceso carnal de una mujer respecto de un hombre, si es que se da en los hechos, haya de considerarse en general sólo como una agresión sexual. Sólo sería diferente el caso cuando se tratase de un menor de edad, pues en tal situación sí que la afeción de su sexualidad resulta de la gravedad manifestada en el tipo de violación”*. Asimismo, Cox (2003) p. 74, nota 208.

<sup>40</sup> MALDONADO (2003) p. 245.



de la acción de violación a un sujeto que ocupa el lugar de accedido y de víctima a quien ocupa el lugar de accedente.<sup>41</sup>

Por todo lo anterior me inclino por admitir la doctrina mayoritaria, reconociendo como significado de la expresión acceso carnal una caracterización proactiva de la acción consistente en penetrar a otro.<sup>42</sup>

#### IV. EL SUJETO ACTIVO (AUTOR) DE LA ACCIÓN DE PENETRACIÓN

De acuerdo a lo desarrollado, el acceso carnal consistiría en introducir el órgano sexual masculino en el ano, vagina o boca de la víctima. Por ende, la acción típica en sí misma, con prescindencia de las consideraciones propias de la teoría de la intervención delictiva, limitaría desde un comienzo el círculo de posibles ejecutores.

Sin embargo esta consideración anatómica no significaría necesariamente que sólo un individuo de sexo masculino pueda ser considerado sujeto activo del delito, en el preciso sentido de autor directo ejecutivo o de propia mano, como sostiene la doctrina mayoritaria<sup>43</sup>, pues bastaría que al momento de realización de la conducta el autor sea “falo-portador”, lo que ciertamente permitiría incluir a sujetos de sexo femenino cuyo organismo presente una variante de intersexualidad –o hermafroditismo–.<sup>44</sup>

La precisión anterior sobre la modalidad de autoría a la que se ha enfocado principalmente este problema resulta importante, pues sólo aquella resultaría condicionada por la interpretación del verbo rector. Sin embargo, la teoría de la autoría presenta otros problemas específicos que permiten ampliar esta controversia.

Como resulta conocido, en doctrina se define como sujeto activo al individuo a quién se atribuye la realización del tipo penal a título de autor<sup>45</sup>, en un sentido relativamente amplio. La referida extensión de este concepto se explica en el reconocimiento tradicional de tres diferentes modalidades de

---

<sup>41</sup> MAÑALICH (2014) p. 49. Detalladamente respecto a la incorrección gramatical que significa aceptar la tesis minoritaria, CARRASCO (2007) pp. 144-147.

<sup>42</sup> MALDONADO (2003) p. 245.

<sup>43</sup> GUZMÁN (2000) pp. 217-219; MALDONADO (2003) pp. 244-246; BULLEMORE y MACKINNON (2005) pp. 186-188; MATUS y RAMÍREZ (2014) p. 314; RODRÍGUEZ (2014) pp. 186-189.

<sup>44</sup> MAÑALICH (2014) p. 50.

<sup>45</sup> CURY (2005) p. 249.



autoría<sup>46</sup>: (i) la autoría directa o ejecutiva; (ii) la autoría mediata y (iii) la coautoría. Por lo mismo, a continuación se revisarán estas categorías en relación a su posibilidad de imputación a una mujer.

### 1. *¿La violación como delito de propia mano?*

Sin perjuicio de lo anterior, resulta imprescindible tomar posición en forma previa al análisis de las variantes de autoría, sobre la naturaleza jurídica de la violación en relación a un problema integrante de la teoría de la intervención delictiva. Me refiero a la posible conceptualización de la violación como un delito de propia mano<sup>47</sup>, debido a que, de acogerse tal consideración, eventualmente, se restringiría la imputación exclusivamente a título de autoría directa.

Los delitos de propia mano han sido definidos como aquellos en que *“sólo puede ser autor quien ejecuta físicamente el hecho descrito por el tipo”*<sup>48</sup>, cerrándose el paso a la posibilidad de cometer el delito a través de

<sup>46</sup> CURY (2005) p. 595; ROXIN (2014) p. 75. Si bien ambos autores representan sendos exponentes de la denominada teoría del dominio del hecho para diferenciar al autor de los partícipes, la tripartición resulta también extrapolable a construcciones dogmáticas alternativas para la reconstrucción de las categorías de intervención delictiva.

<sup>47</sup> Defiende esta posición, MAÑALICH (2014) pp. 45-48. Indirectamente se desprende del análisis de la regulación (universal) vigente en BASCUÑÁN (2013) pp. 407-410, 415-420. Similar pareciera ser la postura de MATUS y RAMÍREZ (2014) p. 328, para quienes en el delito de violación *“por su propia naturaleza se excluye la autoría mediata: en el caso de quien contrata a otro para que viole a una mujer, sólo puede ser castigado como inductor. No existe autoría mediata, ya que el inductor no tiene el dominio del hecho. Sin embargo, el tipo se extiende con la complicidad y, sobre todo, con la participación por la vía del autor-cooperador del artículo 15 N° 3, donde puede castigarse como autores a personas que por sí mismas no pueden realizar la penetración, como el caso de la mujer que aplica la fuerza para que otro acceda carnalmente a la víctima”*. Los incluyo en este grupo debido a su interpretación del artículo 15 n° 3 como una regla que asimila comportamientos propios de complicidad a supuestos de autoría, por lo que en estricto rigor, también excluirían la coautoría del delito de violación. Sin embargo, la calificación de la conducta de la mujer que aplica fuerza a la víctima más bien –bajo su propia interpretación del artículo 15 n° 1 CP– sería un claro ejemplo de co-dominio funcional del hecho, resultando curiosa su consideración como supuesto regulado en el artículo 15 n° 3 CP. POLITOFF *et al.* (2004) pp. 418-420.

<sup>48</sup> CURY (2005) p. 621.

otro<sup>49</sup> y, por tanto, excluyendo su imputación a título de autoría mediata y coautoría.<sup>50</sup>

Esta categoría dogmática, a juicio de un sector relevante de la doctrina, pareciera carecer de un fundamento conceptual unitario que justifique su mantención como instrumento de reconstrucción de la Ley penal<sup>51</sup>, aunque –pese a ello– siga considerándose como una clasificación presente en la literatura científica.<sup>52</sup> El principal inconveniente para su mantenimiento en este contexto es que su aplicación al campo de los delitos contra la libertad sexual resultaría incompatible el preciso contenido de antijuridicidad propio de este bien jurídico.<sup>53</sup> En la medida que el desvalor de estos comportamientos mayo-

---

<sup>49</sup> GÓMEZ (2006) p. 15; MAÑALICH (2014) p. 46.

<sup>50</sup> GÓMEZ (2006) p. 15; MAÑALICH (2014) p. 46; ROXIN (2014) p. 189. De ahí que resulte contradictorio reconocer la naturaleza de la violación como delito de propia mano y admitir la posibilidad de configurar una situación de coautoría, como lo hacen ARACENA y FLORES (2005) p. 241.

<sup>51</sup> A modo ejemplificativo, GÓMEZ (2006) pp. 16-36, sistematiza sus alternativas históricas de justificación en dos grupos de argumentos. En primer lugar, teorías formales ligadas a determinadas características expresas de la descripción típica (las teoría del movimiento corporal, del tenor literal y de la intensidad criminal), criticadas en general por desvincular su fundamento del contenido de injusto (material) de cada figura. En segundo lugar, aparecen las denominadas teorías materiales, donde destacan las posiciones de Herzberg (teoría de la especial referencia al autor y elementos personales referidos a valores), Schünemann (teoría de la auto-descalificación del autor ante la colectividad) y Roxin. La posición de ROXIN (2014) pp. 189-197, amerita un breve desarrollo, ya que su más reciente sistematización pone de relieve el dudoso estatus dogmático de esta categoría. En efecto, Roxin distingue tres grupos de delitos de propia mano: (i) delitos ligados a conductas que no menoscaban bien jurídico alguno –o de simple inmoralidad– (como el incesto); (ii) delitos de derecho penal de autor (como la vagancia) y; (iii) delitos de infracción de deberes altamente personales (como el falso testimonio), también denominados delitos de propia mano impropios porque resultan concebibles como un subgrupo de delitos de infracción de deber, y por ende, a cuyo respecto se aplican los criterios de autoría de tal construcción dogmática. Actualmente, MAÑALICH (2014) pp. 45-48, defiende en la doctrina nacional una fundamentación que se aparta de las teorías clásicas en la materia. Si la descripción de la acción típica implica una alteración de la situación en que se encuentra el propio agente (como la violación de morada y el incesto), a modo de una caracterización auto-involucrante en la ejecución del tipo, se bloquea la posibilidad de que el ejecutor pueda verse representado por la agencia de otra persona en su ejecución.

<sup>52</sup> COX (2003) p. 277; CURY (2005) p. 621.

<sup>53</sup> Enfático al respecto se expresa ROXIN (2000) p. 455, en el contexto del Derecho penal alemán: *“Ahora bien, tales resultados [las afectaciones del bien jurídico específicamente*

ritariamente se radica en el menoscabo de la libertad de abstención sexual<sup>54</sup>, la admisión de los delitos de propia mano significaría trasladar o mutar esta moderna concepción a un desvalor que sería propio del primitivo modelo de la teología moral escolástica, consistente en sancionar el uso prohibido del placer sexual.<sup>55</sup> En concreto, dado que la lujuria sería un pecado de tacto sólo podría ser autor quien interviene con su propio cuerpo en el delito, pues lo esencial de esta clase de ilícitos no sería el acto de coacción sobre otro, sino el desorden del ejercicio de la sexualidad y de obtención de placer sexual.<sup>56</sup>

La explicación previa, evidencia la completa incompatibilidad de este modelo con la concepción actual y mayoritaria del injusto propiamente “sexual”, así como de la necesidad de descartarla como parámetro interpretativo de los tipos vigentes. En la medida que el contenido de antijuridicidad de los delitos sexuales sea el involucramiento no consentido de una persona en un contexto de significación sexual<sup>57</sup>, pareciera inconsistente con esta finalidad de protección exigir el contacto genital directo por sobre el acto de constre-

---

*de naturaleza sexual] son absolutamente dominables o codominables por aquellos que no ejecutan de propia mano la acción típica completa. Por eso, en la distinción entre autoría y participación el principio del dominio del hecho vuelve por sus fueros. Una delimitación con arreglo a principio distinto –en función del respectivo matiz de inmoralidad– no puede ser aquí determinante, pues la misión del legislador de un Estado de Derecho tiene que ser siempre primordialmente la protección de bienes jurídicos; la inmoralidad no le interesa por sí misma, sino a lo sumo por sus consecuencias. Por eso, aquel que tiene el resultado en sus manos es la figura central del suceso de la acción”.*

<sup>54</sup> RODRÍGUEZ (2014) pp. 136, 142 y ss.

<sup>55</sup> En este sentido, COX (2003) pp. 276-278, refiriéndose al delito de abuso sexual, apunta que *“una correcta lectura de los distintos tipos potencialmente incorporables a esta categoría nos lleva a concluir que, en realidad, sólo aquellos que protegen ‘bienes jurídicos’ como la moralidad u otros similares pueden ser catalogables como tales, en atención a que la impronta y disvalor de la inmoralidad es intraspasable: la estructura moral sólo puede verse afectada por acciones intrínsecamente inmorales del autor (...) [la no admisión de la autoría mediata en el delito de abuso sexual resultaría carente de sentido] El disvalor y el atentado al bien jurídico se producen igualmente, y parece más razonable atender a tal afectación que al inmediato causante”.* También así lo entiende, CURY (2005) p. 622: *“Así, por ejemplo, nada obsta a la existencia de autoría mediata mediante coacción, en el caso de una violación, pues aquí el hombre de atrás ataca, sirviéndose del instrumento, la libertad sexual de la víctima, sin que nada importe que él no experimente la satisfacción de ejecutar el acceso carnal, pues lo que en este caso se reprueba es el quebrantamiento de la voluntad contraria del ofendido u ofendida, y no la obtención de un placer prohibido”.*

<sup>56</sup> BASCUÑÁN (2013) pp. 408-410.

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ (2014) pp. 142-152.

ñimiento sobre la libertad de otro. Desde esta perspectiva, Cox Leixelard, refiriéndose al delito de abuso sexual, apunta que *“una correcta lectura de los distintos tipos potencialmente incorporables a esta categoría [delitos de propia mano] nos lleva a concluir que, en realidad, sólo aquellos que protegen ‘bienes jurídicos’ como la moralidad u otros similares pueden ser catalogables como tales, en atención a que la impronta y disvalor de la inmoralidad es intraspasable: la estructura moral sólo puede verse afectada por acciones intrínsecamente inmorales del autor (...) [la no admisión de la autoría mediata en el delito de abuso sexual resultaría carente de sentido]. El disvalor y el atentado al bien jurídico se producen igualmente, y parece más razonable atender a tal afectación que al inmediato causante”*.<sup>58</sup> También así lo entiende Cury Urzúa al señalar que *“nada obsta a la existencia de autoría mediata mediante coacción, en el caso de una violación, pues aquí el hombre de atrás ataca, sirviéndose del instrumento, la libertad sexual de la víctima, sin que nada importe que él no experimente la satisfacción de ejecutar el acceso carnal, pues lo que, en este caso, se reprueba es el quebrantamiento de la voluntad contraria del ofendido u ofendida, y no la obtención de un placer prohibido”*.<sup>59</sup>

De ahí que un sector relevante de la doctrina nacional se incline por considerar a la violación como un delito en que resulta admisible tanto la autoría mediata como la coautoría<sup>60</sup>, resultando limitada la ejecución a título de autoría directa exclusivamente a individuos dotados biológicamente de pene, restricción que no derivaría de la naturaleza jurídica del delito (su contenido de injusto), sino que por el medio de ataque específicamente tipificado en el CP, consideración que fluye de las restricciones interpretativas que impondría la vigencia del principio constitucional de legalidad.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> COX (2003) pp. 276-278.

<sup>59</sup> CURY (2005) p. 622.

<sup>60</sup> BULLEMORE y MCKINNON (2005) p. 186; RODRÍGUEZ (2014) pp. 215-216. Implícitamente, CURY (2005) p. 622.

<sup>61</sup> RODRÍGUEZ (2014) p. 216, añade algunas consideraciones, más bien de justicia material que estrictamente dogmáticas, para validar esta interpretación: *“si se acepta el castigo, a título de autor de violación, de quien ejerce en contra de la víctima la fuerza o la intimidación necesarias para llevar a cabo el acceso carnal, no se alcanza a comprender por qué no habría de adoptarse el mismo predicamento respecto de quien fuerza a aquel que ha de realizar la penetración, y menos aún si la fuerza es ejercida conjuntamente (a través de un mismo acto) en contra del autor y de la víctima. Cabe agregar, finalmente, que si toda la doctrina acepta la figura de la instigación aplicada al delito de violación, que, entre nosotros, es castigada con la misma pena correspondiente a los autores, resulta inexplicable que un comportamiento más grave, como es la autoría mediata, no vaya a recibir también el mismo trato penal”*.

Lo anterior implica que la violación tampoco constituiría un delito especial (o de sujeto activo cualificado). Como bien expresa Gómez Martín: *“En ambas clases de delitos se produciría una limitación del círculo de posibles sujetos activos del delito. Sin embargo, mientras que en los delitos especiales la restricción de la esfera de autores se produciría mediante la exigencia legal de que concurran en el sujeto activo determinadas cualidades, propiedades o relaciones, en los delitos de propia mano podría ser autor cualquiera, pero sólo cabría autoría directa, nunca autoría mediata o coautoría”*.<sup>62</sup>

De ahí que la violación constituye un delito común cuya sola acción típica requiere de una condición biológica específica. Considerar a la violación como un delito especial significaría excluir la posibilidad de que una mujer pudiese ejecutar alguna de las circunstancias abusivas descritas por el legislador o, dicho de otra forma, que sólo un sujeto dotado de pene estaría calificado para emplear violencia o intimidación sobre otro mientras que otro sujeto (de sexo masculino) accede carnalmente a la víctima. Como se verá, esta opinión es resistida mayoritariamente por la doctrina nacional. En síntesis, y de acuerdo a la interpretación mayoritaria del injusto de la violación, esta es un delito común, rechazándose su adicional caracterización como un delito de propia mano.

## **2. Violación y modalidades de autoría**

Bajo la conceptualización de la violación como un delito común, cabe ahora examinar su articulación dentro de las categorías de autoría reconocidas por el Derecho penal vigente, examinando su viabilidad de imputación a un individuo de sexo femenino.

### *A) AUTORÍA DIRECTA O EJECUTIVA*

De acuerdo a lo ya –latamente- desarrollado, por regla generalísima, la mujer no puede ser autora de propia mano de la acción penetrativa.<sup>63</sup> La excepción, sería la inverosímil posibilidad de que se configurase una situación

<sup>62</sup> GÓMEZ (2006) p. 15.

<sup>63</sup> Explícitamente, AGUILAR (2005) p. 13, incluyendo la nota 11, señala: *“el sujeto activo (...) debe ser necesariamente un varón imputable, puesto que el acceso carnal sólo puede llevarlo a cabo uno de aquellos, que es el único que puede introducir su miembro viril en la cavidad vaginal, anal o bucal de una mujer o un hombre, según corresponda (...) sin perjuicio de los casos de co-autoría y otras formas de participación, en que se puede concebir la asistencia de una mujer, de acuerdo al artículo 15, 16 y 17 CP”*. En contra, según lo ya expuesto, GARRIDO (2010) pp. 271-276.

de *vis absoluta* (o de ausencia de acción en el instrumento)<sup>64</sup>, en que la mujer se sirviese del cuerpo de un hombre como instrumento inanimado para penetrar a la víctima.<sup>65</sup>

A partir de la interpretación mayoritaria del verbo rector, la que aquí favorezco, surge la cuestión de cómo sancionar la denominada *violación inversa*<sup>66</sup>, consistente en el supuesto de que una mujer coaccione a un hombre para que la acceda carnalmente, es decir, que use fuerza o intimidación para ser penetrada (artículo 361 N°1 CP).

La consecuencia de la postura dominante es rechazar la posibilidad de calificar tal hecho como violación. Sin embargo nada impediría considerar la comisión de un delito de abuso sexual.<sup>67</sup> Esta alternativa surge de la relación concursal en que se encontrarían la violación y el abuso sexual. La provocación de la situación de parte del accedido, implicaría la realización de una acción sexual (de relevancia) sobre el accedente mediante el empleo de fuerza o intimidación, en los términos del artículo 366 inciso I en relación al artículo 361 N°1 CP. Para sostener esta posición, Mañalich Raffo plantea una interpretación de la cláusula “distinta del acceso carnal” de los artículos 366 y 366 bis que posibilitaría su consideración como abuso sexual, variante que también debería ser apreciada tratándose el accedente de una persona menor de 14 años (artículo 366 bis CP).

Esta tesis consiste, en contra de la doctrina que la estima como un elemento negativo del tipo de abuso sexual<sup>68</sup>, considerar la expresión como una regla de subsidiariedad expresa para la fundamentación de un concurso

---

<sup>64</sup> CURY (2005) p. 596. Así, BOLEA (2000) p. 149, “es de advertir, sin embargo, que el empleo de para cometer el delito de otra persona cuya voluntad queda completamente anulada nos remite a la autoría inmediata individual o unipersonal (supuestos en que no se aprecian siquiera alternativas de acción). En dicho caso no es necesario acudir a la autoría mediata porque la persona de delante es perfectamente equiparable con una fuerza inanimada”.

<sup>65</sup> El ejemplo fue propuesto por Mañalich Raffo en las X Jornadas Nacionales de Derecho Penal, celebradas en la Universidad de Talca, el día 20 de noviembre de 2015.

<sup>66</sup> CARRASCO (2007) pp. 141 y 142.

<sup>67</sup> CARRASCO (2007) pp. 147 y 148, niega esta posibilidad señalando que se trataría de un forzamiento artificioso del principio de tipicidad. Sin embargo, su tesis asume que el delito de abuso sexual contendría un elemento negativo del tipo frente a la violación, lo que como se verá, no resulta compartido en este trabajo.

<sup>68</sup> CARNEVALI (2001) pp. 16-18; CARRASCO (2007) pp. 147-153.

aparente entre la violación y el abuso sexual<sup>69</sup>: es decir, que la acción constitutiva de violación operaría como *lex specialis* por sobre la *lex generalis* de los tipos de abuso sexual, es decir, manifestaría un criterio de especialidad reglamentado expresamente por el legislador para la solución de un concurso aparente de delitos, que otorgaría primacía a la norma de sanción de la violación.<sup>70</sup> En el mismo sentido Ramírez Guzmán señala: “*Su función [de la cláusula de exclusión] consiste en determinar la relación concursal con los delitos precedentes, vale decir, la violación, estupro y sodomía. (...) En materia de violación, el delito está limitado a un sujeto pasivo varón, de acuerdo a una línea de interpretación que resulta ser mayoritaria entre nosotros, quedando fuera de este tipo penal aquellas conductas cuyo sujeto activo es una mujer, por lo que constituirían abuso sexual*”.<sup>71</sup> Esta interpretación de la cláusula de exclusión se condice con la sistematización legislativa de la violación como acción sexual agravada, precisamente en razón del mayor desvalor objetivo

<sup>69</sup> Implícitamente: MAÑALICH (2014) pp. 49-50, nota 114. En igual sentido aunque de forma menos clara, COX (2003) p. 153, señala: “*Mientras se mantenga la situación tal cual está [sin modificar el verbo rector de la violación], lo más aconsejable parece ser incluir la hipótesis de un acceso carnal provocado por una mujer dentro de la normativa de los abusos sexuales, interpretación que no resulta forzada a la luz del texto legal. En efecto, los artículos en cuestión hacen referencia a una actuación del sujeto activo que no puede consistir en acceder carnalmente a otra persona, situación radicalmente distinta a la que nosotros conjeturamos: abuso consistente en que otra persona acceda carnalmente al abusante. Está claro que se trata de una acción sexual y es, en estos términos, distinta del acceso carnal, por lo que, si se dan los requisitos del artículo 366 ter, sería encuadrable dentro de los tipos penales estudiados*”.

<sup>70</sup> En igual línea, RODRÍGUEZ (2014) p. 256: “*Si el acceso carnal es valorado como el más grave de los atentados en contra de la indemnidad sexual de una persona, resulta ilógico pensar que la voluntad de la Ley sea dejar impunes las modalidades de aquel comportamiento que no fueren susceptibles de incluirse en los tipos de estupro y violación, en circunstancias de que otros atentados menos graves en contra del mismo bien jurídico sí reciben sanción precisamente a título de abuso sexual. La intención de la norma obviamente no puede ser ésa; y la única forma de atribuir un sentido lógico a la exclusión que formulan los artículos 366 y 366 bis, es entender que su propósito (evidente, por lo demás, en el texto) es delimitar claramente el ámbito del delito de abuso sexual respecto de los delitos de violación, estupro y, eventualmente, sodomía; y, sobre esta base, entender que lo excluido no es el acceso carnal, sino aquellas formas de acceso carnal castigadas a título de estupro, violación o sodomía. De manera, entonces, que la acción sexual constitutiva del delito que ahora nos ocupa puede consistir en un acceso carnal, con tal de que éste no sea de aquellos que resultan captados por los tipos anteriormente aludidos y siempre que importe una forma de abuso de una persona sobre otra*”.

<sup>71</sup> RAMÍREZ (2007) pp. 3-5.



de la conducta<sup>72</sup>, el que no se daría en el caso de la denominada “violación inversa”, y resultaría compatible tanto con la doctrina dominante como con los autores que consideran al delito como de propia mano.

Lo anterior demostraría que la mencionada laguna de punibilidad denunciada por Carnevali Rodríguez y Carrasco Jiménez, sólo resultaría de una errónea comprensión de las relaciones concursales entre las descripciones de los tipos de violación y abuso sexual.<sup>73</sup>

#### B) AUTORÍA MEDIATA

Como ya se adelantó, una parte relevante de la doctrina nacional admite la posibilidad de configurar una situación de autoría mediata de violación por parte de una mujer.<sup>74</sup> Se define al autor mediato como el que ejecuta un hecho propio a través de otro cuya conducta es instrumentalizada.<sup>75</sup> Sintéticamente, esta modalidad de autoría respondería a una específica estructura de imputación consistente en la producción un determinado déficit de responsabilidad penal en un instrumento actuante (u hombre de adelante), de manera que la ejecución inmediata del delito resultaría “mediada” por una acción (u omisión) del hombre de atrás. Por lo anterior, habría una reconducción del comportamiento del instrumento al ámbito de responsabilidad del autor mediato, basada en la competencia de este último por la específica circunstancia que impide atribuir responsabilidad al primero.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> MALDONADO (2003) pp. 242-244.

<sup>73</sup> Lo problemático de considerar expresiones como elementos negativos del tipo y no cláusulas de subsidiariedad expresa se refleja en las insatisfactorias consecuencias prácticas que se derivan ante las situaciones de error de tipo. Así, de entender como elemento negativo del tipo la expresión “*el que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior*” del artículo 391 CP, quien mata a su padre habiéndose representado como objeto de ataque a un extraño, bajo una situación de error invencible, no realizaría el tipo penal de homicidio por falta de tipicidad objetiva (no se mata a “otro”), como tampoco el tipo penal de parricidio por falta de imputación subjetiva. SZCZARANSKI (2013) pp. 501-502.

<sup>74</sup> BULLEMORE y MCKINNON (2005) p. 186; RODRÍGUEZ (2014). 215-216. Implícitamente: CURY (2005) p. 622.

<sup>75</sup> COUSO y HERNÁNDEZ (2011) p. 389. En la terminología de la dominante (entre nosotros) teoría del dominio del hecho, se trataría del dominio mediato del acontecer a través de la instrumentalización de otro, variante denominada por ROXIN (2014) p. 84, como dominio de la voluntad.

<sup>76</sup> MAÑALICH (2010 b) pp. 396-411.



En el Derecho chileno, la opinión dominante sitúa a la autoría mediata en la primera parte del artículo 15 n°2 CP, referida a “los que fuerzan (...) directamente a otro” a “ejecutar” el hecho.<sup>77</sup> De esta forma, bajo el concepto legal de “forzamiento” tendrían cabida las diferentes variantes de instrumentalización. No obstante que se han sistematizado diversas hipótesis a título de autoría mediata<sup>78</sup>, tratándose del delito de violación cobra relevancia la generación de un déficit de responsabilidad en la etapa categorial de atribución de culpabilidad. Me refiero a las denominadas variantes de configuración de una situación de necesidad exculpante en el instrumento.<sup>79</sup> En este caso específico, el autor mediato ejecutaría una acción constitutiva de un delito de coacción sobre el hombre de adelante, generando una situación de exculpación que bloquearía la posible atribución de culpabilidad en la ejecución del acceso carnal<sup>80</sup>, doblegando su voluntad mediante la creación de una situación de inexigibilidad de otra conducta.<sup>81</sup> Dicho de otra forma, el hombre de atrás, empleando violencia o intimidación obligaría al hombre de adelante a llevar a cabo el comportamiento.<sup>82</sup> En términos de nuestra legislación, se ha entendido que la “fuerza” exigida en el artículo 15 N°2 CP captaría el empleo de *vis* compulsiva para configurar la situación de inexigibilidad en el instrumento, sea por la causal de fuerza irresistible o miedo insuperable del artículo 10 N°9 CP<sup>83</sup> o por la comprensión del artículo 10 N°11 CP como una situación de estado de necesidad exculpante.<sup>84</sup>

El caso concreto atinente a la violación consistiría en que el autor mediato “obligaría” a dos personas mediante fuerza o intimidación a mantener una relación sexual penetrativa. De ello surge entonces el problema de cómo deben ser calificadas las acciones ejercidas por la mujer sobre accedente y accedido.

De acuerdo a la tesis mayoritaria que no concibe a la violación como un delito de propia mano, debería considerarse un concurso ideal entre el delito de abuso sexual ejecutado contra el accedente y el delito de violación sobre

<sup>77</sup> COUSO y HERNÁNDEZ (2011) p. 391.

<sup>78</sup> *Ídem.*, pp. 389-399.

<sup>79</sup> BOLEA (2000) pp. 253-257; CURY (2005) pp. 598-601; ROXIN (2014) pp. 85-91.

<sup>80</sup> En abstracto, MAÑALICH (2010 b) pp. 396-403.

<sup>81</sup> CURY (2005) p. 598.

<sup>82</sup> BOLEA (2000) pp. 253-257.

<sup>83</sup> COUSO y HERNÁNDEZ (2011) p. 391.

<sup>84</sup> Para un acertado resumen de la reciente discusión nacional sobre el alcance del artículo 10 n° 11 CP, *vid.* NÁQUIRA (2015) pp. 619-621.

el accedido.<sup>85</sup> Lo interesante del caso es que uno y otro título de imputación serían realizados en autoría mediata: el ejercicio de intimidación contra ambos generaría una situación de coacción que menoscaba dos bienes jurídicos personalísimos: el accedente resultaría ‘abusado sexualmente’ por la acción de tolerar la penetración de parte del accedido, mientras que el accedido resultaría ‘violado’ por la penetración del accedente. Debido a la descarga de responsabilidad de cada coaccionado por exculpación, el autor mediato resultaría competente por el suceso, el que se ha verificado bajo una situación de unidad de hecho, pues se evidencia con nitidez la convergencia de dos infracciones a través de un mismo suceso en sentido natural (concurso ideal heterogéneo, artículo 75 inc. 1 CP).

Para la tesis minoritaria que adscribe a la caracterización de la violación como un delito de propia mano (lo que se extendería naturalmente al abuso sexual<sup>86</sup>), dado que el peso del injusto propiamente sexual recaería exclusivamente en la interacción corporal (o ejecutivamente auto-involucrante) del agente sobre las cavidades de la víctima, dado que el ejemplo no presentaría compenetración sexual alguna entre autor y los respectivos objetos de la acción, esta dimensión de antijuridicidad no se verificaría, restando valorar la conducta como dos atentados de naturaleza coercitiva, es decir, como delitos contra la libertad.<sup>87</sup> Por ello, el título de imputación únicamente podría re-

---

<sup>85</sup> Esta sería la solución coherente con el modelo de la violación como un delito contra la autodeterminación sexual no considerado de propia mano. Así lo expresa BASCUÑÁN (1997) p. 83, pese a no sostener tal solución.

<sup>86</sup> Así se desprende de la crítica de BASCUÑÁN (2013) p. 426, al moderno derecho penal sexual, que centra el peso de injusto sexual en la sola constatación del contacto físico entre dos cuerpos, lo que constituiría una mera concepción naturalista del abuso sexual. En contra se manifiesta RODRÍGUEZ (2014) p. 267, nota 76, citando los antecedentes históricos de la tipificación del abuso sexual: “*La Comisión Mixta, en efecto, junto con estimar que la expresión “cualquier” (acto de significación sexual) que utiliza el artículo 366 ter, permite comprender la realización de la conducta por medio de otra persona, optó por dejar al desarrollo jurisprudencial la determinación de las formas de autoría mediata que resulten compatibles con aquella definición y con lo dispuesto por el artículo 15 del C. Penal (Informe de la Comisión Mixta, pp. 25-26)*”.

<sup>87</sup> Esta es una conclusión natural que se desprende del propio sistema vigente de incriminación del derecho penal sexual, es decir, como un híbrido entre el modelo medieval y los impulsos liberales (o más recientemente, reformistas) de modernización. En la medida que sea el acto lujurioso el concepto central de la regulación y no el acto coercitivo o abusivo, las conductas de interacción ilegítima sin fricción corporal o genital necesariamente deben quedar excluidas de los delitos de abuso sexual (en sentido amplio). En este sentido: BASCUÑÁN (1997) pp. 82-83.

caer en el delito de coacción mediante amenaza (o amenazas condicionales, artículos 296 y 297 CP) o en el delito-falta de coacción mediante violencia<sup>88</sup> (artículo 494 N°16 CP), en igualmente régimen de concurso ideal de delitos.

### 4.3. Coautoría

En doctrina suele definirse a la coautoría como la realización conjunta del delito por los intervinientes.<sup>89</sup> La recepción legislativa de esta categoría dogmática ha significado un ejercicio interpretativo sobre las modalidades de autoría definidas en los numerales 1 y 3 del artículo 15 CP, mayoritariamente interpretadas por la doctrina y jurisprudencia nacional a través de la teoría del dominio del hecho en su variante desarrollada por Claus Roxin.<sup>90</sup>

Tratándose de la violación, el caso aquí relevante consiste en que dos o más sujetos se dividen organizadamente, aún de forma espontánea, fragmentos de la realización del delito. Para este análisis, resulta importante resaltar previamente la estructura formal de la violación. La acción típica propiamente tal –el acceder carnalmente–, al menos en el caso de la variante “propia” del delito, en principio resultaría completamente lícita existiendo voluntad libre y consentimiento entre los intervinientes. Ella debe realizarse acompañada de alguna de las circunstancias de comisión que le otorgan su preciso contenido de antijuridicidad<sup>91</sup>, las que se encuentran legalmente establecidas en los numerales 1° a 3° del artículo 361 CP: (i) uso de fuerza o intimidación; (ii) cometerla cuando la víctima se halla privada de sentido; (iii) aprovechar la incapacidad –preexistente– de oposición al acceso por la víctima; (iv) abusar de la enajenación o trastorno mental de la víctima.<sup>92</sup>

Bajo la perspectiva mayoritaria, sólo un hombre o un individuo que presente una variante de hermafroditismo puede realizar la acción típica en el contexto de una ejecución conjunta o planificada del hecho bajo división del trabajo.<sup>93</sup> Sin embargo, esta circunstancia no excluye la posibilidad de que una mujer ejecute la prestación complementaria del ejercicio de violencia o

<sup>88</sup> La solución dependerá del criterio demarcatorio que se adopte para considerar el concreto modo de coacción como violencia (artículo 494 n° 16 CP) u amenaza (artículo 296 y 297 CP). MAÑALICH (2010a) pp. 73-81; MATUS y RAMÍREZ (2014) 227-228.

<sup>89</sup> COUSO y HERNÁNDEZ (2011) p. 399.

<sup>90</sup> BASCUR (2015) pp. 193-212.

<sup>91</sup> MALDONADO (2003) p. 236.

<sup>92</sup> RODRÍGUEZ (2014) pp. 189-203.

<sup>93</sup> La estructura de la coautoría, de acuerdo a ROXIN (2014) p. 147, quedaría determinada por tres requisitos centrales: (i) la existencia de un plan conjunto o común de ejecutar el

intimidación sobre la víctima mientras el coautor masculino la accede carnalmente<sup>94</sup>, en los términos del artículo 15 N°1 primera parte CP. A lo anterior, debe añadirse la posibilidad de que la prestación realizada por la mujer consista en desplegar acciones impeditivas de auxilio por terceros (artículo 15 N°1 segunda parte CP: impidiendo o procurando impedir que se evite la ejecución del hecho)<sup>95</sup> o tareas periféricas (como actos calificados de vigilancia) con un peso de injusto –o dominio del hecho– que amerite la subsunción en los casos del artículo 15 N°3 CP (el que concertado previamente actúa facilitando los medios o presenciando su ejecución).<sup>96</sup> Igual consideración resulta extensible a la variante “impropia” de violación (artículo 362 CP).

La solución desde la perspectiva minoritaria que concibe a la violación como delito de propia mano resulta distinta. Si el injusto de la violación depende de la ejecución personal de la acción típica, la realización por la mujer de la acción coercitiva resultaría jurídicamente desvinculada del contenido sexual de antijuridicidad de la violación.<sup>97</sup> Ella no ejecutaría de propia mano el contenido del tipo, por lo que tanto acceso carnal como las circunstancias

---

hecho; (ii) una ejecución conjunta del hecho y; (iii) una contribución esencial prestada en la fase ejecutiva.

<sup>94</sup> MALDONADO (2003) p. 245; BULLEMORE y MCKINNON (2005) p. 186, 188; MATUS y RAMÍREZ (2014) p. 325; RODRÍGUEZ (2014) p. 215. Indiciariamente, aunque no explicitando a la mujer como sujeto activo: YÁÑEZ (1975) pp. 36-37. Al respecto, RODRÍGUEZ (2014) p. 215, apunta: *“es preciso recordar que los tres numerandos de este artículo giran en torno a la idea de ejecución del hecho, expresión esta última no sólo hace referencia al núcleo conductual del tipo, sino a cualquier otro comportamiento que fuere necesario para la consumación del delito. Por ello, el empleo de fuerza física, por ejemplo, también forma parte del hecho descrito en el tipo de violación; y como en la realización de aquel comportamiento puede intervenir tanto un hombre como una mujer, resulta que ésta, en verdad, se encuentra habilitada para asumir la calidad jurídica de autora del delito de violación, en cualquiera de las hipótesis de autoría que la norma citada contempla”*.

<sup>95</sup> BASCUR (2015) pp. 211-212.

<sup>96</sup> Existe una corriente mayoritaria en la doctrina que interpreta el numeral 3° del artículo 15 CP como situaciones de complicidad asimiladas sólo a efecto de la pena a imponer (y no en su estructura accesoria) a casos de autoría. En detalle: BASCUR (2015) pp. 206-212. En contra de ello y exigiendo considerar los requisitos sustantivos para configurar coautoría, propone una lectura restrictiva de la disposición: COUSO y HERNÁNDEZ (2011) pp. 406-408.

<sup>97</sup> ROXIN (2000) p. 435, denuncia este problema, en relación al delito de actos lúbricos con animales: *“Asimismo cabe construir fácilmente casos de ejecución conjunta –por ejemplo, uno sujeta al animal para que otro realice el acto lúbrico– en los que resulta innegable la presencia del dominio del hecho funcional, pero en los que el cooperador, sin embargo, no es autor”*.

comisivas deberían coincidir en el sujeto activo para que se configurase el delito de violación.<sup>98</sup> De esta forma, la intervención de la mujer sólo podría ser calificada en principio como un acto de complicidad (artículo 16 CP) en el delito principal de violación, punible alternativamente, dependiendo del contexto, como un atentado contra la salud individual, generalmente a título de lesiones menos graves (artículo 399 CP) o como un atentado contra la libertad, a título de coacción mediante violencia (delito-falta del artículo 494 N°16 CP) o coacción mediante amenaza (artículo 296 CP). Lo anterior, en virtud de un concurso aparente entre la forma de intervención menos intensa (participación) y la de mayor gravedad, zanjado a favor de la aplicación de la norma de sanción de la segunda.<sup>99</sup>

## CONCLUSIONES

1. En el contexto de nuestra regulación vigente, la violación constituye un atentado agravado de contacto corporal de naturaleza sexual. Acorde a ello, la interpretación de la acción típica como el acto de invasión mediante el pene en alguna de las cavidades tipificadas (ano, boca o vagina) del cuerpo de la víctima es la que, a mi juicio, y tanto por consideraciones de texto legal como de contenido de antijuridicidad material, se adecúa más satisfactoriamente al diseño legislativo.
2. La afirmación de que generar un acceso carnal por otro constituye un vacío legal a título de atentado de relevancia sexual resultaría erróneo. La superación de este problema consiste en interpretar la cláusula de exclusión del delito de abuso sexual como la especificación de una cláusula de subsidiariedad expresa para regular las eventuales situaciones concursales entre los delitos de abuso sexual y las demás acciones sexuales tipificadas.
3. En lo que concierne a la teoría de la intervención delictiva, sin perjuicio de la restricción biológica que impone la tipicidad de la acción típica, la violación admite ser interpretada a través de la mayoritariamente aceptada teoría del dominio del hecho como un delito común (o de dominio) que permite su comisión en autoría directa, autoría mediata y coautoría.

---

<sup>98</sup> Indirectamente, ROXIN (2000) pp. 453 y 454.

<sup>99</sup> Para POLITOFF *et al.* (2004) p. 463, la situación correspondería a un concurso aparente solucionado mediante el principio de consunción, en la variante de acto acompañante copenado. En el derecho alemán, se considera un caso de subsidiariedad material o tácita. ROXIN (2014) pp. 1010-1011.

4. La exigencia de penetración masculina no implica considerar a la violación como un delito de propia mano. Esta última categoría apunta a una restricción del círculo de posibles autores basada en el contenido de injusto del delito, que actualmente no resultaría admisible bajo el moderno paradigma de antijuridicidad de los delitos de connotación sexual: la libertad de abstención sexual y la indemnidad sexual de los menores en su concepto tradicional.
5. Habida consideración de los aspectos previamente desarrollados, no existiría mayor restricción que la derivada del principio de legalidad para articular las diferentes variantes de intervención delictiva en el delito. De esta forma, los casos discutidos de autoría de una mujer en el delito de violación se resuelven de la siguiente forma<sup>100</sup>:
  - a. Por regla general la mujer no puede ser autora directa de violación. El caso en que una mujer coacciona a un hombre para que la penetre (denominado como 'violación inversa'), la provocación de un acceso carnal no consentido debe calificarse como abuso sexual coercitivo, en los términos del artículo 366 inciso I en relación al artículo 361 N°1 CP.
  - b. La mujer puede ser autora mediata de violación. Tratándose del caso en que esta coacciona a dos personas para que mantengan una relación penetrativa, debe apreciarse un concurso ideal (artículo 75 inciso I CP) entre el delito de abuso sexual (artículo 366 inciso I en relación al artículo 361 N°1 CP) contra el accedente y el delito de violación contra el accedido (Artículo 361 en relación al artículo 15 N°2 CP), ambos realizados en autoría mediata en virtud del ejercicio de coacción sobre el instrumento.
  - c. La mujer también puede ser coautora de un delito de violación. En caso de división funcional de la realización del delito, solamente –por aplicación del principio de legalidad– quedaría excluida de realizar de propia mano la acción típica, lo cual no obsta a: (i) el ejercicio conjunto de violencia o intimidación sobre el accedido (artículo 15 N°1 primera parte CP); (ii) la prestación de acciones impeditivas de cursos salvadores efectuados por terceros (artículo 15 N°1 segunda parte CP) y; (iii) la prestación complementaria de medios esenciales, materiales o inmateriales, para la ejecución del hecho (artículo 15 N°3 primera parte) o de acciones periféricas tales como actos calificados de vigilancia o coordinación ejecutiva (artículo 15 N°3 segunda parte CP).

---

<sup>100</sup> Todas las cuales resultan extensibles a las variantes impropias de violación o abuso sexual sin la concurrencia de las circunstancias comisivas tipificadas en el artículo 361 CP.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR ARANELA, Cristian (2006): *Manual de Delitos Sexuales: Legislación chilena, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Metropolitana).
- ARACENA MORALES, María Lorena y FLORES FRÍAS, Melva (2005): *Tratado de los Delitos Sexuales* (Santiago, Editorial Jurídica La Ley).
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2014): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago, Editorial Librotecnia).
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2013): "La inconsistencia del Derecho Penal sexual moderno", en MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (coord.), *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, Editorial Universidad de Chile) pp. 405-433.
- \_\_\_\_\_ (1997): "Problemas básicos de los delitos sexuales", *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, número especial: pp. 73-94.
- BASCUR RETAMAL, Gonzalo (2015): "Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del Derecho Penal chileno", *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 23: pp. 175-226.
- BOLEA BARDÓN, Carolina (2000): *Autoría mediata en Derecho Penal* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- BULLEMORE, Vivian y MCKINNON, John (2006): *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III (Santiago, Editorial Lexis Nexis).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1991): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (2° edición, Barcelona, Editorial Ariel).
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2001): "La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica", *Gaceta Jurídica*, n° 250: pp. 13-18.
- CARRASCO JIMÉNEZ, Edison (2007): "El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales", *Ius et Praxis*, n° 2: pp. 137-155.
- COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2011): *Código Penal Comentado: Libro Primero (artículos 1° a 105), Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Legal Publishing).



COX LEIXELARD, Juan Pablo (2003): *Los abusos sexuales. Aproximación dogmática* (Santiago, Editorial Lexis Nexis).

CURY URZÚA, Enrique (2005): *Derecho Penal Parte General* (8° edición, Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile).

GARRIDO MONTT, Mario (2010): *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III (4° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2006): "Pertinencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 17: pp. 11-43.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2000): "Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile", *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta (1999-2000)*: pp. 201-244.

MALDONADO FUENTES, FRANCISCO (2003): "Tratamiento de la nueva regulación de los delitos sexuales", en VV.AA., *Problemas actuales de Derecho Penal* (Temuco, Imprenta Austral) pp. 227-265.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2010a): *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).

\_\_\_\_\_ (2010 b): "La estructura de la autoría mediata", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. XXXIV: pp. 385-414.

\_\_\_\_\_ (2014): "La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el Derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas", *Ius et Praxis*, n° 2: pp. 21-70.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2014): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Tomo I (3° edición, Santiago, Editorial Legal Publishing).

\_\_\_\_\_ (2015): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Fundamentos y límites constitucionales del Derecho penal positivo*, Tomo I (3° edición, Santiago, Editorial Legal Publishing).



NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (2015): *Derecho Penal Chileno. Parte General*, Tomo I (2° edición, Santiago, Editorial Legal Publisng).

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General* (2° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2007): “Delitos de abuso sexual: Actos de significación sexual y de relevancia”, *Política Criminal*, n° 3: pp. 1-13.

RODRÍGUEZ COLLAO, José Luis (2014): *Delitos Sexuales* (2° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

\_\_\_\_\_ (2006): “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”, *Política Criminal*, n° 1: pp. 1-19.

ROXIN, Claus (2000): *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (trad. Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo, Madrid-Barcelona, Editorial Marcial Pons).

\_\_\_\_\_ (2014): *Derecho Penal Parte General: Especiales formas de aparición del delito*, Tomo II (trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Navarra, Editorial Aranzadi).

SZCZARANSKI VARGAS, Federico (2013): “Aproximación a la reiteración delictiva y a la teoría concursal desde la teoría de la pena”, *Política Criminal*, n° 16: pp. 500-543.

YÁÑEZ PÉREZ, Sergio (1975): “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, *Revista de Ciencias Penales*, n° 1: pp. 49-64.

## **NORMAS JURÍDICAS CITADAS**

Código Civil del 22 de octubre de 2015, Decreto con Fuerza de Ley n° 1, Fija Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil.

Código Orgánico de Tribunales del 9 de julio de 1943, actualizado al 18 de marzo de 2016.

Código Penal del 12 de noviembre de 1874, actualizado al 21 de abril de 2015.

Código Penal español del 24 de noviembre de 1995, actualizado al 28 de abril de 2015.

Ley nº 18.216 del 14 de mayo de 1983, actualizado al 6 de febrero de 2015, Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

Ley nº 19.617 del 12 de julio de 1999, actualizado al 17 de septiembre de 1999, Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación.

Ley nº 19.970 del 6 de octubre de 2004, actualizado al 25 de noviembre de 2008, Crea el Sistema Nacional de Registros de ADN.

# LA CLÁUSULA DE NO ENAJENAR EN LOS CONTRATOS DE MUTUO HIPOTECARIO

## *The anti-alienation clauses in mortgage loan contracts*

SEBASTIÁN NICOLÁS CAMPOS MICIN\*  
Universidad de Las Américas  
Santiago, Chile

**RESUMEN:** El presente artículo reflexiona en torno a la validez de las cláusulas de no enajenar en los contratos de mutuo hipotecario. Se revisa si, más allá del tenor del artículo 2415 del Código Civil, existe algún interés del acreedor hipotecario que pueda protegerse legítimamente mediante una de estas cláusulas. El análisis se realiza, fundamentalmente, desde la perspectiva del Código Civil y la Ley n° 19.496 de 1997, en consideración que se está frente a un auténtico contrato de adhesión. El derecho de persecución, contemplado en el artículo 2428 del Código Civil, y la nulidad de las cláusulas que puedan comprenderse en el artículo 16 letra g) de la Ley n° 19.496, sirven como marco de referencia del análisis. Se coordina lo planteado con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil, la Ley n° 18.010, la Ley General de Bancos y el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, especialmente en atención a lo establecido en el artículo 13 del Reglamento: *“El Conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones: deberá, no obstante, negarse, si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles”*. Además, se reflexiona sobre los gravosos efectos que tendría la cláusula si se conjugase con una cláusula de aceleración.

**PALABRAS CLAVE:** Cláusulas de no enajenar, Mutuo hipotecario, Interés legítimo, Derecho de persecución, Cláusulas abusivas.

---

\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Diplomado en Nuevas Tendencias en Daños y Contratos, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Las Américas. Correo electrónico: <sebastian@abuslemepinto.cl>.

*Artículo recibido el 29 de octubre de 2015 y aprobado el 7 de abril de 2016.*

**ABSTRACT:** *The present article reflects on the validity of anti-alienation clauses in mortgage loan contracts. We review if, beyond the wording of the article 2415 of the Chilean Civil Code, there is any interest of the mortgagee that may be protected legally through one of those clauses. The analysis is made, mostly, from the perspective of the Chilean Civil Code and the Act n°19.496, having in consideration that we are in front of an authentic contract of adhesion. The right of pursuit referred in the 2428 article of the Civil Code, and the nullity of the clauses that may be included in the article 16 letter g of the Act n°19496, serve as framework of the analysis. It coordinates the issues raised with the pertinent standards of the Civil Procedure Code, the Act n° 18.010, Banks General Act of and the Regulation of the Conservatory Registry of Real State, especially in attention to what is established in article 13 of the Regulation: ‘The Conservatory may not refuse or delay the enrollments: it must, however, refuse if the inscription is in any sense legally inadmissible’. Also, we reflect about the burdensome effects the clause would have if combined with an acceleration clause.*

**KEYWORDS:** *Anti-alienation clauses, Mortgage loan, Legitimate interest, Right of pursuit, Abusive clauses.*

## I. INTRODUCCIÓN

No es ningún misterio que en los contratos de mutuo hipotecario se suele incorporar una cláusula del siguiente tenor: “*Prohibición: El garante hipotecario se obliga a no gravar, enajenar, dar en comodato ni ceder a título alguno, ya sea gratuito u oneroso, sin previo consentimiento escrito del Banco, el inmueble individualizado en la cláusula ‘Singularización Inmueble’, que por el presente instrumento adquiere*”.

Tal fórmula, ya sea expresada de esa manera o de otra análoga, está presente en la generalidad de los contratos de mutuo hipotecario, los que, por lo demás, se otorgan usualmente en la misma escritura pública en que se celebra la compraventa del bien raíz.

No obstante, desde un punto de visto jurídico, es difícil determinar cuáles son los efectos que producirá tal cláusula (si acaso los produce), debiendo reconducirse el problema a la conocida discusión sobre la validez de la cláusula de no enajenar.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> VODANOVIC *et al.* (1974) pp. 173-178; PEÑAILILLO (2007) pp. 139-142.

Por lo pronto, resulta obvio que tal cláusula no impedirá la enajenación del inmueble, pues en nuestro Código Civil existe norma expresa al respecto. En efecto, el artículo 2415 establece que *“el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario”*. El tenor de la norma es bastante claro y categórico: el dueño del inmueble gravado con hipoteca podrá siempre enajenar tal bien, incluso en el caso que en el contrato de mutuo hipotecario se haya establecido lo contrario. Como veremos más adelante, ninguna interpretación podría matizar esta conclusión sin contravenir derechamente los artículos 2415 y 19 del Código Civil.

Además, debe tenerse presente que, conforme a los artículos 1 n°1, 3 inciso segundo y 17 b) y siguientes de la Ley n° 19.496 de 1997, que Establece Normas de Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante LPDC), el deudor de un mutuo hipotecario generalmente tendrá el carácter de consumidor financiero. De esta manera, atendido el interés del legislador de otorgar una protección especial a los consumidores, reflejada, por ejemplo, en los artículos 4 y 16 de la LPDC y en la diseminada regulación que la misma hace de los productos financieros y los derechos del consumidor financiero, existen razones adicionales para suponer que la cláusula de no enajenar en ningún caso impedirá la enajenación del bien raíz gravado con hipoteca, no siendo necesario siquiera el *‘consentimiento escrito previo’* al que se refiere la cláusula de estilo.

Precisado que la enajenación será siempre posible por parte del dueño del bien raíz, la problemática referida a la cláusula en estudio dice relación con si ésta es apta o no para producir una obligación de no hacer cuya contravención genere el derecho a demandar indemnización de perjuicios<sup>2</sup>. En otros términos, la disyuntiva que subyace a los contratos en que esté presente esta cláusula consiste en determinar si puede el Banco –y en general cualquier acreedor hipotecario– exigir indemnización de perjuicios ante la enajenación que el deudor del mutuo hipotecario haga del bien raíz gravado con hipoteca. Admitir tal posibilidad implica, en cierto sentido, estimar que efectivamente la cláusula en estudio produce efectos, por lo que, en estricto rigor, implica admitir su validez.

Con todo, desde ya adelantamos nuestra postura: la cláusula de no enajenar no genera obligación alguna en los contratos de mutuo hipotecario. En efecto, como fundamentaremos oportunamente, la referida cláusula no es válida en esta clase de contratos, pues no sirve para tutelar legítimamente

---

<sup>2</sup> VODANOVIC *et al.* (1974) p. 177.

ningún interés; los intereses del acreedor están suficientemente amparados por el derecho de persecución contemplado en el artículo 2428 del Código Civil, por lo que la cláusula no cumple con una de sus exigencias básicas para su validez.

Se debe tener presente, además, si se estima que la cláusula genera una obligación de no hacer, que usualmente en los contratos de mutuo hipotecario existen cláusulas que permiten la aceleración de las cuotas no vencidas cuando el deudor no ha cumplido con alguna de sus obligaciones. Una de las fórmulas que puede observarse de esta cláusula es la que sigue: *“Cláusula Aceleración: El Banco podrá exigir anticipadamente el pago de la totalidad del mutuo y/o declarar terminado el presente contrato y caducados todos los plazos que el deudor tenga, procediendo a su cobro, sin perjuicio de sus demás derechos como acreedor, si el Cliente y/o el garante hipotecario incurre en uno o más de los casos siguientes: b) Incumplimiento de una cualesquiera de las obligaciones de hacer o no hacer asumidas por el deudor y/o por garante hipotecario en el presente instrumento”*.

Por lo demás, en algunos contratos se establece derecha y expresamente que la enajenación sin previo consentimiento escrito del Banco es causal de aceleración del crédito: *“Cláusula Aceleración: El Banco podrá exigir anticipadamente el pago de la totalidad del mutuo y/o declarar terminado el presente contrato y caducados todos los plazos que el deudor tenga, procediendo a su cobro, sin perjuicio de sus demás derechos como acreedor, si el Cliente y/o el garante hipotecario incurre en uno o más de los casos siguientes: f) si la parte deudora infringiere una cualquiera de las prohibiciones establecidas en la cláusula quinta del presente instrumento”*.

La cláusula quinta en la escritura precitada justamente señala, en relación con el bien raíz gravado con hipoteca, que *“[a]simismo, la parte deudora se obliga a no enajenar ni prometer la enajenación por venta o cualquier otro título traslativo de dominio”*.

Conjugada la cláusula de no enajenar y la cláusula de aceleración, podría producirse una situación bastante compleja para el deudor de un mutuo hipotecario. En efecto, si se estima que la cláusula de no enajenar genera una obligación de no hacer, e igualmente, fundado en el artículo 2415 del Código Civil, el deudor decide enajenar el bien gravado con hipoteca, las cuotas no vencidas se harían exigibles inmediatamente, pues, técnicamente, se configuraría un incumplimiento.

Como ha señalado la excelentísima Corte Suprema en *Banco Santander con Aguirre* (2015), en un entendimiento que a nuestro juicio es equivocado

y pernicioso para los consumidores financieros, “el artículo 2415 sólo impide entrar el derecho del propietario a enajenar el inmueble, pero no prohíbe que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, convengan que la enajenación del bien raíz hipotecado, genere la aceleración de los dividendos no devengados del mutuo o dicho de otra forma, la exigibilidad anticipada, por la caducidad convencional del plazo, pues los contratantes son libres para estipular que ciertos hechos, futuros e inciertos, provoquen o puedan provocar la extinción anticipada del plazo”.

Dado que los montos en dinero de los mutuos hipotecarios son bastante altos, merece particular atención la problemática planteada.

Por lo demás, la dilucidación respecto a la validez de la cláusula de no enajenar en los contratos de mutuo hipotecario podría aportar luces respecto a si efectivamente la caducidad convencional puede contemplar como presupuesto a la enajenación del bien raíz.

Éstos serán los temas que se tratarán en las siguientes líneas, teniendo como base normativa, fundamentalmente, las reglas pertinentes del Código Civil, de la LPDC, de la Ley n° 18.010, de la Ley General de Bancos y del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

## **1. Contexto del problema**

En primer lugar, a fin de analizar el problema en su contexto material, debe tenerse presente que buena parte de los contratos de mutuo hipotecario se celebran conjuntamente –esto es, en la misma escritura pública– con el contrato de compraventa que sirve de título para la adquisición del inmueble que se grava con hipoteca.

Por lo pronto, cabe preguntarse si, al menos en lo que respecta a los contratos de mutuo hipotecario celebrados entre instituciones financieras y consumidores, estamos o no en presencia de contratos de adhesión.<sup>3</sup>

En palabras de Pizarro-Wilson, podemos hablar de un contrato de adhesión cuando “el contenido del contrato está predeterminado o predispuesto de manera unilateral por el otro contratante que, de manera habitual, tiene una posición preeminente en el mercado y, en particular, respecto del otro contratante”.<sup>4</sup> En el mismo sentido, López Santa María arguye que “el

<sup>3</sup> Sobre este tema, véase PIZARRO-WILSON et al. (2013) pp. 52-58.

<sup>4</sup> Ídem., p. 54.

*contrato por adhesión es obra exclusiva del oferente, quien ‘dicta’ el texto de la convención. El destinatario, siendo el más débil, no puede discutir la oferta y debe circunscribirse a aceptarla”.*<sup>5</sup>

Es un hecho notorio que tratándose de un mutuo hipotecario el Banco predetermina de manera unilateral el contenido del contrato. El consumidor financiero, atendida su posición desmedrada en la relación, no se encuentra en condiciones de proponer cambios sustantivos al contenido del borrador. A lo sumo se le consulta si desea realizar alguna modificación al clausulado del contrato de compraventa, ya que en éste el Banco técnicamente no es parte, pero las condiciones generales y especiales del mutuo hipotecario no pueden ser alteradas.

Por lo demás, la justificación de que el Banco prepare y redacte las cláusulas del contrato no reposa solamente en el evidente desequilibrio en el poder negociador de las partes<sup>6</sup>; antes bien, reposa en la razonable pretensión, por parte de todos los intervinientes del negocio y de la economía en general, de disminuir los costos de transacción.<sup>7</sup>

En efecto, antes de la celebración de un mutuo hipotecario, los Bancos acumulan una vasta cantidad de antecedentes referidos tanto a la situación financiera y patrimonial del cliente como también a la situación del inmueble que éste último pretende adquirir. De ahí que la información de que dispone un Banco, unida a su pericia en este tipo de negocios, lo coloquen naturalmente en una posición privilegiada, pudiendo estimarse incluso que lo más eficiente es que sea éste quien prepare y redacte el borrador de escritura que contendrá el negocio.<sup>8</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, conviene tener presente que al legislador chileno le ha preocupado la situación de la parte más débil en los contratos de adhesión, lo que queda demostrado en el reconocimiento expreso que hace de este tipo de contratos en el artículo 1° n° 6 de la LPDC, donde define contrato de adhesión como *“aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”*.

---

<sup>5</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA (1998) p. 108.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> PIZARRO-WILSON (2004) pp. 121-123.

<sup>8</sup> Para un mejor aproximamiento a este tema, DE LA MAZA (2003) pp. 109-148.



En consecuencia, calificar el contrato de mutuo hipotecario como un contrato de adhesión no es una cuestión baladí, pues si se le otorga esta naturaleza, entonces el consumidor financiero estará protegido ante la existencia de cláusulas abusivas; como señala Pizarro-Wilson, “*el legislador circunscribió la protección en caso de cláusulas abusivas a los contratos por adhesión*”.<sup>9</sup>

En efecto, debemos recordar que el artículo 16 de la LPDC establece un listado de cláusulas abusivas que no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión.

## **2. Posición del consumidor financiero en los casos de contratos de mutuo hipotecario celebrados conjuntamente con la compraventa del inmueble que se grava con hipoteca**

Considerando que en este trabajamos nos proponemos demostrar cómo la cláusula de no enajenar constituye una injustificada merma para el consumidor financiero, conviene tener presente cómo la escrituración típica del negocio lo coloca en una posición particularmente vulnerable no sólo respecto del mutuo hipotecario, sino también respecto de la compraventa. Atender su posición en el marco del negocio complejo que consta en la escritura pública es fundamental, pues se debe tener presente que el beneficio perseguido por el consumidor es justamente hacerse dueño del inmueble que se grava con hipoteca.

En efecto, si bien lo más eficiente es que los borradores de escritura que contienen a los contratos de compraventa y mutuo hipotecario sean elaborados por el Banco, no es menos cierto que éstos suelen favorecer mucho más al vendedor que al comprador.

¿Por qué podemos afirmar lo anterior? A este respecto conviene recordar que el artículo 2434 del Código Civil, refiriéndose al derecho real de hipoteca, señala que éste se extingue conjuntamente con la obligación principal; y la obligación principal, generada por el contrato de mutuo, esto es, la obligación de restituir el dinero prestado, se puede extinguir, entre otros modos, por nulidad o resolución, conforme a lo establecido en el artículo 1567 n°s 8 y 9.

En este contexto, si por el incumplimiento de alguna de las obligaciones de las partes en la compraventa, se declarara resuelto el contrato, tal circunstancia eventualmente podría afectar la eficacia del mutuo hipotecario, el cual, además de constar en la misma escritura pública, tiene por causa, de

---

<sup>9</sup> PIZARRO-WILSON y DE LA MAZA (2013) p. 55.

acuerdo al artículo 1467 inciso segundo, el financiamiento de la obligación de pagar de precio.<sup>10</sup>

Así las cosas, al Banco le es conveniente que en la escritura aparezcan cumplidas todas las obligaciones emanadas del contrato de compraventa, de manera que no pueda configurarse un incumplimiento respecto a tales obligaciones y, en consecuencia, se elimine la procedencia de la resolución.

En este contexto, a fin de resguardar aún más la eficacia de un mutuo hipotecario, es usual que en la escritura se establezca la renuncia expresa de las partes a las acciones resolutorias, así como también una declaración de conformidad, en la que el comprador declara recibir satisfactoriamente el bien raíz objeto del contrato. El tenor usual de una cláusula que contemple estas declaraciones es el siguiente: *“Cumplimiento De Obligaciones: La parte vendedora declara haber recibido la totalidad del precio y lo declara en consecuencia íntegramente pagado. La parte compradora declara haber recibido materialmente y a su entera satisfacción la propiedad raíz materia de este contrato. Las partes renuncian expresamente a las acciones resolutorias que pudieran emanar del presente contrato. Las partes declaran cumplida cualquier promesa de compraventa celebrada entre ellas relativa al inmueble objeto de este contrato, respecto de cuyas obligaciones se otorgan el más amplio y completo finiquito”*.

¿En qué le es conveniente esto al vendedor? Le es conveniente en cuanto el comprador, en tanto ha declarado recibir satisfactoriamente el bien raíz

---

<sup>10</sup> Con todo, estimamos que éste es un tema complejo. Si bien el mutuo hipotecario está contenido en la misma escritura que la compraventa, técnicamente son contratos distintos e independientes. De hecho, en una escritura en la que conste una compraventa y un mutuo hipotecario pueden distinguirse al menos cuatro contratos: la compraventa, el mutuo, la hipoteca y algunos mandatos. Si se declarase la resolución de la compraventa, no por ello debiese entenderse resuelto también el mutuo ni mucho menos la hipoteca. En efecto, sin perjuicio de que, desde una perspectiva material, el consumidor que no cuenta con recursos económicos suficientes para la adquisición de un bien raíz requerirá la contratación de un mutuo hipotecario con alguna institución financiera, jurídicamente tanto la compraventa como el mutuo son contratos principales. La hipoteca, por su parte, es un contrato accesorio, pero accede al mutuo, no a la compraventa. A nuestro juicio, la única manera de atacar la eficacia del mutuo una vez declarada resuelta la compraventa es solicitando la nulidad absoluta por falta de causa, lo que, como es evidente, conduce al problema de determinar qué se entiende por causa y si acaso ésta debe estar presente solamente al momento de la celebración del contrato o también durante su ejecución. Por lo demás, hoy en día la noción de causa está en franca decadencia.

objeto del contrato, no podrá acudir al régimen general de remedios que le asiste ante el incumplimiento. De hecho, técnicamente, atendido el tenor del artículo 1700 del Código Civil, difícilmente podrá alegar el incumplimiento, pues en los instrumentos públicos el contenido de las declaraciones hace plena fe en contra de los declarantes.

A mayor abundamiento, si se examina el contenido de las escrituras en que constan contratos de compraventa y mutuo hipotecario, se puede observar que el único medio de tutela de que dispone el comprador es el saneamiento de la evicción, remedio cuyo ámbito de protección, si bien fundamental, es bastante acotado e improbable en la práctica, pues tanto el comprador como el Banco, en el estudio de títulos previo, han tenido la posibilidad de determinar si existen derechos reales u otros gravámenes sobre el inmueble.

En efecto, si realizado el estudio de títulos se determinase que existen derechos reales o gravámenes sobre el bien raíz, es razonable suponer que las partes no celebrarían el negocio o, si lo celebraran de igual manera, se incluiría expresamente en la escritura una cláusula que dé cuenta de tales gravámenes a fin de limitar el contenido de la obligación de saneamiento de la evicción.

La acción redhibitoria, en cambio, si bien es discutible su procedencia, también podría estimarse renunciada, básicamente por dos razones: en primer lugar, de acuerdo a la mayoría de la doctrina nacional y comparada, constituye una acción resolutoria<sup>11</sup>, por lo que, en estricto rigor, una renuncia general a las acciones resolutorias implicaría también una renuncia a la acción redhibitoria. En segundo lugar, usualmente se establece que el comprador declara aceptar y conocer el estado en que se entrega el bien raíz, por lo que, atendido el tenor del artículo 1858 n°3, en adición a lo que establece el artículo 1700, ambos del Código Civil, difícilmente podrá estimarse desconocido el vicio.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Sobre este tema, véase CAPRILE (2006) pp. 642-644; DE LA MAZA (2012) pp. 646-651. En contra, en una interesante propuesta, véase BARAONA (2008) pp. 659-668.

<sup>12</sup> Con todo, a nuestro juicio, nada obsta a que se rinda prueba en contrario de lo declarado en la escritura pública. El principio de realidad debiese ser suficientemente poderoso para dejar sin aplicación una cláusula de estilo. Por lo demás, desde un punto de vista material, el comprador no tendrá conocimiento de los vicios redhibitorios sino desde que se hayan manifestado. No es baladí que el artículo 1866 señale que el plazo de prescripción de la acción redhibitoria se compute desde la entrega real; sólo a partir de este momento el comprador efectivamente podrá, si acaso el vicio ya está manifestado, tener conocimiento del mismo.

Como se observa, la posición del comprador se encuentra bastante mermada en estos contratos, circunstancia que, a nuestro juicio, debe tenerse presente a la hora de analizar la validez de cláusula de no enajenar, pues ésta le puede significar una merma adicional y sustantiva del beneficio que obtiene mediante la celebración del negocio complejo, circunstancia que podría comprenderse, respecto a los consumidores financieros y únicamente en relación al mutuo hipotecario, en la hipótesis contemplada en el artículo 16 letra g) de la LDPC.

## II. VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE NO ENAJENAR EN LOS CONTRATOS DE MUTUO HIPOTECARIO DESDE UNA PERSPECTIVA CIVIL

Respecto al tema de fondo, esto es, si es válida la cláusula de no enajenar en el contrato de mutuo hipotecario, conviene desde ya plantearse la siguiente paradoja: Si admitimos que tal cláusula genera una obligación de no hacer, es razonable suponer que el contenido de tal obligación consistirá en no enajenar el bien raíz. Si se relaciona tal obligación con lo establecido en el artículo 2415 del Código Civil, se observa de inmediato una contradicción. ¿Podrían las partes, lícitamente, estipular una cláusula cuyo efecto fuese generar para el consumidor financiero la obligación de no enajenar el bien raíz gravado con hipoteca y, a la vez, estimar que el dueño de tal bien -en la especie, el mismo consumidor financiero- puede enajenarlo siempre, no obstante cualquiera estipulación en contrario?

En principio, la situación planteada presenta una contradicción en sí misma. Para admitir la respuesta afirmativa habría que incurrir en una suerte de desdoblamiento y suponer que la obligación de no enajenar y el derecho irrenunciable de enajenar tienen ámbitos de aplicación distintos, lo que evidentemente no resiste mayor análisis.

Sin perjuicio de la inconsistencia revelada anteriormente, podría estimarse que el único efecto de la cláusula es generar una obligación de no hacer inoponible a terceros, cuya contravención tiene por efecto la obligación de indemnizar los perjuicios.

En palabras de Alessandri y Somarriva, “[e]l acto realizado por el infractor de la cláusula con el tercero queda perfectamente válido, porque esa cláusula es una obligación personal que no influye sino en las relaciones entre las partes que la estipularon y no sobre el acto; por la misma razón es inoponible a los terceros. Claro que el tercero adquirente de mala fe, que conocía la cláusula, puede verse obligado a devolver la cosa; pero no porque sea nulo el acto celebrado con el infractor de la cláusula, sino en virtud de la

*resolución del contrato que imponía la prohibición de enajenar, y la consiguiente reivindicación”.*<sup>13</sup>

No obstante, más allá de lo discutible jurídicamente que pueda resultar la tesis que se acaba de exponer<sup>14</sup>, el problema dice relación con que, desde un punto de vista práctico, se estaría igualmente limitando o gravando el derecho del consumidor financiero de enajenar el bien raíz gravado con hipoteca.

También podría estimarse que la cláusula genera una obligación reparatoria sujeta a la condición suspensiva de que se enajene el bien raíz gravado con hipoteca. En tal caso la obligación será de dar y consistirá, como es obvio, en entregar una suma de dinero en el evento de la enajenación.

Esta última tesis, además de ser bastante artificiosa, presenta el problema de que tanto la doctrina nacional como comparada estiman que la obligación de indemnizar perjuicios en materia contractual surge como una consecuencia del incumplimiento, por lo que, técnicamente, se requiere necesariamente una obligación previa que ha de ser incumplida.

En efecto, como señala Pantaleón *“la responsabilidad contractual requiere, primero, que el acreedor haya sufrido un daño objetivamente imputable a la falta de cumplimiento, y segundo, que el incumplimiento sea subjetivamente imputable al deudor, esto es, que el suceso generador del mismo haya de ser puesto a cargo del deudor, conforme a la distribución de riesgos de incumplimiento expresamente pactada o deducible de las reglas contractuales, o la supletoriamente prevista por el legislador, ya de modo especial, ya en las normas generales”.*<sup>15</sup>

En la doctrina nacional Barros estima que *“por definición, el contrato genera obligaciones de dar, hacer o no hacer (artículo 1438), que, ante todo, dan acciones de cumplimiento en naturaleza de acuerdo con las reglas de ejecución forzada del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil. Sólo si esa obligación de primer grado no es debidamente cumplida, surge la acción de responsabilidad contractual, que tiene por objeto obtener la indemnización*

<sup>13</sup> VODANOVIC *et al.* (1974) p. 177.

<sup>14</sup> Podría señalarse, fundado en la operatividad del artículo 1555, que una obligación de no hacer no podría referirse nunca a la abstención de actos jurídicos, sino únicamente de hechos materiales.

<sup>15</sup> PANTALEÓN (1991) p. 1043.

*de los daños derivados del incumplimiento total o parcial o del retardo en el cumplimiento de esa obligación principal*".<sup>16</sup>

En el mismo sentido, López indica que *"el fundamento de tal indemnización es el incumplimiento del contrato, porque es precisamente, como consecuencia de éste, que el acreedor ve frustrado su interés contractual"*.<sup>17</sup>

Con todo, si por un momento se supusiera que efectivamente la cláusula genera una obligación indemnizatoria sujeta a la condición de enajenarse el bien raíz gravado con hipoteca, cabría preguntarse cuáles serían los perjuicios que deberían ser reparados. Como sabemos, la doctrina exige que el daño sea cierto<sup>18</sup>, y dado que el acreedor hipotecario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2428 del Código Civil, cuenta con derecho de persecución respecto al bien raíz gravado con hipoteca, difícilmente puede decirse que sufre una merma *per se* en su crédito a consecuencia de la enajenación. A lo sumo podría estimarse que constituyen perjuicios los costos en que se incurra para la tramitación de la respectiva acción de desposeimiento; no obstante, una vez realizado el bien raíz en la ejecución correspondiente, el pago deberá comprender capital, intereses y costas, de acuerdo a lo establecido en los artículos 443 n°2, 510 y 511, en relación con el artículo 759, todos del Código de Procedimiento Civil. Conviene tener presente, además, en caso que varios acreedores hipotecarios participen de la ejecución, lo establecido en el artículo 2472 n°1, así como también, en caso de procedimiento concursal, lo señalado en el artículo 2477 inciso cuarto.

Por lo demás, si el Banco no aplicase la cláusula de aceleración y el consumidor financiero pagase oportunamente cada cuota, en principio habría que reconocer que no existirían perjuicios, pues la enajenación en ningún sentido habría mermado el derecho de crédito del acreedor.

Ahora bien, desarrollado el punto hasta aquí, subsiste el problema de la conjugación de la cláusula de no enajenar y la cláusula de aceleración. Como señalamos en la introducción, si se estima que la cláusula de no enajenar efectivamente genera una obligación de no hacer, el Banco podría acelerar el crédito y exigir el pago de las cuotas no vencidas inmediatamente.

---

<sup>16</sup> BARROS (2007) p. 978.

<sup>17</sup> LÓPEZ (2010) p. 99

<sup>18</sup> BARROS (2007) pp. 236-240.

A fin de prevenir esta situación, conviene llegar al fondo del asunto y determinar de una vez por todas si efectivamente es válida la cláusula de no enajenar establecida en un mutuo hipotecario.

Reiteramos el tenor del artículo 2415, cuya letra establece que *“el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario”*.

De la simple lectura, pareciera que este derecho es irrenunciable, pues, si bien el consumidor financiero podría decidir voluntariamente no enajenar el bien raíz gravado con hipoteca -configurándose una suerte de renuncia tácita-, o efectivamente obtener el consentimiento escrito previo por parte del Banco, lo cierto es que en cualquier momento podría cambiar de parecer y enajenar libremente.

En palabras de Somarriva, *“para disponer del inmueble lo autoriza el artículo 2415, el cual, aún más, le reconoce esta facultad a pesar de cualquier estipulación en contrario. Si se llegara a estipular que el dueño del inmueble gravado con hipoteca no puede enajenarlo, semejante pacto, adolecería de nulidad absoluta por tener objeto ilícito (artículos 1466 y 1682) y en consecuencia la enajenación que se hiciera sería perfectamente válida e inobjetable”*.<sup>19</sup>

Por lo demás según varios autores, esta norma es una manifestación del principio de libre circulación de los bienes, el que, dado que atiende a un interés general, se estima de orden público. En palabras de Alessandri y Somarriva, *“el principio de la libertad de disposición forma parte de un principio de orden público, el de la libertad de comercio, y constituye la regla general en nuestro derecho. Aparece consagrado en diversos preceptos del Código Civil. Así, está prohibida la constitución de dos o más fideicomisos o usufructos sucesivos (artículos 745 y 769) precisamente porque entraba la disposición de la cosa; se tiene por no escrita la cláusula de no enajenar la cosa legada, siempre que la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero (art. 1126); el pacto de no enajenar la cosa arrendada sólo tiene el alcance de facultar al arrendatario para permanecer en el arriendo hasta su terminación natural (art. 1964); no vale en la constitución del censo el pacto de no enajenar la finca acensuada, ni otro alguno que imponga al censuario más cargas que las expresadas en la ley (art. 2031); no obstante cualquiera*

---

<sup>19</sup> SOMARRIVA (1943) p. 415.



*estipulación en contrario, el dueño de los bienes gravados con hipoteca puede siempre enajenarlos o hipotecarlos (art. 2415)".<sup>20</sup>*

Adicionalmente, cobra fuerza el argumento de que la facultad de disposición es el atributo que caracteriza y define al dominio, pues, desde una perspectiva material, quien se desprende de esta facultad se asimila en los hechos a un usufructuario.

Categorico es Peñailillo al sostener que *"en el derecho chileno, en algunas materias específicas se prohíbe la estipulación de no enajenar (arts. 1126, 1964, 2031 y 2415)".<sup>21</sup>*

Con todo, más allá de que se pueda considerar derechamente nula la cláusula de no enajenar en un contrato de mutuo hipotecario por contravenir una norma de orden público, conviene igualmente conceder el beneficio de la duda y analizar si se cumplen los requisitos que la doctrina mayoritaria exige para estimar válida esta cláusula en los casos en que la Ley no la ha permitido ni rechazado, a saber; por un lado, protección de un interés legítimo, y, por el otro, limitación en el tiempo.<sup>22</sup>

La norma que se ha tenido a la vista por esta doctrina, principalmente en lo que respecta al primer requisito, está establecida en el artículo 1.126, cuyo texto señala: *"Si se lega una cosa con calidad de no enajenarla, y la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita"*. De ahí que, a contrario sensu, la doctrina nacional haya entendido que si la enajenación sí comprometiére un derecho o interés de un tercero, la cláusula es válida.<sup>23</sup>

Como se aprecia, la norma permitiría el establecimiento de cláusulas de no enajenar siempre y cuando mediante ellas se protegiese un derecho o interés legítimo, esto es, un interés que merezca tutela jurídica. En palabras de Alessandri y Somarriva, *"siguiendo el derrotero marcado por la jurisprudencia francesa, algunos de nuestros autores aceptan las cláusulas de no enajenar relativas, esto es, aquellas que no imponen una prohibición perpetua o de largo tiempo y que se justifican por un interés legítimo. En dichos casos la temporalidad de la cláusula no embarazaría la libre circulación de los bienes que trata de garantizar la Ley, y el móvil que lleva a imponerla demostrada*

---

<sup>20</sup> VODANOVIC *et al.* (1974) pp. 173 y 174.

<sup>21</sup> PEÑAILILLO (2007) pp. 139 y 140.

<sup>22</sup> VODANOVIC *et al.* (1974) pp. 176 y 177.

<sup>23</sup> *Ibidem.*



que no se persigue dar carácter inalienable a un bien, sino resguardar un interés legítimo”.<sup>24</sup>

A su vez, Peñailillo reforzando la tesis de la validez relativa de la cláusula, señala que “[e]sta última parece ser la solución más aceptable. Con ella quedaría desvirtuado el argumento del atentado al principio de la libre circulación de los bienes que, por su naturaleza general (y no de un mero particularismo dispositivo), pareciera ser la razón más contundente para negar validez a estos pactos. En esta misma dirección, la jurisprudencia tiende a aceptar la validez de la estipulación por tiempo determinado y prudente, y con justificado motivo”.<sup>25</sup>

En lo que concierne al tema que nos convoca, habrá que discernir si acaso el Banco –o acreedor hipotecario de que se trate– tiene un interés legítimo en establecer la cláusula de no enajenar. Al respecto, es fundamental tener presente que, conforme al artículo 2428 del Código Civil, el acreedor hipotecario tiene derecho de persecución: “La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido”.

En principio, como ya hemos enunciado, se advierte que una de las situaciones que el Banco podría querer evitar es el ejercicio, previo a la ejecución, de la acción de desposeimiento. Si consideramos que tal acción requerirá un período más o menos expedito de tramitación y que generará costos para el Banco, podríamos postular que existe aquí un interés que la cláusula de no enajenar pretende proteger.

¿El interés del acreedor hipotecario de no verse forzado a ejercer la acción de desposeimiento es susceptible de tutela jurídica mediante esta cláusula? Si bien podría estimarse que sí, debemos reiterar lo ya dicho respecto a las costas: una vez realizado el bien raíz en la ejecución correspondiente, el pago deberá comprender capital, intereses y costas.

Por lo demás, si el consumidor financiero pagase oportuna e íntegramente cada cuota vencida, ¿sería realmente legítimo, en base a lo establecido por el artículo 1546, ejercer la acción de desposeimiento?

Más allá del examen que pueda hacerse en torno al artículo 1546, estimamos que el derecho de persecución de persecución reconocido en el

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> PEÑAILILLO (2007) p. 141.

artículo 2428 y el derecho a que el pago, luego de realizado el bien raíz, sea suficiente para cubrir capital, intereses y costas, son, en sentido lato, garantías suficientes para el acreedor, no pudiendo sostenerse que el interés de no verse forzado a ejercer la acción de desposeimiento sea susceptible de protección mediante una cláusula de no enajenar.

Por lo demás, el procedimiento establecido para la acción de desposeimiento en los artículos 758 y siguientes del Código de Procedimiento Civil es bastante expedito y simple.

En palabras de Somarriva, *“se justifica plenamente que el legislador niegue al pacto de no enajenar que se imponga en la hipoteca, ya que la enajenación que haga el dueño del inmueble dado en garantía en nada perjudica al acreedor, porque éste en virtud del derecho de persecución de que está investido, puede hacer efectivo su derecho aún encontrándose el inmueble en manos de terceros”*.<sup>26</sup>

Otro interés que el Banco podría querer tutelar mediante la cláusula de no enajenar es, en conjugación con una cláusula de aceleración, la posibilidad de acelerar el crédito en caso que el inmueble haya sido enajenado. Nos parece, materialmente hablando, que éste es el meollo del asunto.

Conviene recordar el fallo de la excelentísima Corte Suprema *Banco Santander con Aguirre* (2015): *“el artículo 2415 sólo impide entrabar el derecho del propietario a enajenar el inmueble, pero no prohíbe que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, convengan que la enajenación del bien raíz hipotecado, genere la aceleración de los dividendos no devengados del mutuo o dicho de otra forma, la exigibilidad anticipada, por la caducidad convencional del plazo, pues los contratantes son libres para estipular que ciertos hechos, futuros e inciertos, provoquen o puedan provocar la extinción anticipada del plazo”*.

Desde ya adelantamos que discrepamos por completo de este fallo. La cuestión puede resolverse planteando el siguiente dilema: ¿Es legítimo limitar, mediante un contrato de adhesión, el derecho de dominio sobre un inmueble a fin de acelerar un crédito? Si el consumidor financiero ha mantenido en el tiempo una conducta jurídicamente correcta, pagando oportuna e íntegramente, en cada vencimiento, las cuotas en que se ha pactado el pago del dinero prestado, ¿es legítimo mermar la facultad de enajenar que le concede, irrenunciablemente, el artículo 2415, mediante la amenaza jurídica de

---

<sup>26</sup> SOMARRIVA (1943) p. 415.

acelerar el crédito y poder cobrar todo el saldo insoluto inmediatamente? Considérese además que el saldo insoluto, generalmente, corresponderá a sumas de dinero millonarias. ¿Se ajusta esta conducta mercantil, en algún sentido siquiera, al artículo 1546, que exige que los contratos se ejecuten de buena fe?

Nos parece que, incluso desde una perspectiva puramente civil, la cláusula no resiste análisis. Creemos que, tal como ha señalado Sepúlveda<sup>27</sup>, el problema no debiese plantearse en el contexto de la enajenación del bien raíz gravado con hipoteca, sino que, en estricto rigor, debiese considerarse a la hora de que el Banco solicite la inscripción de la cláusula en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar.

En efecto, el artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces establece, en lo que nos interesa, que “[e]l Conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones: deberá, no obstante, negarse, si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles”. Si bien la norma ha dado lugar a discusiones, pues entraña el riesgo de permitir al Conservador hacer un análisis de fondo del negocio, concordamos con Sepúlveda en cuanto señala que “más que preguntarse por la admisibilidad o no de la inscripción del título traslativo por existir una prohibición inscrita, lo que corresponde preguntarse es en qué casos es procedente que el Conservador de Bienes Raíces practique la inscripción de la prohibición voluntaria. Dicho en otros términos: ¿puede en algunos casos ser la inscripción de la cláusula de no enajenar en algún sentido inadmisibles?, al menos, en aquellos casos en que la Ley expresamente no les reconoce valor o en aquellos que de la sola lectura del título se pudiera derivar de manera clara que contraviene el orden público y, en consecuencia, adolece de nulidad absoluta”.<sup>28</sup>

### III. VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE NO ENAJENAR EN LOS CONTRATOS DE MUTUO HIPOTECARIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

En la LPDC no hay ninguna norma que integre expresamente como derecho de los consumidores los derechos que otras leyes reconozcan o establezcan como irrenunciables. De ahí que, en principio, sea difícil enmarcar el problema que analizamos desde el tenor del artículo 4 de esa Ley. Tal norma señala: “Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores”.

<sup>27</sup> SEPÚLVEDA (2003).

<sup>28</sup> *Ibidem*.

Como puede observarse, el tenor de la norma es bastante claro, ciñéndose su aplicación únicamente a los derechos establecidos en la LPDC. Por lo demás, esta norma constituye una excepción a la regla general en derecho privado, a saber, la renunciabilidad de los derechos. Tal como señala Momberg, *“es evidente que el principio de irrenunciabilidad a que se ha hecho referencia es contrario al que prevalece en el derecho privado en general, cual es justamente que los individuos pueden renunciar a sus derechos subjetivos, expresado en el artículo 12 del Código Civil, el cual establece como límites para ello el derecho de terceros y la propia Ley”*.<sup>29</sup>

Tratándose de la regulación que la LPDC establece respecto a los productos financieros –entre los cuales está, por supuesto, el contrato de mutuo hipotecario–, puede constatarse que la mayoría de las normas tipifican deberes de información<sup>30</sup>, sin perjuicio de que algunas establezcan derechamente prohibiciones (por ejemplo, los artículos 17 c) inciso 2, 4 y 5 y 6, 17 f) y 17 h).

En cuanto a los derechos que se reconocen al consumidor financiero, si bien éstos se encuentran en su mayoría establecidos en el artículo 3 inciso segundo, también existen otros regulados a lo largo de la ley. Es el caso, por ejemplo, de los derechos reconocidos en los artículos 17 d) inciso 3, 17 e) y 17 l).

En todas estas normas no se observa ninguna referencia al derecho del consumidor financiero de enajenar el bien raíz gravado con hipoteca, por lo que podría ponerse en tela de juicio si el derecho contemplado en el artículo 2415 del Código Civil es o no renunciable.

No obstante, más allá de lo ya expresado sobre el punto, si bien la regla general en derecho privado es la renunciabilidad de derechos, ello se debe a que la mayoría de sus normas son de orden privado. De ahí que, si estamos en presencia de normas de orden público, es evidente que se altera la regla contemplada en el artículo 12 del Código Civil. Como explica Momberg, *“la irrenunciabilidad de un derecho generalmente se asocia con el carácter imperativo de las normas correspondientes, esto, es la imposibilidad que las partes puedan excluirlas o modificarlas al regular sus relaciones privadas”*.<sup>31</sup>

No hay duda, en consecuencia, de que el derecho reconocido en el artículo 2415 del Código Civil se entiende formar parte de la relación de consumo

---

<sup>29</sup> PIZARRO-WILSON y DE LA MAZA (2013) p. 191.

<sup>30</sup> Sobre la tipicidad o atipicidad de los deberes de información, véase DE LA MAZA (2010) pp. 75-99.

<sup>31</sup> PIZARRO-WILSON y DE LA MAZA (2013) p. 191.

en el marco de los productos financieros. Como ya señalamos anteriormente, la doctrina ha sido clara a la hora de señalar que ésta es una norma de orden público. Tal como expresan Alessandri y Somarriva, *“el principio de la libertad de disposición forma parte de un principio de orden público, el de la libertad de comercio, y constituye la regla general en nuestro derecho. Aparece consagrado en diversos preceptos del Código Civil. Así, está prohibida la constitución de dos o más fideicomisos o usufructos sucesivos (artículos 745 y 769) precisamente porque entraba la disposición de la cosa; se tiene por no escrita la cláusula de no enajenar la cosa legada, siempre que la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero (art. 1126); el pacto de no enajenar la cosa arrendada sólo tiene el alcance de facultar al arrendatario para permanecer en el arriendo hasta su terminación natural (art. 1964); no vale en la constitución del censo el pacto de no enajenar la finca acensuada, ni otro alguno que imponga al censuario más cargas que las expresadas en la ley (art. 2031); no obstante cualquiera estipulación en contrario, el dueño de los bienes gravados con hipoteca puede siempre enajenarlos o hipotecarlos (art. 2415)”*.<sup>32</sup>

Por lo tanto, si bien el artículo 4 de la LPDC establece la irrenunciabilidad de los derechos establecidos en aquella ley, parece evidente que, si el Código Civil establece ciertos derechos irrenunciables en la regulación de determinado contrato, no pueda sostenerse su renunciabilidad en el marco de una relación de consumo, sobre todo si se considera que la LPDC tiene por objeto la protección de los consumidores en el contexto de una relación de consumo.

Por otra parte, más allá del tenor literal del artículo 4, a nuestro juicio la irrenunciabilidad de los derechos establecida por la LPDC debe relacionarse con el principio de buena fe contractual, ya sea aplicado supletoriamente en virtud de lo establecido el artículo 1546 del Código Civil, ya sea materializado en la prohibición de ciertas cláusulas consideradas abusivas en la misma LPDC.

Particularmente importante nos parece el artículo 16 letra G de la LPDC, pues, si bien la doctrina estima que el establecimiento de un listado negro de cláusulas se fundamenta justamente en la buena fe contractual y el orden público económico<sup>33</sup>, la letra g) hace alusión expresa a la primera: *“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a*

<sup>32</sup> VODANOVIC et al. (1974) pp. 173 y 174.

<sup>33</sup> Sobre este tema, véase MOMBERG (2013) pp. 16-19.

*las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.*<sup>34</sup>

De esta manera, resulta claro para nosotros que la cláusula de no enajenar en un contrato de mutuo hipotecario atenta contra las exigencias de la buena fe, causando un sensible perjuicio para el consumidor financiero, materializado en un desequilibrio grave en los derechos y obligaciones de las partes. Por lo demás, el artículo 16 letra g) se remite expresamente a la finalidad y las disposiciones especiales o generales que rigen el contrato.

En efecto, conviene tener presente que *“para fijar la idea de desequilibrio se otorga como guía la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”.*<sup>35</sup> Por lo que, en la problemática que nos ocupa, se debe tener particularmente en cuenta el artículo 2415 del Código Civil, regulado en el título XXXVIII del libro IV, denominado *“De la hipoteca”*.

A mayor abundamiento, el consumidor financiero está obligado a restituir el dinero prestado en la forma pactada en el contrato, con todos los intereses y reajustes allí especificados, entregando, en definitiva, una suma mucho mayor a la prestada. Si tal obligación se cauciona mediante una hipoteca, el Banco contará con derecho de persecución sobre el bien raíz gravado, por lo que contará con una real seguridad para el cobro de su crédito. Por su parte, el beneficio que el mutuo hipotecario otorga al consumidor es obtener el financiamiento suficiente para adquirir un bien raíz a título oneroso –mediante la compraventa y subsecuente tradición–. Que el dominio del bien raíz se merme mediante una cláusula de no enajenar constituye evidentemente un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que el mutuo hipotecario genera para las partes, pues tal cláusula, conjugada con una cláusula de aceleración, sólo tiene por objeto sobre asegurar el crédito del acreedor hipotecario, disminuyendo sensiblemente el beneficio obtenido por el consumidor. Como señala la doctrina, para que nos encontremos en la hipótesis contemplada en el artículo 16 letra g) *“lo relevante es la afectación a los derechos y obligaciones del consumidor, ya sea que se altera el derecho dispositivo en contra del consumidor o, desde la perspectiva de éste, se fractura el propósito práctico del contrato”.*<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Sobre los requisitos que deben cumplirse para incurrir en la causal, véase PIZARRO-WILSON y DE LA MAZA (2013) pp. 340-351.

<sup>35</sup> *Ídem.*, p. 341.

<sup>36</sup> PIZARRO-WILSON y DE LA MAZA (2013) p. 345.

Por lo demás, si el consumidor financiero pagase oportuna e íntegramente cada cuota, a su respectivo vencimiento, sería un atentado evidente a las exigencias de la buena fe que el acreedor hipotecario, fundado en la efectividad de la cláusula de no enajenar, acelere el crédito y exija inmediatamente el saldo insoluto. En tal caso, adicionalmente, habría una violación flagrante a las expectativas razonables que el consumidor financiero alberga en cuanto a una correcta y leal ejecución del contrato por parte de la institución financiera. Resulta claro que si el consumidor financiero demuestra su intención y aptitud para ejecutar cumplidamente el contrato, de manera sostenida en el tiempo, considere normal que el Banco no adopte una conducta agresiva, exigiendo la totalidad de la obligación de manera anticipada. *“Esta idea de normalidad, lo esperable en la conducta del contratante, configura el estándar de lo esperado”*<sup>37</sup>, estándar que debe ser cumplido tanto por el Banco como por el consumidor financiero.

En palabras de Momberg y Pizarro-Wilson, *“en definitiva, el examen del comportamiento del proveedor se orienta a fiscalizar si actúa en términos correctos. Se genera una ficción al considerar que el proveedor debe comportarse como un sujeto en equilibrio en la negociación. Todo lo que quede al margen de dicha conducta leal y correcta se proscribe. Se suma a esto la idea de fraude a las expectativas del consumidor que de manera razonable espera de parte del proveedor un comportamiento alejado del abuso. Son dos formas de lograr un mismo objetivo, ya sea consideramos el comportamiento ideal atribuible a un proveedor leal y respetuoso de los derechos del consumidor o, desde la perspectiva del consumidor, evaluamos si la conducta llevada a cabo por el proveedor defrauda lo que de manera legítima podría esperar un consumidor”*.<sup>38</sup>

Por lo demás, *“ante la ausencia de un consentimiento real del consumidor o, lo que es lo mismo, la imposición del contenido del contrato, resulta valiosa la idea de confianza que debe asegurársele al consumidor por vía legislativa. La adhesión a un contenido contractual predispuesto por el proveedor viene garantizada por el amparo del mecanismo de protección sustantivo a partir de la idea de buena fe y equilibrio contractual”*.<sup>39</sup>

Con todo, si bien lo expresado nos parece suficientemente fuerte y operativo en la problemática que nos ocupa, quisiéramos hacernos cargo de un eventual reparo: podría aducirse que el artículo 16 letra g) está referido

<sup>37</sup> *Ídem.*, p. 343.

<sup>38</sup> *Ídem.*, p. 346.

<sup>39</sup> PIZARRO-WILSON y DE LA MAZA (2013).



únicamente a contratos bilaterales, pues la norma exige que se cause en perjuicio del consumidor *“un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato”*. El tenor de la norma podría sugerir que no es operativa tratándose de contratos unilaterales.

Postular tal tesis significaría que el artículo 16 letra g) no se aplicaría respecto a contratos de mutuo hipotecario, pues el mutuo, en base a la legislación pertinente, puede catalogarse como un contrato unilateral.

En efecto, el mutuo civil, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2197 del Código Civil, es un contrato real, por lo que, como la mayoría de los contratos reales, únicamente genera una obligación para la parte que recibe la cosa, en este caso el mutuuario.

Por su parte, el mutuo de dinero, si bien tiene una regulación especial, también puede tener el carácter de unilateral. En efecto, en base a lo que dispone el artículo 1° de la Ley n° 18.010 de 1981 y sus posteriores modificaciones, el mutuo de dinero puede ser unilateral o bilateral: *“Son operaciones de crédito de dinero aquéllas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención”*.

Con todo, en nuestra opinión, si bien el tenor del artículo 16 letra g) es ambiguo, pues no permite distinguir claramente si se refiere sólo a contratos bilaterales o a todo contrato, la norma debe ser interpretada, en base al artículo 22 del Código Civil, en el contexto de la protección a los consumidores que la LPDC intenta otorgar. Por lo demás, si se relacionan los artículos 1439 y 578 del Código Civil, en un contrato unilateral efectivamente se genera una obligación para una parte y un derecho correlativo para la otra, por lo que, al menos desde un punto de vista lógico-formal, el tenor de la norma comprende a los contratos unilaterales.

Por otro lado, desde un punto de vista material, la norma no se fundamenta en la bilateralidad, sino en la conmutatividad del contrato.

En efecto, como señala Momberg, *“se puede afirmar que tratándose de un contrato conmutativo, debe existir una cierta equivalencia entre la posición de las partes en relación con el contenido del contrato, más aún si se parte del supuesto que existe un desequilibrio estructural o posición aventajada para una de ellas, como sucede en los contratos de consumo”*.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> MOMBERG (2013) pp. 18 y 19.



Por lo demás, a fin de eliminar cualquier duda, debe tenerse presente que, tratándose de mutuos hipotecarios endosables otorgados por Bancos, se torna aplicable el artículo 69 n°7 de la Ley General de Bancos, norma que dispone: *“Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones: 7) Con sujeción a las normas generales que dicte la Superintendencia, los bancos podrán otorgar créditos que se encuentren amparados por garantía hipotecaria. Tales créditos se extenderán por escritura pública que lleve cláusula a la orden, de la cual se otorgará una sola copia autorizada que se entregará al acreedor, la que será transferible por endoso colocado a continuación, al margen o al dorso del documento, con indicación del nombre del cesionario. Para fines exclusivos de información, la cesión deberá anotarse al margen de la inscripción de la hipoteca”*.<sup>41</sup>

De esta manera, en tanto los mutuos hipotecarios comprendidos en esta norma se perfeccionan mediante escritura pública, difícilmente puede sostenerse que sean contratos unilaterales. De hecho, en la mayoría de los casos, pese a lo que formalmente pueda señalarse en alguna cláusula, la entrega efectiva del dinero prestado se realiza directamente por el Banco al vendedor, no habiendo jamás una entrega real del dinero del Banco al consumidor financiero.

Las mismas escrituras de contratos de mutuo hipotecario contienen cláusulas que señalan: *“Se entenderá por ‘fecha del desembolso efectivo del crédito’, aquella en que el banco lo entregue al vendedor, o a quien éste haya instruido, sea mediante transferencia electrónica de fondos o mediante la emisión del correspondiente instrumento de pago”*.

En efecto, si bien puede declararse en la escritura que el consumidor financiero ha recibido el monto prestado por el Banco, celebrándose un mandato para que éste último entregue directamente al vendedor el dinero, los tribunales debiesen desentrañar, en el marco de contratos de adhesión, la verdadera naturaleza del negocio celebrado; una de las funciones de la LPDC consiste justamente en proteger al consumidor ante el desequilibrio que para él puede generar la forma jurídica que ostenta el negocio. En este sentido, el artículo 16 letra g) debe operar ante todo desde una perspectiva material, lo que presupone determinar la verdadera naturaleza jurídica del negocio celebrado.

Tratándose de los demás contratos de mutuo hipotecario, la verdad es que difícilmente puede sustentarse que sean contratos unilaterales, pues,

<sup>41</sup> DOYHARCABAL (1998) pp. 204 y 205.

en conformidad al artículo 2409 del Código Civil, la hipoteca debe constar siempre por escritura pública, y lo dicho respecto a la entrega real del dinero también es aplicable en estos casos.

Por lo demás, siguiendo en este punto a Doyharcabal, *“nada se opone a que los mutuos hipotecarios sean considerados contratos bilaterales. El expreso reconocimiento por parte del mutuuario de haberse realizado la tradición de las letras hipotecarias o del dinero, puede sólo significar que el mutuante ha cumplido con su obligación en forma instantánea, al momento de celebrar la convención”*.<sup>42</sup>

Por todo lo dicho, creemos plenamente aplicable el artículo 16 letra g) en el contexto de mutuos hipotecarios, sobre todo al considerar que el deudor tiene la calidad de consumidor financiero y que el artículo 16 letra g) constituye uno de los mecanismos más eficaces para su protección.

En palabras de Diez-Picasso, *“[e]l desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato puede concretarse contemplando, por una parte, los derechos y facultades y, por otra, las cargas y obligaciones. En el primero de los sentidos, las cláusulas serán abusivas si atribuyen al pre-disponente facultades de carácter exorbitante o si introducen limitaciones o restricciones injustificadas en los derechos y facultades de los consumidores.*

*En el segundo campo, la idea se expresa inversamente: las cláusulas serán abusivas cuando supriman o reduzcan obligaciones o responsabilidades del profesional y cuando aumenten las cargas y obligaciones del adherente”*.<sup>43</sup>

Finalmente, conviene tener presente lo establecido en el artículo 16 a): *“Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración”*.

Es evidente que declarada la nulidad de la cláusula de no enajenar en un contrato de mutuo hipotecario, éste puede subsistir con las cláusulas restantes. La naturaleza de estos contratos no lo impide en ningún sentido y no puede suponerse –al menos no con fuerza– que la intención de las partes

---

<sup>42</sup> DOYHARCABAL (1998) p. 208.

<sup>43</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007) p 464.

se ha construido fundamentalmente en torno a la cláusula de no enajenar. Como explica Pizarro-Wilson, *"lo que debe considerarse es si la finalidad del contrato una vez extirpada la o las cláusulas abusivas se ve afectada, careciendo de interés persistir en la relación contractual"*.<sup>44</sup> Nos parece claro que la finalidad del contrato de mutuo hipotecario se cumple holgadamente una vez extirpada una cláusula de no enajenar, *máxime* si se considera el derecho de persecución del acreedor hipotecario establecido en el artículo 2428 del Código Civil.

## CONCLUSIONES

Es un hecho que en la mayoría de los contratos de mutuo hipotecario se incluyen cláusulas de no enajenar.

Esto no deja de resultar curioso, pues el artículo 2415 del Código Civil permite al dueño del bien raíz gravado con hipoteca enajenar en cualquier momento si así lo desea, no obstante cualquier estipulación contraria.

La fórmula bajo la cual se expresa el artículo permite concluir que establece un derecho irrenunciable a favor del dueño del bien raíz gravado con hipoteca. Esta conclusión se refuerza si se considera que la norma constituye una materialización del principio de libre circulación de los bienes.

Admitir igualmente la cláusula de no enajenar supone una suerte de desdoblamiento de la realidad jurídica donde, por un lado, la ley permite al dueño del bien raíz gravado con hipoteca enajenarlo en cualquier momento, y por el otro, el contrato obliga a no enajenar.

Más allá de la contradicción que supone esta situación, conviene revisar si existe algún interés legítimo del Banco que la cláusula pueda tutelar. En este contexto, atendido que el acreedor hipotecario, en base al artículo 2428, tiene un derecho de persecución sobre la cosa en manos de quien se encuentre, no existe en principio ninguna merma a su derecho de crédito por el solo hecho de la enajenación.

Tampoco es un interés susceptible de ser tutelado mediante una cláusula de no enajenar el evitar verse forzado a ejercer la acción de desposeimiento. Si bien tal acción supondrá tiempo y costos adicionales para la realización del bien gravado con hipoteca, tales costos y esperas se verán resarcidos en tanto el pago debe comprender capital, intereses y costas, de acuerdo a lo

---

<sup>44</sup> PIZARRO-WILSON y DE LA MAZA (2013) p. 356.

establecido en los artículos 443 n°2, 510 y 511, en relación con el artículo 759, todos del Código de Procedimiento Civil.

Desde la perspectiva de la LPDC, dado que el deudor hipotecario la mayoría de las veces tendrá el carácter de consumidor financiero, tendrá aplicación lo dispuesto en el artículo 16 letra g de esa ley. Que el dominio del bien raíz se merme mediante una cláusula de no enajenar causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que el contrato de compraventa y mutuo hipotecario genera para las partes, pues tal cláusula, conjugada con una cláusula de aceleración, sólo tiene por objeto sobre asegurar el crédito del acreedor hipotecario.

Tal norma no debe restringirse a los contratos bilaterales, pues su tenor, técnicamente, también permite comprender dentro de su ámbito de protección a los abusos que tengan lugar en contratos unilaterales. El artículo 578, en relación con el artículo 1439, ambos del Código Civil, nos enseña que toda obligación supone un derecho personal correlativo, por lo que perfectamente puede plantearse en los contratos unilaterales un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que éstos generen para las partes.

Por lo demás, el artículo 16 letra G no se fundamenta en la bilateralidad del contrato, sino en la conmutatividad del mismo y en la observancia de las exigencias de la buena fe contractual.

Por otro lado, atendidas las normas pertinentes de nuestro ordenamiento jurídico, particularmente los artículos 69 N°7 de la Ley General de Bancos, 1 de la Ley 18.010 de 1981 y sus posteriores modificaciones, y 2409 del Código Civil, difícilmente puede sostenerse que los contratos de mutuo hipotecario sean unilaterales. Por lo demás, atendida la forma en que se estructura y ejecuta el negocio jurídico, sobre todo en cuanto el dinero prestado se entrega directamente al vendedor y sólo una vez que se han hecho las inscripciones en el registro conservatorio, el mutuo hipotecario aparece claramente como un contrato bilateral.

El problema que plantean las cláusulas de no enajenar en los contratos de mutuo hipotecario debiese replantearse: ya no cabe preguntarse si tales cláusulas se hacen efectivas una vez que se enajena el bien raíz gravado con hipoteca, sino si la inscripción misma de la cláusula en el registro conservatorio es en algún sentido legalmente inadmisibles.

Creemos que es inadmisibles en más de un solo sentido.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2008): "La acción redhibitoria como acción de nulidad", en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso* (Santiago, Legal Publishing) pp. 659-668.
- BARROS BOURIE, Enrique (2007): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2006): "Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual y la tendencia al deber de conformidad en el Derecho Comparado", CORRAL TALCIANI, Hernán y RODRÍGUEZ, María Sara (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil II* (Santiago, Editorial Lexis Nexis) pp. 629-650.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2003): "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 1: pp. 109-148.
- \_\_\_\_\_, (2010): "Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 34, pp. 75-99.
- \_\_\_\_\_, (2012): "El régimen de los cumplimientos imperfectos en la compraventa", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 n° 3, pp. 629-663.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis (2007): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato* (6° edición, Navarra, Thompson-Civitas).
- DOYHARCABAL CASSE, Solange (1998): "Naturaleza jurídica del mutuo: contrato real, consensual o solemne", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n° 19: pp. 199-208.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2010): "La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil Chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 15: pp. 65-113.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998): *Contratos Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica, Segunda Edición Actualizada).

MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013): "El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 26 n° 1: pp. 9-27.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1991): "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44 n° 3, pp. 1019-1091.

PAÑELLA DI COSTANZO, Renata (2012): "Análisis del contrato de mutuo hipotecario a la luz de la Ley N° 19.496, sobre la Protección de los Derechos de los Consumidores". Disponible en: <<http://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/11/Renata-Pa%C3%B1ella-2012-An%C3%A1lisis-del-contrato-de-mutuo-hipotecario.pdf>>.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2007): *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PIZARRO-WILSON, Carlos (2004): "La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el Derecho chileno", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 6 n° 2: pp. 117-141.

PIZARRO-WILSON, Carlos y DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (directores), BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coordinadora) (2013): *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (Santiago, Legal Publishing Chile).

SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio (2003): "La cláusula de no enajenar", *Revista de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral*, n°s 10 y 11. Disponible en: <[http://fojasv2.conservadores.cl/articulos/index.php?10\\_11/articulos2](http://fojasv2.conservadores.cl/articulos/index.php?10_11/articulos2)>.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1943): *Tratado de las cauciones* (Santiago, Editorial Nascimento).

VODANOVIC, Antonio, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1974): *Los Bienes y los Derechos Reales* (3° edición, Santiago, Editorial Nascimento).

## **NORMAS JURÍDICAS CITADAS**

Código Civil, Chile, Decreto con Fuerza de Ley n° 1 del 30 de mayo de 2000, actualizado al 22 de octubre de 2015, Fija Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil y otras leyes complementarias.

Código de Procedimiento Civil, Chile, Ley n° 1.552 del 30 de agosto de 1902, actualizado al 22 de octubre de 2015.

Decreto con Fuerza de Ley n° 3 del 19 de diciembre de 1997, actualizado al 18 de febrero de 2015, Fija texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican.

Ley n° 18.010 de 1981, actualizada al 16 de junio de 2014, Establece normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica.

Ley n° 19.496 del 7 de marzo de 1997, actualizada al 23 de enero de 2016, Establece Normas de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces del 24 de junio de 1857.

## **JURISPRUDENCIA CITADA**

*Banco Santander con Aguirre* (2015): Corte Suprema, 21 de abril de 2015, rol n° 823-2015.





# LA GRAN TRILOGÍA CLÁSICA DE LO ESTATAL HISPÁNICO: RELIGIÓN, DERECHO Y POLÍTICA

## *The Great Classic Trilogy of the Spanish State: Religion, Law and Politics\**

RAFAEL MARTÍN RIVERA\*\*  
Universidad Rey Juan Carlos  
Madrid, España

**RESUMEN:** La Monarquía Católica, Hispánica, de España, surge como auténtica forma clásica de lo estatal, que buscaba su razón de existir en el bien común y la justicia bajo aquellas fórmulas romanizadas que hacían alusión a “*la Republica de nuestros Reynos*” y “*destos Reynos*”. Modelo de Monarquía que fuera para otras aldeañas, entendida como corporación, como *universitas*, que buscaba la objetivación y centralización del poder, la racionalización de los medios y un fundamento jurídico territorial válido para todos los súbditos de aquellos reinos. Que no fuera igual ni semejante a lo estatal del Exótero que hubiera de gestarse después en Europa, no significa que no existiera un Estado genuinamente hispano con premisas, orígenes, vicisitudes, realizaciones y vigencia intelectuales propios, del mismo modo que hubo una teoría del Estado exclusivamente española, asentados ambos, Estado y teoría, en esa gran trilogía que antes fuera de lo romano: religión, Derecho y política.

---

\* El presente artículo refiere parte de la investigación realizada en el marco de la Tesis Doctoral “La Monarquía Hispánica y la idea de Estado (*Res publica Hispana*)”, bajo la dirección de la Dra. Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda (UCM) y la tutoría del profesor D. Aurelio de Prada García (URJC).

\*\* Doctorando del Programa en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España. Correo electrónico: <ra.martin@alumnos.urjc.es>.

**Artículo recibido el 13 de enero de 2016 y aceptado para publicación el 20 de abril de 2016.**

**PALABRAS CLAVE:** Monarquía Hispánica, Estado, Religión, Derecho, Política.

**ABSTRACT:** *The Catholic Iberian Monarchy of Spain, arises as an authentic, classic form of what is state, which sought its reason to exist in the common good and in justice under the Romanized formulas that alluded to “the Republic of our Kingdoms” and “of these Kingdoms”. It was a model for other nearby monarchies, that was understood as a corporation, as a universitas, which sought the objectification and centralisation of power, the rationalisation of means and a valid, territorial legal founding for all the subjects of those kingdoms. That it was not the same as or similar to the exogenous forms, those of the Periphery, which would be conceived later in Europe, does not mean that a genuine Spanish state did not exist, with its own intellectual premises, origins, vicissitudes, realizations and validity, in the same way that there was an exclusively Spanish theory of state, both of which (state and theory) being based on that great trilogy that was previously Roman: religion, law and politics.*

**KEYWORDS:** Spanish Monarchy, State, Religion, Law, Politics.

## I. BREVES PALABRAS PRELIMINARES

Se afirma que España no sintió la necesidad de constituirse en Estado, por no haber sufrido las guerras de religión y haberse librado de la Reforma<sup>1</sup>, mas lo cierto es que ni lo uno ni lo otro son verdades bien aquilatadas. España tuvo su reforma, la de Cisneros y Deza, y tuvo su guerra de religión, desde luego que la tuvo; la primera, más larga y penosa de toda Europa, fue su guerra en solitario contra el Islam invasor; ocho siglos de Reconquista, enfrentada a la morisma. Luego, sus guerras de religión serían las europeas, en defensa universal de la unidad de la fe. No se mantendría al margen de las corrientes europeas, sino que combatió contra ellas, desde los claustros de Salamanca y, a campo abierto, en mil batallas. Y si España pudo librar tan singular combate desde Flandes a las costas de Inglaterra, y desde San Quintín a Lepanto, fue porque sintió antes que ninguna otra nación una necesidad de unidad religiosa que fraguó desde sus mismos cimientos y en hora muy temprana; pues ya hubo noticias de castellanos, muchos insignes, como mosén Diego de Valera<sup>2</sup>, que se enfrentaron en Bohemia, allá por el 1434, contra la herejía; la de los secuaces de Juan Huss.

---

<sup>1</sup> Cfr. v.g., D'ORS (1987) p. 25.

<sup>2</sup> Cfr. ELÍAS DE TEJADA y SPÍNOLA (1991) p. 41.

Bien puede decirse –en fina reflexión de Luis Suárez– que adelantándose a Lutero, la Monarquía Católica española, tal y como la denominara Tomasso de Campanella en momento muy posterior, desde su mismo nacimiento, por quienes le dieron su nombre, los Reyes Católicos, hizo defensa de la máxima no escrita *cuius religio eius regio*, frente a la tiránica escrita después *cuius regio eius religio* del protestantismo. Pues en España era el gobernante el que debía plegarse a los imperativos de la fe de la comunidad política, y no al contrario.<sup>3</sup>

Sirva de ejemplo paradigmático de los tintes de tiranía que, bajo la fórmula luterana, hubo de albergar Europa, el de Jacobo I de Inglaterra, contra quien el Eximio Doctor desde Salamanca alzaría su *Defensio fidei*. Aquél, quien expuso las bases del absolutismo moderno por la vía de la doctrina del Derecho divino de los reyes en *The Trew Law of Free Monarchies* y *Basilikon Doron*, exhortó a todos los príncipes cristianos a rechazar la potestad universal de Roma, y sometiendo Iglesia y nobleza al poder del rey, impuso a sus súbditos un extravagante juramento de fidelidad, por nunca antes visto, en el que debían abjurar de la fe católica y someterse a la nueva religión del monarca. Extravagancia y crueldad se coaligaron en arbitrariedad absolutista del tirano: sacerdotes ejecutados, nobles encarcelados y desposeídos...<sup>4</sup>

## II. CONTINUATIO HISPANIA

Por verdad que España no tuvo guerras de religión en su interior cuando otros las tuvieron, ni había lugar a ellas, quizá por estar ya constituida en Estado y haber tenido antes la suya propia: la Reconquista. Tampoco tuvo que abrazar nueva fe alguna para afirmar su independencia ni su nacionalidad frente a nadie, porque era ya forma estatal independiente y unida. España era nación forjada desde la misma fe, ya reformada.

La *reforma* había comenzado en España –en palabras de don Marcelino Menéndez Pelayo– mucho antes que el concilio de Trento, y antes que Paulo IV, San Pío V, Sixto V y otros pontífices de venerada memoria la extendiesen a la Iglesia universal; casi con el siglo XV. Y el principal autor de esta reforma, por lo que hace a los regulares, fue el franciscano Ximénez de Cisneros, uno de los hombres de más claro entendimiento y de voluntad más firme que España ha producido.<sup>5</sup> “Castellano por dos veces”, dice de él Eugenio D’Ors: “Castellano, digo. Enjuto, realista, voluntario. Nada él de remilgos”, “ni de

<sup>3</sup> Cfr. SUÁREZ (1998) pp. 261 y 262.

<sup>4</sup> Cfr. ALVEAR (2011) pp. 268 y 269.

<sup>5</sup> MENÉNDEZ (1965) pp. 677 y 678.

lujos”, “ni de dudas”, “ni de finuras”. “No, no. Al pan, pan, y al vino, vino. Y principio de contradicción a palo seco: es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo. Esto son lentejas: si quieres, las comes; si no, las dejas” –permítasenos la licencia de esta graciosa cita–, y “muchas lentejas habrá comido este pobre, con lo cual ya Cisneros es tres veces castellano. Pobre, aunque hidalgo”.<sup>6</sup> Mas precursor de precursores, dio Cisneros luz a su reforma antes de que Lutero pudiera siquiera imaginar la suya.

Nuestra Reforma se hizo un siglo antes que la europea por obra de la firme mano del cardenal Cisneros y de la autoridad de la Reina Católica: eso fue lo que según Menéndez Pelayo nos salvó del protestantismo. Nos salvó precisamente que España, formada en una fe viva, no podía dejar que ésta languideciera entre bulas, desórdenes y alejamiento de los fines de las Órdenes religiosas, cuando debían prepararse para la magna tarea de la Evangelización y para el enfrentamiento teológico con el mal que iba a asolar el suelo de Europa. La Reforma de Cisneros es el caudal donde florecerá un siglo después la mística de Teresa, de Juan de la Cruz, nos dirá doña Consuelo Martínez-Sicluna.<sup>7</sup>

Sometidas ya las Órdenes al patronato real, los Reyes Católicos, en conformidad con la consulta que les dirigió el confesor de la reina, ahora Provincial de la Orden franciscana en Castilla, y a lo poco arzobispo de Toledo y Primado de España, impetraron de Alejandro VI, en 1494, una bula, confirmada después por Julio II, para reformar todas las religiones de su reino, sin exceptuar ninguna, y nombraron reformador a Cisneros. El cual, uno a uno recorrió los monasterios, quemando sus privilegios como *Alcorán pésimo* –“de vida ancha”, según precisaba Pedro de Aranda Quintanilla y Mendoza en su *Archetipo de virtudes, espejo de prelados, el venerable Padre y siervo de Dios. F. Francisco Ximenez de Cisneros*–, quitándoles sus rentas, heredades y tributos, que aplicó a parroquias, hospitales y otras obras de utilidad, haciendo trocar a los frailes la estameña por otros paños más burdos y groseros, restableciendo la descalcez y sometiendo a todos los franciscanos a la obediencia del comisario general. Sujetó asimismo a la observancia y a la clausura casi todos los conventos de monjas. A las demás religiones no podía quitar las rentas que tenían en común, pero sí lo que tenían en particular, y así lo hizo, a la vez que ponía en todo su vigor las reglas y reformaba hábitos, celdas, cuenta Menéndez Pelayo.<sup>8</sup> Siendo que los dominicos, agustinos y carmelitas no hicieron resistencia; pero sí los franciscanos, y más que nadie el

---

<sup>6</sup> D’ORS (1982) p. 168.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ-SICLUNA (2007) pp. 50 y 51.

<sup>8</sup> MENÉNDEZ (1965) pp. 678 y 679 (la cita de Fray Pedro de Quintanilla, es nuestra).

general de los claustrales italianos, que vino a España con objeto de impedir la reforma, y llegó a hablar con altanería a la misma Reina Católica, no sin que un secretario de Aragón, Gonzalo de Cetina, le amenazara con ahorcarlo con la cuerda del hábito –según consta en el expediente de beatificación de Cisneros–. Y aunque Alejandro VI mandó suspender la reforma, mejor informado, al año siguiente, permitió que continuase, y se hizo no sólo en Castilla, sino en Aragón, venciendo tenaces resistencias, especialmente de los religiosos de Zaragoza y Calatayud.<sup>9</sup>

La piedad de Fernando e Isabel, acendrada hasta la exaltación, no impidió –cual advirtiera don Manuel Colmeiro<sup>10</sup>– que defendiesen contra las pretensiones de Roma, el Derecho de patronato en todas las iglesias de sus reinos y señoríos, adelantándose en ello dos siglos a las monarquías vecinas: no admitieron por obispo de Cuenca a un sobrino de Sixto IV; protestaron que no consentirían la provisión de los beneficios y dignidades eclesiásticas en extranjeros; se negaron a recibir un embajador del Papa, y aun le mandaron salir de sus reinos, porque venía a negociar contra lo determinado y resuelto; si bien mediando el Cardenal de España, asentaron la concordia con la Corte de Roma; suerte de primer concordato, según el cual, la Santa Sede proveería las iglesias principales a suplicación de los reyes en naturales de los reinos, que fueran dignos y capaces.

Que se trabajó también en la reforma del clero secular, es algo que consta desde el mismo Cisneros, aunque las dificultades fueron harto mayores. La reforma llevada a cabo con tan incontrastable tesón por el antiguo guardián del convento de la Salceda<sup>11</sup>, y el no haber en España relajación de la doctrina, aunque sí de costumbres, es lo que nos salvó del protestantismo: *“El confundir a nuestros frailes, después de la reforma con los frailes alemanes de tiempo de Erasmo, arguye la más crasa ignorancia de las cosas de España”*.

No fue pues cosa de la Inquisición, como se haya querido hacer ver por ciertos revisionistas, que el protestantismo no arraigara en España, sino de que el mal estaba ya remediado antes del 1550; y tal se hizo desde arriba, a instancias de la misma Reina Católica. Frente a las matanzas de los anabaptistas, de las hogueras de Calvino, las de Enrique VIII y de Isabel I de Inglaterra, de las guerras de religión en Francia, luego en Alemania, en Inglaterra, Escocia e Irlanda, ciertamente suena extraño que por lo mismo que a otros se les otorga la virtud de tolerantes, a España se le niegue, y que por las mismas razones

<sup>9</sup> *Ídem.*, p. 679.

<sup>10</sup> COLMEIRO (1883) p. 67.

<sup>11</sup> Afirmaría MENÉNDEZ (1965) pp. 679 y 680.

que a aquéllos se les concede el título de hacedores de Estados, éste se le deniegue a España. Desde las leyes del Código teodosiano –y aún antes, a juzgar por las reformas emprendidas por el emperador Augusto<sup>12</sup>; de otro jaez, desde luego–, a ningún legislador se le ocurrió la absurda idea de considerar las herejías como meras disputas de teólogos ociosos, que podían dejarse sin represión ni castigo porque en nada alteraban la paz del Estado.<sup>13</sup>

Y España, que aún tenía el brazo teñido en sangre mora y acababa de expulsar a los judíos, mostró en la conservación de la unidad, a tanto precio conquistada, tesón increíble, dureza, intolerancia, si se quiere; pero noble y salvadora intolerancia<sup>14</sup>, haciendo posible la primera forma estatal de entre las europeas; que no le vendría, desde luego, por la *Reforma* sino por nuestra *reforma*.

Francia, por ejemplo, tendría que esperar aún dos centurias para alcanzar la unidad religiosa que España había logrado en hora muy temprana. Revocación del Edicto de Nantes, conversiones forzadas de hugonotes y expulsión de los judíos, fueron obra de Luis XIV, quien atisbó en la Monarquía Hispánica, algo que ya sabían los romanos en hora muy temprana. Evidentemente, y si bien se miran las cosas –nos advertiría con preclaro juicio, el profesor Juan Iglesias<sup>15</sup>–, Roma es esa obra grande a la que todos han contribuido. Y todos, de un modo o de otro, asidos a un credo que viene de atrás. La tradición empuja hacia adelante ese credo, donde Derecho, política y religión quedan hermanados. Religión, política y derecho, son tres planos plenamente imbricados. Con los tres, de consuno, tiene que ver ese cotidiano y soberano quehacer nacional en que se resuelve y resume lo romano. Común a religión, política y Derecho es la noción de *'re-ligare'*, de atarse. Mas cualquiera que sea el origen de la palabra latina *religio* –sin equivalente en griego–, hay que entenderla en conexión con las dos nociones apuntadas: Derecho y religión sirven a las demandas del credo político, y ese credo político, la Política –con mayúscula–, es el arte de hacer y sostener un país, una nación, una *natio*.

Por verdad que como señalara Menéndez Pelayo<sup>16</sup> *"nunca se ataca el edificio religioso sin que tiemble y se cuartee el edificio social"*, o por mejor decir, los cimientos nacionales de lo público, y antes que éstos, los de lo

---

<sup>12</sup> Cfr. IGLESIAS (1985) p. 72, nota 130.

<sup>13</sup> Cfr. MENÉNDEZ (1967) pp. 292 y 293.

<sup>14</sup> MENÉNDEZ (1965) p. 45.

<sup>15</sup> IGLESIAS (1985) pp. 52, 53 y 73.

<sup>16</sup> MENÉNDEZ (1967) p. 293.

jurídico y lo político; pues acaso, ¿hay algún sistema religioso que en su organismo y en sus consecuencias no se enlace con cuestiones de este orden? El matrimonio y la constitución de la familia, el origen del poder..., ¿no son materias que interesan igualmente al teólogo, al moralista y al político? ¿Qué decir del jurista?

Decía con acierto Sánchez Albornoz<sup>17</sup>, que la invasión musulmana, fue la pérdida de *Hispania*, y de su articulación política: “la vieja unidad de la Península –que me he atrevido, y con fundamento, a llamarla nacional–, creada por Roma y restaurada en el siglo VII por los reyes godos, desapareció por siglos”. Más también habrá de apuntarse que de dicha terrible circunstancia de lo hispano, en su incansable lucha contra la morisma, nació al mismo tiempo un sentir de necesidad de unidad, de nación, harto prematuro, que se identificó con la unidad religiosa. Sentir que, por contra, no se hizo preciso ni se verificó en los países de nuestro entorno; quizá por ello, su sentir nacional se postergaría durante siglos.

Hay una larga tradición de cronistas, como señala Luis Suárez<sup>18</sup>, que insiste en presentar a los Reyes Católicos como restauradores de aquella *Hispania* que arrancaba de Roma su legitimidad, y que había perdido en el 711 su propio ser. Desde el anónimo autor de la que llamamos *Continuatio hispana* en el siglo VIII, el fin marcado de la Reconquista, era la recuperación de la unidad de la fe cristiana. El segoviano Rodrigo Sánchez de Arévalo que les dedicó en 1469 su *Historia hispana*, les había anunciado que ésa, y no otra, habría de ser su principal tarea. Y en 1491, Diego Rodríguez de Almela, capellán de la Reina Católica, al entregarles un ejemplar de su *Crónica*, estando presente en aquellas vísperas de la caída de Granada, les recordaba que el origen de su legitimidad estaba en la estirpe goda que, a su vez, recibiera de Roma, por el pacto del 418. Venía todo ello a reforzar la doctrina que identificaba comunidad política con religión católica.

Y suerte de condición de ciudadanía era la religión católica, pues sólo los bautizados estaban en condiciones de ser súbditos del reino y de colocarse bajo el amparo de sus leyes, fueros, cartas, privilegios, buenos usos y buenas costumbres. La condición de súbdito del reino, se colocaba así en la plataforma insoslayable de fe católica y libertad.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> SÁNCHEZ 2008) p. 27.

<sup>18</sup> Cfr. SUÁREZ (2004) pp. 199 y 200.

<sup>19</sup> Cfr. *idem.*, p. 201.



### III. LA “REPÚBLICA DESTOS REYNOS”

Plataforma que apuntalaría la Monarquía Católica rectora de los reinos unidos, al establecer condiciones iguales de comercio y tránsito para los súbditos de todos ellos creando conciencia de que existía una comunidad política, que con agudo entender Luis Suárez, denomina “*la República de los reinos*”<sup>20</sup>, conforme a la fórmula vigente ya sabida en esta hora de “*República*” apellidada “*de nuestros Reynos*” y “*destos Reynos*”:<sup>21</sup> La existencia de la misma Monarquía era puesta en relación con el bien de dicha República, en sus dos dimensiones señaladas, la espiritual, esto es, la religión, y la material, la jurídica, ambas de consuno coadyuvando al fin político: la unidad nacional.<sup>22</sup>

Comprendiendo los beneficios del comercio y su influjo en la prosperidad de los reinos –nos contaría don Manuel Colmeiro<sup>23</sup>– dictaron leyes en aquel magnífico programa de las Cortes de Toledo de 1480, inspiradas por el deseo de protegerlo y desarrollarlo: “*No todas, en verdad, llevan el sello del acierto contempladas a la luz de la ciencia moderna, porque hasta el genio paga su tributo a los errores del siglo; pero algunas revelan un legislador resuelto a lanzarse por sendas no trilladas, y merecen las alabanzas de la posteridad como principio de verdaderas y útiles reformas*”. Unidas las coronas de Castilla y Aragón por la muerte de don Juan II, padre de don Fernando, en enero de 1479, desaparecieron las fronteras del comercio entre ambos reinos,

---

<sup>20</sup> Cfr. *ídem.*, p. 214.

<sup>21</sup> Así lo expresan además numerosos documentos coetáneos de los siglos XV y XVI, como apunta el propio SUÁREZ (2004) p. 110. A partir del siglo XV es frecuente el uso de ambas expresiones, así como la fórmula “*desta República*”. El uso del término “*República*” para referirse al conjunto de los reinos hispánicos, se generaliza con los Reyes Católicos y continúa durante el reinado de Carlos I, siendo de uso común en la literatura política de los siglos XVI y XVII. Quizá el ejemplo más conocido, al margen de ésta, sea el que hace don Miguel de Cervantes en *Don Quijote de la Mancha*: “*y fue que le pareció conveniente y necesario, así para el aumento de su honra como para el servicio de su república, hacerse caballero andante*”. No obstante, ya existen ejemplos en Castilla para referirse al conjunto de los reinos castellanos durante el reinado de Juan II y de Enrique IV. Así por ejemplo, en el juramento de los nobles en Burgos en 1464, donde uno de los requerimientos hechos a Enrique IV dice así: “*en defensa de la fe é en administrar la justicia del reino é en bien de la republica*”, cfr. MARTÍNEZ (1820) p. 270. Así también aparecen varias referencias en los cuadernos de Cortes de ambos reinados. Siendo, a más abundar, que la literatura política castellana del siglo XV se prodiga con el uso ya frecuente del término “*República*”.

<sup>22</sup> Cfr. *ídem.*, p. 215.

<sup>23</sup> COLMEIRO (1884) pp. 60 y 61.



y pudieron pasar libre y seguramente de una a otra parte los mantenimientos, ganados y mercaderías de cualquiera calidad que fuesen, sin embargo de las leyes y ordenanzas que hasta entonces lo habían vedado. Era el deseo de los Reyes que todos los naturales de Castilla y Aragón se comunicasen “*en sus tratos e fazimientos*”.<sup>24</sup> Hábil política –nos dice don Manuel– para estrechar los vínculos de amistad entre dos pueblos regidos por el mismo cetro hasta hacerlos hermanos, y constituir una sola familia, la patria común, y en fin, la unidad nacional.

A esa conciencia de comunidad política contribuye sobremanera la Pragmática dictada en Medina del Campo en 1480 –ese primer gran año de reinado en paz–, que consagra una suerte de *libertad de residencia*, según palabras de José Antonio Escudero<sup>25</sup>, en el preludio del Estado hispánico, al reconocer los gravámenes e inconvenientes de una situación en la que “*calladamente se induze especie de servidumbre a los hombres libres*”, ordenando por ello: “*Que de aquí adelante dexedes e consintades libre e desembargadamente a qualquier e qualesquier hombres e mugeres (...) ir e pasarse a bivar e morar a otra o otras qualquier o qualesquer cibdades e villas e lugares de los dichos nuestros reinos e señoríos, assí de lo realengo como de lo abadengo o señoríos e Ordenes o behetrías, que ellos quisieren e por bien tovieren, e se avezindar en ellos*”.<sup>26</sup>

Situación bien diversa era la de Aragón, donde cualquier noble, caballero y cualquier otro señor de vasallos de dicho Reino podía tratar bien o mal a sus vasallos, y aun si era necesario *matarlos de hambre y sed en prisioneros*, cual declaraban las Cortes de Zaragoza en 1380, bendiciendo así un *ius maletractandi* que era de larga tradición en aquellos lugares. Allí la Sentencia arbitral de Guadalupe de 1486, dada por Fernando el Católico, vendría a abolir los denominados eufemísticamente “*malos usos*” –“*vulgarmente clamados*”, dice el propio Rey Católico<sup>27</sup>–, y que más pudieron llamarse –como deja a entender don Fernando al añadir “*e censos e otras servitudes e drechos*”<sup>28</sup>– “*mals drets*”; pues tales eran en Cataluña la *remensa*, la *intestia*, la *exorquia*, la *cugucia*, la *arcia* o *arsina* y la *firma de spoli violenta*; ya fueran

<sup>24</sup> REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA (1882) p. 185, Ley 111 del Ordenamiento de las Cortes de Toledo de 1480.

<sup>25</sup> ESCUDERO (1986) p. 332.

<sup>26</sup> RAMÍREZ (1973) vol I., folios CXXXIII r.-CXXXVIII r.

<sup>27</sup> VICENS (1945) p. 347, Archivo de la Corona de Aragón, A.R.R. 3549 folios 156 vº-174vº.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

amparados por “los usages de Barchinona (Barcelona) y las constituciones de Catalunya” o “por consuetud introduzidos”.<sup>29</sup>

Así diría la referida sentencia: “Attendido que los dichos malos usos por muchos y diversos abusos que dellos se han seguido contienen evident iniquitat, los quales sin gran peccado y cargo de consciencia no se podrian por Nos tollerar (...), sentenciamos y arbitramos y declaramos que los seys malos usos no sean ni se observen ni hayan lugar ni se puedan demandar ni exigir de los pageses ni de sus descendientes ni de los bienes dellos ni de alguno dellos, antes por la present nuestra sentencia aquellos abolimos, stinguimos y anichilamos e declaramos los dichos pageses y sus descendientes perpetuamente ser liberos y quitios dellos y de cada uno dellos”<sup>30</sup>. La sentencia proscribe también el denominado *ius maletractandi*, “el drecho y facultat que los seniores pretienden tener de mal tractar”<sup>31</sup>, y otros diversos abusos como el *ius primae noctis* y similares: “Item, sentenciamos, arbitramos y declaramos que los dichos seniores no puedan tomar por didas para sus fijos o otras cualesquiera creaturas las mugeres de los dichos pageses de remença con paga ni sin paga, menos de su voluntat, ni tampoco puedan la primera noche quel pages prende muger dormir con ella o en señal de senyoria la noche de las bodas de que la muger será echada en la cama para pasar encima de aquella sobre la dicha muger, ni puedan los dichos seniores de la fija o fijo del pages con paga ni sin paga servirse del menos de su voluntat”<sup>32</sup>.

La extensión a Aragón de aquellas libertades que le eran naturales a Castilla, fulminando el allí subsistente *Derecho feudal* más abominable, bien muestra el concepto de una Monarquía que, muy por encima de sus coetáneas, buscaba asentar lo político en la ley positiva, garantizando los derechos y las libertades de los súbditos de los reinos, arrancada, a un mismo tiempo, de unos principios morales muy superiores extraídos de la ley divina o eterna que todo lo ilumina y lo informa, tal cual fuera el *fas* para los romanos: el fundamento de lo jurídico; permisividad divina, advertida por vía de la interpretación. El *fas est*, abre las puertas al *ius est*. Pues, lo jurídico, en cada caso o situación concreta, ha de contar con el apoyo que otorga lo divino.<sup>33</sup>

Así es de advertir, en lo referente a la citada Sentencia de Guadalupe, cómo el rey don Fernando en apoyatura de su laudo apela a la ley divina:

---

<sup>29</sup> *Ídem.*, p. 349.

<sup>30</sup> *Ibidem.*

<sup>31</sup> *Ídem.*, p. 350.

<sup>32</sup> *Ídem.*, p. 352.

<sup>33</sup> Cfr. IGLESIAS (1985) p. 63.

*“Atendido que los dichos malos usos por muchos y diversos abusos que dellos se han seguido contienen evident iniquidad, los quales sin gran peccado y cargo de consciencia no se podrian por Nos tollerar”.*<sup>34</sup> Casi parece extenderse sobre la cresta de don Fernando la mano firme de la reina doña Isabel.

Mano firme en todo lo que toca a la unidad política: primero, la religión; luego, las leyes y el Derecho. Mano firme, como decimos, de la que dejan buena constancia su Testamento y Codicilo, que *“hasta en las horas de patriotismo más barullón, los españoles han preferido invocar a conocer”*, apuntaría acertadamente Eugenio D’Ors. Cuando *“sin duda se encierra en él un gran designio. Un designio de razón y, por tanto, de unidad”*.<sup>35</sup>

He aquí la cláusula admirable en que se establece la codificación de todas las leyes del reino, y que bien merece ser citada: *“Otro sí, por quanto yo toue sienpre deseo de mandar reducir las leyes del fuero e ordenamientos e prematicas en vn cuerpo, do estouiesen mas breuemente e mejor ordenadas, declarando las dubdosas e quitando las superfluas, por euitar las dubdas e algunas contrariedades que cerca dellas ocurren e los gastos que dellos se siguen a mis regnos e subditos e naturales, lo qual a causa de mis enfermedades e otras ocupaciones no se ha puesto por obra, por ende suplico al rey mi señor (...) que luego fagan juntar vn prelado de sciencia e de consciencia con personas doctas e sabios e experimentados en los derechos, e vean todas las dichas leyes del Fuero e ordenamientos e prematicas, e las pongan e reduzcan todas en vn cuerpo, onde esten mas breue e compendiosamente compiladas (...) E si algunas de las dichas leyes les pareçieren no ser justas o que no conçiernen el bien publico de mis regnos e subditos, las ordenen por manera que sean justas a seruiçio de Dios e bien comun de mis regnos e subditos, e en el mas breue compendio que ser podiere, ordenadamente por sus titulos, por manera que con menos trabajo se pueda estudiar e saber. E quanto a las leyes de las Partidas, mando que esten en su fuerça e vigor”.*<sup>36</sup>

En efecto, pese a la dimensión de las reformas legislativas introducidas por los Reyes Católicos en las Cortes de Toledo de 1480, donde *“fueron ordenadas muchas buenas cosas; é comentadas, é declaradas muchas leyes antiguas, é dellas acrecentadas, o dellas evaquadas; é fechas muchas pragmáticas provechosas al pro comun é a todos”* –según cuenta, el capellán de don Diego de Deza<sup>37</sup>– éstas no satisfacerían sus deseos de legar a la poste-

<sup>34</sup> VICENS (1945) p. 349.

<sup>35</sup> D’ORS (1982) p. 82.

<sup>36</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE ARCHIVOS Y BIBLIOTECAS (1969) p. 42.

<sup>37</sup> BERNÁLDEZ (1870) pp. 120 y 121.

ridad una compilación de leyes, ordenanzas y pragmáticas, descartando las superfluas, suprimiendo las derogadas, declarando las dudas, evitando las contradicciones –cual reclamaba doña Isabel–; formando, en fin, un verdadero cuerpo legal que fijase el Derecho y facilitase la administración de la justicia que carecía de regla cierta, y fluctuaba a merced de las caprichosas interpretaciones de los jueces y abogados.<sup>38</sup>

El resultado de la comisión de formar un código general dada al notable jurista Alonso Díaz de Montalvo, pese al abultado número de ediciones en que se concretaría el famoso *Ordenamiento* que dio a luz cuatro años más tarde, no obtuvo la expresa sanción regia, ni se correspondió con el adecuado rigor técnico esperado; y ello tanto porque el abulense no hizo una recopilación exhaustiva e incluyó sin embargo disposiciones derogadas, como porque además procedió a extractar sin fortuna leyes, cuyo sentido quedó así oscuro.<sup>39</sup>

En el parecer de sus contemporáneos, tampoco fue venturoso Alonso Díaz de Montalvo en su empresa de compilar y reducir a buen método la multitud y variedad de las leyes del reino. Los procuradores de Cortes en las de Valladolid de 1523 dijeron que “*por cavsa que las leyes del Fuero e ordenamientos no estan bien e juntamente conpiladas, y las que estan sacadas por hordenamiento de leyes que juntó el doctor Montalvo estan corrutas e no bien sacadas, y de esta cavsa los juezes dan varias e diversas sentençias e no se saben las leyes del rreyno por las quales se an de juzgar todos los negoçios e pleytos*”.<sup>40</sup> Mas si, en efecto, fuera el jurista abulense poco afortunado en aquel ensayo que resultó en no menos de ocho libros con las leyes de Cortes, pragmáticas y ordenanzas dictadas desde Alfonso XI, sus yerros merecen disculpa –cual pondera Manuel Colmeiro<sup>41</sup>–, considerando que la empresa era superior a las fuerzas de un hombre solo. Basta a la gloria de los Reyes Católicos haber concebido la idea de reunir y concordar todo el Derecho vigente en Castilla y formar un cuerpo legal. Felipe II la realizó con mejor deseo que acierto al publicar en 1567 la *Nueva Recopilación*, indicando que venía en pos de las *Ordenanzas Reales*. Todo lo cual sea dicho, “*el qual libro mandaron tener en todas las ciudades, villas e lugares, e llamar el Libro de Montalvo, e por él mandaron determinar todas las cosas de justicia para cortar los pleitos*”.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> Cfr. COLMEIRO (1884) p. 64.

<sup>39</sup> ESCUDERO (1886) p. 702.

<sup>40</sup> REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA (1882) p. 382.

<sup>41</sup> COLMEIRO (1884) p. 66.

<sup>42</sup> BERNÁLDEZ (1870) p. 121.

Aun en las de Toledo de 1502 suplicaron los procuradores a los Reyes Católicos que mandasen declarar las muchas dudas que ocurrían en el foro por la grande variedad y diferencia que había en la interpretación de las leyes civiles, al punto que en las Audiencias se determinaba y sentenciaba en un mismo caso unas veces de un modo y otras veces de otro. Tal fue el origen de las famosas *Leyes de Toro*, redactadas por una comisión de juristas de cuya tarea cupo una buena parte al gran jurista salmantino Juan López de Palacios Rubios. Estas leyes, ochenta y tres en total, que ordenaban el Derecho Civil y reiteraban el orden de prelación de fuentes establecido en el *Ordenamiento de Alcalá*, no llegarían a ver la luz, empero, hasta 1505, ya por la ausencia del rey, ya por la enfermedad y muerte de la reina.<sup>43</sup>

No obstante, habría de transcurrir más de media centuria para que la última voluntad de la reina doña Isabel, expresada en el Codicilo de su Testamento llegara a su conclusión; prolongándose los trabajos codificadores durante los reinados de Carlos I y de Felipe II, sería finalmente el licenciado Bartolomé de Atienza quien daría a luz la *Recopilación de las Leyes destos Reynos*, la que es conocida como *Nueva Recopilación*, publicada en 1567.<sup>44</sup> Sobre la base del *Ordenamiento de Montalvo* –como advertíamos con palabras de don Manuel Colmeiro líneas atrás–, eso sí, corregido y aumentado con las disposiciones ulteriores, y entre ellas, las *Leyes de Toro*, el nuevo cuerpo legal constaría de casi cuatro mil leyes dispuestas en nueve libros. Técnicamente –advierte el profesor José Antonio Escudero<sup>45</sup>– no fue mucho más allá de la compilación del abulense. Sin embargo, es la que perdurará, siendo el gran cuerpo legal de posteriores centurias; sucesivamente enriquecida en ediciones posteriores hechas desde el reinado de Felipe II, recogería las leyes que se fueran promulgando, insertas según su contenido en el libro y título correspondientes.

Sea como fuere, estas obras de codificación llamadas a constituir el cuerpo de Derecho público y de Derecho común español, frente a las quizá más modestas en ambiciones de sus coetáneas forales en los restantes reinos hispánicos, suponen gran novedad en una Europa que aún en su mayoría se regía, en el orden civil, sin ir más lejos, por la costumbre o por el cuerpo del Derecho Justiniano. Algo que antes bien ya superara de lejos Castilla cuando en el siglo XIII diera a luz la primera codificación nacional en que se consagra el universal código de las *Partidas*.

<sup>43</sup> Cfr. COLMEIRO (1884) p. 69.

<sup>44</sup> Cfr. ESCUDERO (2003) pp. 14 y 16.

<sup>45</sup> Cfr. *Ídem.*, (1986) p. 703.

Así reflexionaba Voltaire, por 1751, que es tanto como decir casi ayer, en su famoso Dialogue entre un plaideur et un avocat<sup>46</sup>: *“Et n’est-ce pas une chose absurde et affreuse que ce qui est vrai dans un village se trouve faux dans un autre ? Par quelle étrange barbarie se peut-il que des compatriotes ne vivent pas sous la même loi? (...) Il en est ainsi de poste en poste dans le royaume; vous changez de jurisprudence en changeant de chevaux”*.

#### IV. “CASTIELLA, CABEÇA É CORAÇON DESTOS REYNOS”

La unidad fundada en un sistema de leyes homogéneo y racional, sustentado por la ley divina natural o eterna, que engarza con una única fe, permite a España –cual acertadamente deja entrever Luis Suárez<sup>47</sup>– actuar en política interior y exterior desde la Corona de Castilla como órgano de centralización del poder de la Monarquía. Isabel la Católica transustancia Castilla en España, recordará don Eugenio D’Ors<sup>48</sup>: la hora de Castilla, da paso a la hora de España; luego sería la hora de Europa. Los Reyes Católicos fundaban una Monarquía sin alterar sustancialmente el marco institucional heredado; mas, y esta es su gran obra, perfeccionando y aquilatando los resortes de que disponía el poder central.<sup>49</sup>

Parafraseando expresión que en hora muy posterior formularía Napoleón Bonaparte por distintas circunstancias, desde luego, pero en igual afán codificador y unificador: tales son las *‘masses de granit’* que han de arrojarse sobre el suelo de la patria de suerte que se de unión a los dispersos *‘grains de sable’*.

Unidad en la fe, unidad en las leyes, que es unidad política; sí, pero, nos queda hablar de la administración, de lo público, que *“es complejidad, regularidad, previsión, automatismo perfecto. Una planta así no se da espontáneamente en ninguna parte, antes necesita un cultivo forzado. Entre nosotros, para qué decir –acierta con su exclamación Eugenio D’Ors– ... La fórmula de los Reyes Católicos, que había sido la de Roma y fue más tarde la de Francia, consistió en la centralización”*.<sup>50</sup> Pilar sólido, granítico, ya asentado, sobre el cual pudo don Felipe, bien por azares segundo de este nombre, gobernar todo un orbe desde su despacho, allí alejado en el Escorial, en un pequeño habitáculo de sus aposentos, o en el llamado cuarto alto del Alcázar de Madrid, acaso desde Aranjuez, en primavera, Valsaín o el Pardo, en otoño;

---

<sup>46</sup> VOLTAIRE (1830) p. 382.

<sup>47</sup> Cfr. SUÁREZ (1989) p. 16.

<sup>48</sup> D’ORS (1982) p. 29.

<sup>49</sup> Cfr. SUÁREZ (1998) pp. 89 y 90.

<sup>50</sup> D’ORS (1982) p. 29.

pero también en el campo, o en el camino de ida y vuelta, que son ya también lugares de trabajo.<sup>51</sup>

La fecunda iniciativa y el recto criterio de los Reyes Católicos en las de Toledo, rayaron muy alto –diría don Manuel Colmeiro<sup>52</sup>–. No menos de treinta y seis capítulos consagraron a la organización del que fuera con el tiempo *Consejo Supremo y Real de Castilla*, como verdadera cúspide de la administración central. Diéronle nueva planta, y lo compusieron de un prelado, tres caballeros y ocho o nueve letrados, para que continuamente se juntasen y despachasen todos los negocios con brevedad. Los caballeros y letrados que tenían título de Consejo podían entrar y hablar de sus propios negocios, pero debían salir después de haber hablado. Los arzobispos, obispos, duques, condes, marqueses y maestros de las órdenes militares podían permanecer en la sala del Consejo; mas solamente los letrados diputados para el despacho de los negocios los libraban. Por este rodeo –añade don Manuel– llegaron los Reyes Católicos a entregar el poder a los juristas: “*hombres de mediana condición, llanos en su trato, versados en la ciencia del Derecho, celosos en la aplicación de las leyes, cuyos hábitos de secreto y disciplina facilitaron la organización de la magistratura, cuerpo destinado a templar con el respeto a la justicia el rigor de la monarquía*”.

El Consejo quedó dividido en salas, que dieron origen a otros tantos Consejos. Prefigurando así el *régimen polisinodial* cuya institución y novedad, desde entonces hasta casi ayer, sería el eje de la monarquía tradicional de España.<sup>53</sup>

Según cuenta Hernando del Pulgar<sup>54</sup>, en un conocido pasaje de su *Crónica*, se reunían a diario en el palacio real “*çinco Consejos, en çinco apartamientos*”, los cuales debieron ser propiamente, cual advierte el profesor José Antonio Escudero<sup>55</sup>, secciones distintas de un mismo Consejo, el *Real de Castilla*, que entendían de cierto tipo de asuntos específicos que luego requerirían la constitución de Consejos independientes. El de Aragón, como tal Consejo independiente, no se crearía hasta 1494; y tal fue cosa de Fernando

<sup>51</sup> Cfr. ESCUDERO (2002) pp. 14, 45 y 47.

<sup>52</sup> COLMEIRO (1884) pp. 53 y 54.

<sup>53</sup> Cfr. *ídem.*, p. 53.

<sup>54</sup> Cfr. PULGAR (1943) pp. 421 y 422.

<sup>55</sup> Cfr. ESCUDERO (1986) p. 570. Véase también, de Dios (1982) pp. 176 y 177.



el Católico, en clara respuesta política a las agrias relaciones que mantenía con las Diputaciones y Cortes de Aragón.<sup>56</sup>

Radicados en Toledo, con ocasión de aquellas Cortes, *“en el palacio donde el rey e la reyna posauan”*, resultan ciertamente identificables, según el relato del cronista, los futuros Consejos de Estado, Real de Castilla, de Aragón, de la Hermandad y de Hacienda. Una entendía de las *“enbaxadas”*, de las *“cosas que se tratauan en corte de Roma con el Santo Padre”* y *“para las otras cosas que heran necesarias de se proveer por expediente”*, donde los reyes se reunían con sus secretarios, algunos grandes y otros consejeros para tratar de los asuntos de los *“reynos estraños que venían a ellos”*, *“e con el rey de Francia, e con los otros reyes”*. La segunda, escuchaba las peticiones y las apelaciones de justicia; compuesta de prelados y doctores, *“entendían en oyr las peticiones que se davan, e en dar cartas de justiçia”*, examinaba los pleitos y procesos que ante ella pendían, viendo *“demandas e respuestas e proçesos e ynformaçiones que venían de todas partes del reyno”* y *“por ser muchas las causas, e de diversas calidades, repartían entre sí los cargos para hazer relaçion en aquel Consejo”*; después *“todos juntos veían las relaciones de los proçesos, e davan secretamente sus votos, e pronunciavan todos juntos las sentencias definitivas en las causas; aviéndolas primero platicado, oyendo las disputas de los letrados”*. En otra sala se entendía de los asuntos de la Corona de Aragón donde *“estavan caualleros e doctores naturales de Aragón e de Cataluña e de todo el reyno de Seçilia, e de Valençia”*, instruidos en los fueros y costumbres de aquellos reinos, según convenía para despachar con acierto las peticiones y demandas, y en general los negocios que a los dichos lugares se referían, que *“veyan las peticiones e demandas, e todos los otros negoçios de los que venían de aquellos reynos ante el Rey e ante la Reyna; e éstos entendían en los oyr e expedir”*. También tenían la suya los diputados de las Hermandades que formaban el Consejo de la Hermandad *“que veyan e expedían todas las cosas concernientes a las Hermandades, según las leyes que tenían”*. Formaban distinta sala los contadores mayores *“e ofiçiales de los libros de la hacienda e patrimonio real”*, los cuales *“facían las rentas, e librauan las gracias y mercedes, e otras cosas que el Rey e la Reyna facían”*, determinando *“las causas que convenían a la hacienda e patrimonio real”*.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Cfr. SUÁREZ (1989) pp. 17 y 18, 33 y 34, 213 y 214. La iniciativa adoptada por don Fernando, mediante la pragmática de 1494, consistió en crear una institución similar a la castellana. Con ello, por una parte, afianzaba que los asuntos de Aragón se insertaran en la especializada administración central y, por otra, de paso, se aseguraba el que las Diputaciones y Cortes en Aragón pasaran a un segundo plano en sus relaciones con el monarca.

<sup>57</sup> Cfr. PULGAR (1943) pp. 421 y 422.



De todos estos *Consejos*, dice del Pulgar, “*recorrían al Rey e la Reyna con cualquier cosa de facultad que ante ellos venía. E las cartas e prouisiones que dauan eran de grand ynportançia; firmáuanlas en las espaldas los que estauan en estos Consejos, e el Rey e la Reyna firmavan de dentro*”.<sup>58</sup>

De posterior institución, como el Consejo de Aragón, sería el Consejo de la Suprema y General Inquisición, que el profesor José Antonio Escudero<sup>59</sup> sitúa a partir de 1488, según constaría del texto de las Instrucciones de Valladolid de esa fecha; por ser primera referencia explícita, en su capítulo cuarto, del incipiente Consejo de la Inquisición entonces existente, y donde, a propósito de las dificultades reconocidas en la sustanciación de los procesos, se acuerda que, una vez ultimados, el fiscal de cada tribunal remita copia a Torquemada “*para que su paternidad reverenda lo mande ver por los letrados del Consejo de la Santa Inquisición o por aquéllos que su reverenda paternidad viere que cumple*”. Se reunieron allí en Valladolid “*todos los inquisidores y assessores de todas las inquisiciones destos reynos de Castilla y Aragón*”. La escueta referencia, no obstante, a juicio de José Antonio Escudero, induce a imaginar un Consejo recién e informalmente constituido.<sup>60</sup> Mas, sea como fuere, ya desde sus mismos inicios, la importancia como tal Consejo residiría en la estatalización de la unidad religiosa, al insertarse en el mismo aparato administrativo de la Monarquía.<sup>61</sup>

La ordenación del sistema de Consejos, como órganos propios y generales de administración y gobierno centrales, con los que la Monarquía cobraba entidad administrativa autónoma, daba así inicio en el reinado de los Reyes Católicos desde Castilla. Desarrollándose a lo largo del siglo XVI, contaría ya en el siglo XVII con quince organismos colegiados en los que se articularía la administración central.<sup>62</sup>

A ello se llega, primero, por el mantenimiento de los Consejos ya existentes, Castilla, Aragón e Inquisición, y, segundo, por la segregación como entidades autónomas de lo que fueran secciones del Consejo de Castilla, en particular las de Estado y Hacienda. Finalmente, por la creación de organismos nuevos para hacer frente a nuevos retos territoriales y de organización de la Monarquía.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> *Ídem.*, p. 422.

<sup>59</sup> *Cfr. ESCUDERO (2005)*, pp. 177 y 211.

<sup>60</sup> *Ídem.*, p. 211.

<sup>61</sup> *Cfr. ídem.*, pp. 16 y 159.

<sup>62</sup> *Cfr. ESCUDERO (1986)* p. 759. Véase también DE DIOS (1982) pp. 177 y 180.

<sup>63</sup> *Cfr. ídem.*

Esta magnífica organización administrativa por asuntos de Estado, díganse ministeriales y territoriales, tiene su sede en Corte, que desde 1561 don Felipe II establece de manera permanente en Madrid, transformando un aparato trashumante de efectivos reducidos en un centro de poder que albergaría al rey más poderoso y a la administración de la más extensa Monarquía.<sup>64</sup> Por el ala norte del segundo patio del viejo Alcázar de Madrid, pululaban secretarios de Estado, consejeros, embajadores, oficiales.<sup>65</sup> Esto significa centralismo y rigor burocrático. Se impone desde entonces, como una constante en la vida española, el viaje a Madrid “*para arreglar asuntos*”. El resolverlo todo “*por papeles*” resulta ya una necesidad; y para que esos papeles puedan llegar un día tras otro a su destino es preciso que el gobierno no se mueva de un punto fijo.<sup>66</sup>

Con todas las críticas revisionistas posteriores que, ya por defecto ya por exceso del carácter estatal hispánico, hayan querido arrojarse sobre este orden centralizado de lo público, prueba es suficiente de admiración de nuestra Monarquía el que su sistema fuera imitado, con mayor o menor fortuna y fidelidad, por las demás aledañas en su andar hacia lo estatal.

Pese al antagonismo entre el reino de Francia y la Monarquía Hispánica convertido en haz de mutuas condenas<sup>67</sup> cuando ya la flecha de Saavedra Fajardo apuntaba a su “*declinación*”, “*la Monarquía Católica sirve de modelo a la del Rey Cristianísimo en muchos aspectos, por ser su organización más avanzada en el orden burocrático, económico, militar..., y por estar dotada de mayor dinamismo*”.<sup>68</sup> Y tal fue en la época de Luis XIV, como en los tiempos de la España ascendente, durante el siglo XVI y primeros decenios del XVII, hasta detalles que descuellan con sublime olor al sobrio ropaje de don Felipe II. Cuando Enrique III dio entrada a los secretarios de Estado con su reforma de 1588, a imagen de la Hispánica, se exigió que fueran “*très bons catholiques*” y que despacharan con el rey todos los días “*à cinq heures du matin*”.<sup>69</sup> Sobriedad que, sin embargo, no casa con lo de madrugador, que al parecer don Felipe no era en eso de despachar con los secretarios de Estado.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup> DOMÍNGUEZ (2000) p. 43.

<sup>65</sup> ESCUDERO (2002) pp. 43 y ss.

<sup>66</sup> *Cfr.* COMELLAS (1978) pp. 332 y 334.

<sup>67</sup> *Cfr.* JOVER y LÓPEZ-CORDÓN (1986) pp. 433 y ss.

<sup>68</sup> DíEZ DEL CORRAL (1998) p. 2123.

<sup>69</sup> *Cfr.* CLÉMENT (1848) p. 29.

<sup>70</sup> *Cfr.* ESCUDERO (2002) p. 48.

Y si tal libó Francia de España, qué decir de Inglaterra que construiría un imperio propio allí donde España dejaba su magna Monarquía, más de tres siglos después de cuando la iniciara Castilla, hasta llegar en hora reciente a la admirada *British Commonwealth of Nations*, que casi parece resucitar el viejo sueño isabelino de *Res publica hispana* como *universitas*, de monarquía y de corona como corporación de pueblos libres e iguales, unidos por unas creencias, una tradición y unos lazos históricos comunes.

Cuando doña Isabel la Católica en su testamento habla de unidad, habla de expansión nacional, y vota claramente por una extensa *Res publica*<sup>71</sup>, con admirables cláusulas relativas al Nuevo Mundo cuyos habitantes son considerados tan súbditos de la Monarquía como los aliviados por la Sentencia arbitral de Guadalupe y la pragmática de Medina del Campo. “*Vecinos e moradores*” los llama la Reina, y por iguales en derechos y libertades los tiene. Undécima cláusula la de su Codicilo que dice así: “*por quanto al tiempo que nos fueron conçedidas por la sancta Se Apostolica las Yslas e Tierra Firme del Mar Oçeano, descubiertas e por descubrir, nuestra prinçipal yntençión fue, al tienpo que lo suplicamos al papa Alexandro Sexto, de buena memoria, que nos hizo la dicha conçession, de procurar de ynduzir e traer los pueblos dellas e les conuertir a nuestra sancta fe catholica, e enbiar a las dichas Islas e Tierra Firme prelados e religiosos e clérigos e otras personas doctas e temerosas de Dios, para ynstruir los vezinos e moradores dellas en la fe catholica, e les ensennar e doctrinar buenas costunbres, e poner en ello la diligencia deuida, segund mas largamente en las letras de la dicha conçession se contiene, por ende suplico al rey mi señor (...) e encargo e mando (...), que asi lo hagan e cunplan, e que este sea su prinçipal fin, e que en ello pongan mucha diligencia, e no consientan nin den lugar que los yndios, vezinos e moradores de las dichas Yndias e Tierra Firme, ganadas e por ganar, reçiban agrauio alguno en sus personas ni bienes, mas manden que sean bien e justamente tratados, e si algund agrauio han reçebido lo remedien e provean por manera que no se exçeda en cosa alguna lo que por las letras apostólicas de la dicha conçession nos es iniungido e mandado*”.<sup>72</sup>

Bien podría decirse que la grandeza de aquellas naciones que nos son vecinas, empieza donde termina la hispánica. Cuando ellas empezaron a creer, la nuestra dejó de hacerlo. Francia sería finalmente conservadora y católica; Inglaterra tradicional y firme defensora de libertades políticas. Cuando ellas se despojaron de sus tiranos, nosotros creamos los nuestros.

<sup>71</sup> Cfr. D'ORS (1982) p. 82.

<sup>72</sup> Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE ARCHIVOS Y BIBLIOTECAS (1969) pp. 42 y 43.

También Roma dejó de creer un día en Roma, y los pueblos germánicos creerían más en Roma que la Roma misma. Lo propio reza en *Hispania*, hasta en horas en que Roma era ya sólo un sueño lejano.

## CONCLUSIONES

La Monarquía Hispánica supo libar las enseñanzas castellanas profundamente imbricadas en lo político de aquella genuina hacedora que fue Grecia, la del buen gobierno, que ya las *Partidas* recogen del pensar del Estagirita, y, en singular sintonía, de lo jurídico y de lo público, que fue obra de Roma, pues allí resoplan a cada momento Ulpiano, Gayo, Marciano, Salustio, Cicerón y Séneca. Y sobre esa tradición clásica crea un modelo de Estado propio, con una filosofía política propia, que engarza con la tradición isidoriana y la Escolástica tomista, donde *res publica* y *τό κοινή συμφέρον* se funden en afortunada interpretación que resulta en el bien común, en la “*pro comunal de todos*” de la que hablan las *Partidas*.<sup>73</sup>

Y si hubo Estado genuinamente hispánico, a la par que una filosofía política hispánica, no menos cabe decir de una resultante razón de Estado, propiamente hispánica también, desapegada del Exótero maquiavélico y bodiniano, mas razón de Estado, en efecto, que no “de establo”, según célebre expresión, tan manida, de Baltasar Gracián<sup>74</sup>. Una otra, desde luego, razón de Estado, sólida y verdadera, donde hubieran de primar la justicia y el bien común. Pues el Estado aparece definido en razón de su finalidad, que es el bien, no el mal, no para hacer el daño, sino para el beneficio, ayuda y provecho de aquellos que concedieron por su propio consentimiento la *potestas*, la *facultas gubernandi* o *gubernare*, que es capacidad para administrar y dirigir todos los poderes al bien común.<sup>75</sup>

Así se erigían frente a frente, dos concepciones de Estado, con sus respectivas teorías y razones, y dos filosofías políticas, la del buen gobierno y la de la perpetuación y conservación del poder, la del poder limitado y la de su carácter incondicionado, la que buscaba el fundamento de la ley y la justicia en la ley divina, eterna y natural, y la que lo hacía en la ley positiva.

---

<sup>73</sup> Cfr. v.g., *Partidas*, II, 1, 10, referido al buen gobierno; *Partidas*, I, 1, 16, en relación con la leyes; *Partidas*, I, 2, 2, y I, 2, 5, respecto de los usos y costumbres; y *Partidas*, I, 3, 8, en lo que concierne a los fueros.

<sup>74</sup> GRACIÁN (1960) p. 583.

<sup>75</sup> Cfr. SÁNCHEZ (1959) pp. 109 y 110, 125 y 126.

Escribía Saavedra Fajardo en su empresa XXII, *Praesidia Maiestatis*: “El fundamento principal de la Monarquía de España, i el que la levantò, i la mantiene, es la inviolable observacion de la lusticia, i el rigor con que obligaron siempre los Reyes, a que fuese respetada”<sup>76</sup>. “Execute el Príncipe con valor las vezes, que tiene de Dios, i del Pueblo sobre sus Subditos, pues la lusticia es la que le diò el Ceptro, i la que se le a de conservar: Ella es la mente de Dios: la armonía de la Republica, i el presidio de la Magestad”<sup>77</sup>.

La Monarquía Católica –en decir de Luis Suárez<sup>78</sup>– al reconocer un principio de igualdad de derechos entre todos los súbditos y abrir las puertas a cualquier apelación, garantizaba unos mínimos de libertad que la colocaban muy por encima de sus coetáneas. Sometida a normas de moral bastante rigurosas, admitía que el poder, es en sí mismo limitado. En la realidad práctica dichos límites, que ponían a resguardo de la tiranía, eran dos: por arriba los principios éticos consagrados en la ley divina natural o eterna, y por debajo, el conjunto de fueros, leyes, usos y buenas costumbres. Forma de Estado, en fin, que aseguraba la unidad de los reinos hispánicos, todos ellos con una tradición ya vieja, haciendo real lo que muchas veces se ha repetido: la unidad en la pluralidad como forma de vida política superior.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2011): “Francisco Suárez y los límites del poder político”, en SÁNCHEZ GARRIDO, Pablo, y MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo (ed.), *Historia del análisis político* (Madrid, Editorial Tecnos) pp. 267-277.

BERNÁLDEZ, Andrés (1870): *Historia de los Reyes Católicos, D. Fernando y Dña. Isabel* (Sevilla, Imprenta que fue de D. José María Geofrín, edición de Bibliófilos Andaluces) Tomo I.

CLÉMENT, Pierre (1848): *Le gouvernement de Louis XIV ou la cour, l'administration, les finances et le commerce de 1683 à 1689* (París, Chez Guillaumin et Cie., Libraires).

COLMEIRO, Manuel (1883): *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla, Introducción escrita y publicada de orden de la Real Academia de la Historia* (Madrid, Sucesores de Rivadeneyra Impresores de la Real Casa) Volumen I.

<sup>76</sup> SAAVEDRA (1642) p. 149.

<sup>77</sup> Ídem., p. 152.

<sup>78</sup> Cfr. SUÁREZ (1998) pp. 95 y 96.

- \_\_\_ (1884): *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla. Introducción escrita y publicada de orden de la Real Academia de la Historia* (Madrid, Sucesores de Rivadeneyra Impresores de la Real Casa) Volumen II.
- COMELLAS, José Luis (1978): *Historia de España Moderna y Contemporánea* (Madrid, Ediciones Rialp).
- D'ORS, Alvaro (1987): *La violencia y el orden* (Madrid, Ediciones Dyrsa).
- D'ORS, Eugenio (1982): *La vida de Fernando e Isabel* (Barcelona, Editorial Juventud).
- DE DIOS, Salustiano (1982): *El Consejo Real de Castilla* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- DÍEZ DEL CORRAL, Luis (1998): *La Monarquía Hispánica en el pensamiento político europeo. De Maquiavelo a Humboldt*, en *Obras completas* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) Tomo III.
- DIRECCIÓN GENERAL DE ARCHIVOS Y BIBLIOTECAS (1969): *Testamento y Codicilo de la Reina Isabel La Católica, 12 de octubre y 23 de noviembre de 1504*, nota preliminar de Luis VÁZQUEZ DE PARGA (Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia).
- DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio (2000): "Castilla-León en la España Moderna", en *Castilla y España* (Valladolid, Instituto Universitario de Historia de Simancas) pp. 19-45.
- ELÍAS DE TEJADA Y SPÍNOLA, Francisco (1991): *Historia de la literatura política en las Españas* (Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas) Volumen III.
- ESCUDERO, José Antonio (1986): *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas* (Madrid, José Antonio Escudero editor).
- \_\_\_ (2002): *Felipe II: El Rey en el despacho. Discurso leído el día 3 de marzo de 2002 en el acto de su recepción pública* (Madrid, Real Academia de la Historia).
- \_\_\_ (2003): "Sobre la génesis de la Nueva Recopilación", *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 73: pp. 11-34.

- \_\_\_\_ (2005): *Estudios sobre la Inquisición* (Madrid, Marcial Pons).
- RAMÍREZ, Juan (1973): *Libro de Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos*, edición facsimilar por Alfonso García-Gallo y Miguel Ángel Pérez de la Canal (Madrid, Instituto de España) Volumen I.
- GRACIÁN, Baltasar (1960): *El Criticón*, en *Obras completas*, Estudio preliminar, edición, bibliografía y notas e índices de Arturo del Hoyo (Madrid, Aguilar).
- IGLESIAS, Juan (1985): *Roma. Claves Históricas* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Seminario de Derecho Romano, Facultad de Derecho).
- JOVER ZAMORA, José María, y LÓPEZ-CORDÓN CORTEZO, María Victoria (1986): "La imagen de Europa y el pensamiento político-internacional", en *El siglo del Quijote (1580-1680)*, *Historia de España de Ramón Menéndez Pidal*, Tono XXVI (Madrid, Editorial Espasa-Calpe) Volumen I.
- MARTÍNEZ MARINA, Francisco (1820): *Teoría de las Cortes o Grandes Juntas Nacionales de los reinos de León y Castilla. Momentos de su constitución política y de la soberanía del pueblo* (Madrid, Fermín Villalpando Impresor de Cámara de S. M) Tomo III.
- MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo (2007): "¿Qué ha aportado España al mundo?", *Altar Mayor*, nº 111 extraordinario: pp. 41-54.
- MENÉNDEZ PELAYO, Marcelino (1965): *Historia de los Heterodoxos Españoles* (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC) segunda edición) Volumen I.
- \_\_\_\_ (1967): *Historia de los Heterodoxos Españoles* (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC) segunda edición) Volumen II.
- PULGAR, Fernando del (1943): *Crónica de los Reyes Católicos*, edición y estudio de Juan de Mata CARRIAZO (Madrid, Editorial Espasa-Calpe) Volumen I.
- REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA (1882): *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla* (Madrid, Rivadeneyra) Tomo IV.



SAAVEDRA FAJARDO, Diego de (1642): *Idea de un príncipe político cristiano representada en cien empresas*. Sobre la edición de 1640 de Mónaco (Múnich) en la *emprenta* de Nicolao Enrico (Milán, no consigna nombre del impresor).

SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1959): *El concepto del Estado en el pensamiento español del siglo XVI* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos).

SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis (1989): *Los Reyes Católicos. Fundamentos de la Monarquía*, (Madrid, Ediciones Rialp).

\_\_\_\_ (1998): *Claves históricas en el reinado de Fernando e Isabel* (Madrid, Real Academia de la Historia).

\_\_\_\_ (2004): *Isabel I, Reina* (Barcelona, Ediciones Folio).

VICENS VIVES, Jaime (1945): *Historia de los remensas en el siglo XV* (Barcelona, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Jerónimo Zurita).

VOLTAIRE (1830): *Mélanges*, en *Oeuvres Tomo XXXIX*, BEUCHOT, Adrien Jean Quentin (ed.) (París, Firmin-Didot frères) Tomo III.



COMENTARIOS DE  
JURISPRUDENCIA



# JURISDICCIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: ANÁLISIS DE LOS CASOS ENTABLADOS CONTRA CHILE

## *Jurisdiction of the International Court of Justice: analysis of the cases against Chile*

GABRIELA TERESITA MASTAGLIA\*

Pontificia Universidad Católica de Argentina  
Paraná, Argentina

**RESUMEN:** El presente trabajo aborda el análisis de la problemática de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia a partir de los casos planteados ante dicho tribunal contra Chile. Desde esa perspectiva y encuadre del análisis se examina la jurisprudencia de la Corte sobre aspectos procesales relativos a su competencia, específicamente, sobre la procedencia de un pronunciamiento preliminar o en oportunidad de expedirse sobre el fondo del asunto atendiendo a las dificultades surgidas de la aplicación del artículo VI del Pacto de Bogotá, así como de la determinación del “objeto” de la diferencia que debe efectuar la Corte para decidir sobre su competencia y sus efectos en la sentencia definitiva del caso.

**PALABRAS CLAVE:** Corte Internacional de Justicia, Jurisdicción, Pacto de Bogotá.

---

\* Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Público del Departamento de Derecho y Adjunta a cargo de las Cátedras de Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales del Departamento de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Facultad “Teresa de Ávila” de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Paraná, Argentina. Doctora en Ciencias Jurídicas. Correo electrónico: <gtmastaglia@gmail.com>.

**Comentario de jurisprudencia recibido el 29 de octubre de 2015 y aprobado el 11 de abril de 2016.**

**ABSTRACT:** *This work analyzes the jurisdiction of the International Court of Justice through the cases against Chile submitted to that tribunal. From that perspective and framework it is examined the jurisprudence of the Court concerning procedural matters on its competence, in particular, whether in the circumstances of the case, an objection lacks an exclusively preliminary character or the Court must reserve its decision on this issue for further proceedings, considering the difficulties relating to the application of article VI of the Pact of Bogotá and the determination of the subject-matter of the dispute by the Court in order to decide about its jurisdiction and its effects on the final judgment.*

**KEYWORDS:** *International Court of Justice, Jurisdiction, Pact of Bogotá.*

## I. LOS CASOS PLANTEADOS CONTRA CHILE ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La República de Chile (de aquí en más Chile) ha sido llevada ante la Corte Internacional de Justicia (de aquí en más la Corte) en tres oportunidades. La primera fue en el año 1955 por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (de aquí en más el Reino Unido); la segunda, en 2008 por la República de Perú (de aquí en más Perú)<sup>1</sup>; y la tercera, en 2013 por el Estado Plurinacional de Bolivia (de aquí en más Bolivia).

En todos los casos la cuestión de fondo versaba sobre reclamos territoriales, pero en solo dos de ellos Chile objetó la jurisdicción de la Corte, específicamente en los casos entablados por el Reino Unido y Bolivia.

En el caso *Antártida (Reino Unido v. Chile)*<sup>2</sup>, la cuestión en *litis* versaba sobre la soberanía sobre ciertas islas y territorios en la Antártida ubicados entre los 53° a 80° de longitud oeste y al sur de los 58° de latitud sur.

Chile no había emitido la declaración contemplada en el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (de aquí en más el Estatuto) ni había aceptado por ningún otro acuerdo la jurisdicción de la Corte respecto de la cuestión planteada, por lo que el Reino Unido apeló al denominado *forum prorogatum*. Chile no aceptó la jurisdicción de la Corte por lo que

---

<sup>1</sup> *Perú v. Chile* (2014).

<sup>2</sup> *Reino Unido v. Chile* (1956).

esta dispuso la remoción del caso de la lista de casos por orden de fecha 16 de marzo de 1956.

En el caso *Obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico (Bolivia v. Chile)*<sup>3</sup>, conforme los términos en que interpretó la Corte la solicitud de incoación del procedimiento presentado por Bolivia, el objeto de la disputa versa sobre la obligación de negociar de buena fe un acceso soberano de Bolivia al Océano Pacífico y, en su caso de ser así, si Chile no ha cumplido con dicha obligación.<sup>4</sup>

La competencia de la Corte para entender en el caso fue sustentada por Bolivia en las disposiciones del Pacto de Bogotá y objetada por Chile con fundamento en ese mismo tratado por entender que el objeto del diferendo era un asunto ya resuelto entre las partes. Chile sostenía que las cuestiones en litigio eran, en verdad, la soberanía territorial y la naturaleza del acceso de Bolivia al Océano Pacífico.<sup>5</sup> La Corte entendió por el contrario que la solicitud se centraba en la obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia y no el derecho de este país a un acceso soberano.

---

<sup>3</sup> *Bolivia v. Chile* (2015a).

<sup>4</sup> Así en el fallo se dice: “34. *In view of the foregoing analysis, the Court concludes that the subject-matter of the dispute is whether Chile is obligated to negotiate in good faith Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean, and, if such an obligation exists, whether Chile has breached it*”. (Traducción de la autora: 34. A la luz de lo precedente, la Corte concluye que el objeto del diferendo reside en la cuestión de saber si Chile tiene la obligación de negociar de buena fe un acceso soberano de Bolivia al Océano Pacífico y, de ser ello afirmativo, si Chile ha faltado a esa obligación).

<sup>5</sup> La posición de Chile es tomada del fallo de la Corte para evitar interpretaciones de la objeción de Chile de carácter personal y de esa forma ajustarse a lo que ese tribunal entendió para una mejor comprensión de su decisión. Así, la Corte dijo: “22. *In its preliminary objection, Chile claims that, pursuant to Article VI of the Pact of Bogotá, the Court lacks jurisdiction under Article XXXI of the Pact of Bogotá to decide the dispute submitted by Bolivia. Chile maintains that the matters at issue in the present case are territorial sovereignty and the character of Bolivia’s access to the Pacific Ocean*”. (Traducción de la autora: “22. En su excepción preliminar, Chile afirma que, por efecto del art. VI del Pacto de Bogotá, la Corte no tiene competencia en virtud del artículo XXXI de este mismo instrumento para pronunciarse sobre el diferendo sometido por Bolivia. Sostiene que las cuestiones en litigio en el presente caso son la soberanía territorial y la naturaleza del acceso de Bolivia al Océano Pacífico”).

## II. LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. ATRIBUCIÓN FACULTATIVA

El término competencia (en el texto en español del Estatuto) o *jurisdiction* (en el texto en inglés del Estatuto) refiere a la facultad de la Corte para decidir en un caso que se le someta a su consideración.

Si bien se suele caracterizar a la jurisdicción de la Corte como “obligatoria”, lo cierto es que es voluntaria o facultativa puesto que para que la Corte cuente con competencia para decidir un caso es necesaria una aceptación previa de la misma por los Estados, no siendo suficiente el hecho de ser parte en el Estatuto. La razón de tal regla se encuentra en que los Estados son soberanos y no pueden ser obligados a someterse a un determinado sistema o medio de solución de controversia sin que medie su consentimiento para ello.

En este sentido es dable recordar la regla establecida en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas), en la cual se expresa que el arreglo de las controversias internacionales se basará en la igualdad soberana de los Estados y se hará conforme al principio de libre elección de los medios, así como que el recurso a un procedimiento de arreglo aceptado libremente por los Estados, o la aceptación de tal procedimiento, con respecto a las controversias existentes o futuras en que sean partes, no se considerará incompatible con la igualdad soberana.

Por ello, si bien el Estatuto de la Corte (en adelante el Estatuto) forma parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas y todos los miembros de dicha organización son *ipso facto* partes en el Estatuto, tal circunstancia no implica la aceptación automática de la competencia de la Corte para los Estados partes en ambos documentos. A tal efecto resulta necesario que los Estados acepten la jurisdicción de la Corte por otro acto internacional (artículos 92 y 93, inc. 1° de la Carta de las Naciones Unidas y artículo 36 del Estatuto).

Los Estados pueden emitir una declaración unilateral en cualquier momento por la que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico. Esa declaración debe ser remitida para su depósito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias de ellas a las Partes en el Estatuto

y al Secretario de la Corte (artículo 36, inc. 2 y 4 del Estatuto). La disposición del artículo 36, inc. 2 del Estatuto es conocida como “cláusula facultativa”.<sup>6</sup>

Al mes de octubre de 2015, 72 Estados han depositado la declaración del artículo 36, inc. 2 del Estatuto, entre los que no se cuentan ni Chile, ni Bolivia. Perú y el Reino Unido han depositado la misma; Perú en el año 2003 y el Reino Unido en el año 2014.<sup>7</sup>

La declaración antes referida no es la única forma admitida para la aceptación de la competencia de la Corte.

El artículo 36 inc. 1° del Estatuto establece que la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las Partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados o convenciones vigentes.

Pese a la referencia que se efectúa a “*todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas*”, ningún artículo de la misma contempla tales asuntos que habiliten la jurisdicción obligatoria de la Corte para los Estados miembros de la organización.

La segunda modalidad de aceptación de la jurisdicción de la Corte para los Estados es mediante la celebración de tratados multilaterales (v.g. el Pacto de Bogotá de 1948) o bilaterales (v.g. el Estatuto del Río Uruguay de 1975), por el cual las partes acuerdan someter las controversias que se contemplen en dichos tratados a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.

El artículo 40 inc. 1° del Estatuto también contempla la aceptación de la jurisdicción de la Corte por medio de un acuerdo especial denominado “*compromiso*” celebrado entre los Estados por el cual convienen en someter el caso a la Corte. El compromiso se utiliza para un asunto determinado que ha nacido antes de que las partes hayan decidido someterlo al Tribunal mediante un acuerdo concreto entre ellas. Constituye un reconocimiento de las partes de la existencia del conflicto y un convenio para que sea resuelto por la Corte. Define en general el objeto de la disputa y las bases sobre las cuales la Corte debería emitir su decisión.<sup>8</sup> Cabe citar como ejemplo en el ámbito americano de esta modalidad de aceptación de la jurisdicción de la

---

<sup>6</sup> KOROMA (1997) pp. 434 y 435; DIEZ DE VELASCO (2005) pp.938 y 939.

<sup>7</sup> Conforme los datos oficiales brindados por la Corte Internacional de Justicia. Disponibles en: <<http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3>>.

<sup>8</sup> KOROMA (1997) pp. 434 y 435; DIEZ DE VELASCO (2013) pp. 1004.

Corte el caso *Diferendo fronterizo, terrestre, insular y marítimo (El Salvador v. Honduras, interviniendo como tercero Nicaragua)*.<sup>9</sup>

La última posibilidad es a través del *forum prorrogatum* contemplado en el artículo 38, inc. 5 del Reglamento de la Corte. En tal supuesto no media previamente a la presentación de solicitud de incoación del procedimiento la aceptación de la jurisdicción de la Corte en el caso por parte del Estado contra el cual se dirige.<sup>10</sup> La solicitud no será, sin embargo, inscrita en el Registro General ni se efectuará ningún acto de procedimiento hasta tanto el Estado contra quien se haga no haya aceptado la competencia de la Corte a los efectos del asunto de que se trate. En ese caso se transmite la solicitud a ese Estado. Si acepta la jurisdicción de la Corte, esta podrá decidir sobre el diferendo que le es sometida. Caso contrario, no se prosigue con el procedimiento.

Las cuestiones sobre la competencia de la Corte se deciden por ese tribunal. Pueden ser opuestas por medio de la interposición de una medida preliminar. También una vez presentada la solicitud y después de que el Presidente se haya reunido y celebrado consultas con las partes, la Corte podrá decidir la necesidad de pronunciarse sobre cualquier cuestión de competencia y admisibilidad por separado (artículo 36 inc. 6 del Estatuto y artículo 7 incs. 1° y 2° del Reglamento).

Interpuesta la excepción preliminar no se prosigue con el procedimiento sobre el fondo, se sustancia el trámite previsto en el artículo 79 del Reglamento y la Corte decidirá el rechazo o la admisión de la excepción. En el primer caso, se continúa el trámite del procedimiento de fondo.

Cabe la posibilidad, sin embargo, que la Corte se pronuncie sobre su competencia al examinar el fondo del diferendo planteado ya sea por efecto de un acuerdo de partes o porque la Corte entiende que por las características del caso la excepción no tiene un carácter exclusivamente preliminar (artículo 79 incs. 9 y 10 del Reglamento).

Lo expresado justifica los requisitos exigidos para la presentación de la solicitud de incoación del procedimiento, esto es, que en la misma se consignen los fundamentos de derecho en que se basa el demandante para considerar competente a la Corte, la naturaleza precisa de lo demandado y una exposición sucinta de los hechos y fundamentos en que se basa la demanda

---

<sup>9</sup> *El Salvador v. Honduras* (1992).

<sup>10</sup> KOROMA (1997) pp. 442 y 444.



(artículo 40 inc. 2 del Reglamento), cuestiones todas estas sobre las que se volverá *infra*.

### III. EL CASO ANTÁRTIDA. *FORUM PRORROGATUM*

En 1955, ni el Reino Unido ni Chile se encontraban vinculados por un acuerdo internacional que habilitara la jurisdicción de la Corte en un caso entre ellos. Tampoco hacia aquella época habían depositado la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte del artículo 36 del Estatuto. De hecho aún hoy Chile no ha emitido una declaración en ese sentido. Por todo lo cual la jurisdicción de la Corte no alcanzaba a ninguno de los Estados.

Ello explica que el Reino Unido apelara al mecanismo previsto para el *forum prorogatum*, presentando la solicitud de incoación del procedimiento, la que comunicada a Chile originó el rechazo de la jurisdicción por este país y la remoción del caso de la lista de casos.<sup>11</sup>

### IV. EL CASO OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR EL ACCESO AL OCÉANO PACÍFICO

#### 1. *El Pacto de Bogotá*

Tal como se indicó precedentemente, ni Chile ni Bolivia han depositado la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte prevista en el artículo 36 del Estatuto. Tampoco han acordado entre ellos un compromiso o un acuerdo internacional específico para el caso en *litis*, aceptando dicha jurisdicción. El sustento jurídico de la competencia de la Corte fue el denominado Pacto de Bogotá.

El Pacto de Bogotá se ha invocado para sostener la jurisdicción de la Corte en reiteradas oportunidades por fuera de los casos entablados contra Chile por Perú y Bolivia (v.g. en los casos *Concerniente a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua v. Honduras)*<sup>12</sup>; *Disputa territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua*

---

<sup>11</sup> El Reglamento de la Corte actualmente en vigencia fue adoptado el 14 de abril de 1978. El art. 38 inc. 5 de dicho Reglamento dispone que la solicitud no será inscrita en el Registro General ni se efectuará ningún acto de procedimiento hasta tanto el Estado contra quien se haga no haya aceptado la competencia de la Corte a los efectos del asunto de que se trate.

<sup>12</sup> *Nicaragua v. Honduras* (1988).

*v. Honduras*)<sup>13</sup>; *Disputa relativa a los derechos de la navegación y otros relacionados (Costa Rica v. Nicaragua)*<sup>14</sup>; *Ciertas actividades realizadas por Nicaragua en la región fronteriza y Construcción de una ruta en Costa Rica a lo largo del Río San Juan (Costa Rica v. Nicaragua)*<sup>15</sup>, entre otros.

La Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA), reflejando los propósitos y principios de la Organización de las Naciones, tiene entre sus propósitos el de afianzar la paz y la seguridad del continente americano y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre sus Estados miembros (artículo 2° incs. a) y c) de la Carta de la OEA, entre los que se cuentan, Bolivia y Chile.

El artículo 27 de la Carta de la OEA dispone que un tratado especial establecerá los medios adecuados para resolver las controversias y determinará los procedimientos pertinentes a cada uno de los medios pacíficos, en forma de no dejar que controversia alguna entre los Estados Americanos pueda quedar sin solución definitiva dentro de un plazo razonable.

El tratado en cuestión es el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, denominado Pacto de Bogotá (artículo LX Pacto de Bogotá) celebrado en 1948. Sobre 35 Estados miembros de la OEA, lo han firmado 20 Estados, habiéndolo ratificado solo 16 al mes de octubre de 2015.<sup>16</sup>

Tanto Chile como Bolivia son Partes en el mismo. Ambos firmaron el tratado en 1948 pero Chile lo ratificó el 21 de agosto de 1967 y Bolivia el 14 de abril de 2011. Los dos países efectuaron reservas.<sup>17</sup>

Bolivia formuló su reserva en oportunidad de firmar el Pacto de Bogotá y al ratificarlo en 2011.

Es de recordar que la Convención sobre Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante CVDT) contempla una regulación específica sobre las reservas a los tratados exigiendo que las que se formulen al momento de la firma de

---

<sup>13</sup> *Nicaragua v. Honduras* (2007).

<sup>14</sup> *Costa Rica v. Nicaragua* (2009).

<sup>15</sup> *Nicaragua v. Costa Rica* (2015).

<sup>16</sup> Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. Conforme información oficial brindada por la OEA.

<sup>17</sup> Conforme información oficial brindada por la OEA, disponible en <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-42.html>>.

un tratado que haya de ser objeto de ratificación, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado (artículo 23, inc. 2 CVDT 1969). La forma de prestación de consentimiento contemplada en el Pacto de Bogotá es la ratificación o la adhesión (artículos LII y LIV del pacto de Bogotá).

Sin embargo es de acotar que Bolivia no ha ratificado la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados al mes de octubre del año 2015.<sup>18</sup>

La reiteración de la reserva efectuada al firmar el tratado por parte de Bolivia encuentra su razón de ser en las normas sobre reservas a los tratados multilaterales interamericanos AG/RES. 102 (III-0/73) de 1973, que receptó muchas de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969, entre ellas, la regla del artículo 23 ya referido.

La reserva de Bolivia lo fue respecto del artículo VI del Pacto de Bogotá y reza así: *“La Delegación de Bolivia formula reserva al artículo VI, pues considera que los procedimientos pacíficos pueden también aplicarse a las controversias emergentes de asuntos resueltos por arreglo de las Partes, cuando dicho arreglo afecta intereses vitales de un Estado”* (Reserva hecha al firmar el Tratado).

*“Asimismo, se confirma la reserva hecha por la Delegación Boliviana al firmar el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas ‘Pacto de Bogotá’, con relación al Artículo VI, por el que ‘se considera que los procedimientos pacíficos pueden también aplicarse a las controversias emergentes de asuntos resueltos’”* (Declaración hecha al ratificar el Tratado).

A su vez Chile objetó la reserva efectuada por Bolivia a los fines de que dicha reserva no le fuera oponible.

El Pacto de Bogotá incorpora una cláusula en materia de reservas. En su artículo LV establece que las reservas que se efectuaran por una de las Partes contratantes se aplicarán en relación con el Estado que las hiciera a todos los Estados signatarios, a título de reciprocidad.

La razón de tal cláusula obedece a que en la época de celebración del Pacto de Bogotá, en el ámbito americano regía el principio del derecho

---

<sup>18</sup> Conforme información oficial brindada por la Organización de las Naciones Unidas, disponible en: <<https://treaties.un.org>>.

soberano a formular reservas y, en consecuencia, a formularlas sin restricciones sujeto a la condición de reciprocidad. Cada Estado decidía sobre la aceptación de la reserva y la calidad de parte del Estado que la formulaba: para el Estado que la aceptaba, se consideraba a aquel que planteó la reserva como parte del tratado. El tratado en cuestión no entraba en vigor entre el Estado reservante y los Estados objetantes. Tal era la denominada regla panamericana en materia de reservas de tratados<sup>19</sup>.

La CVDT 1969 hoy recepta una regla similar admitiendo la posibilidad de que el Estado objetante no acepte la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado reservante. Si no manifiesta inequívocamente tal intención, el tratado surtirá efectos entre ambos Estados con exclusión de la cláusula o cláusulas afectadas por la reserva (artículos 19 inc. 4) c) y artículo 21 inc. 3 CVDT 1969).

Finalmente, el 10 de abril de 2013, Bolivia presentó ante la Secretaría General de la OEA el instrumento de retiro de reserva al artículo VI del Pacto de Bogotá. Posteriormente, en fecha 24 de abril de 2013, presentó el caso ante la Corte. La reserva y su retiro será una cuestión que Chile invocará en la excepción preliminar que opuso en el caso controvirtiendo la competencia de la Corte.

A la fecha en que la solicitud de incoación del caso fue presentada (24 de abril de 2013) la reserva no se encontraba en vigor. Chile alegó que el retiro de la reserva por Bolivia tenía por efecto que el Pacto de Bogotá entrara en vigor entre las partes y, en consecuencia, que la Corte carecía de competencia para entender en el caso de acuerdo al artículo XXXI de aquel en virtud de lo dispuesto en el artículo VI, apuntando a que la conducta desplegada por Bolivia demostraba que el asunto objeto de la disputa era una cuestión “resuelta” en los términos del Pacto.

El Pacto de Bogotá contempla diversos medios de solución de controversias, tanto diplomáticos como judiciales o jurídicos. Tres de sus artículos han sido de tratamiento reiterado por la Corte, inclusive en el caso planteado por Bolivia contra Chile. Ellos son los artículos VI, XXXI y XXXII, los que indican:

*“ARTÍCULO VI. Tampoco podrán aplicarse dichos procedimientos a los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos*

---

<sup>19</sup> PODESTÁ y RUDA (1985) pp.51 y 52.

*o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto.*

*ARTÍCULO XXXI. De conformidad con el inciso 2° del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria ipso facto, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre:*

*a) La interpretación de un Tratado;*

*b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional;*

*c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional;*

*d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.*

*ARTÍCULO XXXII. Cuando el procedimiento de conciliación anteriormente establecido conforme a este Tratado o por voluntad de las partes, no llegare a una solución y dichas partes no hubieren convenido en un procedimiento arbitral, cualquiera de ellas tendrá derecho a recurrir a la Corte Internacional de Justicia en la forma establecida en el artículo 40 de su Estatuto. La jurisdicción de la Corte quedará obligatoriamente abierta conforme al inciso 1° del artículo 36 del mismo Estatuto".*

Básicamente la excepción preliminar de Chile se basó en que el asunto sometido a consideración de la Corte por Bolivia ya se hallaba resuelto por acuerdo de partes, específicamente, por el Tratado de Paz de 1904. Chile sostuvo que la cuestión sometida por Bolivia a la Corte versaba sobre la soberanía territorial y el carácter del acceso de Bolivia al Océano Pacífico.

La Corte aborda el caso estableciendo en primer término cuál es la cuestión en disputa, para así determinar si goza de competencia en el caso.

En tal sentido reitera su criterio que si bien en la solicitud de incoación del procedimiento debe determinarse la cuestión en disputa y precisarse la naturaleza del reclamo, es a la Corte a la que corresponde determinar sobre bases objetivas tal cuestión, atendiendo a lo expresado en la solicitud, como a las presentaciones escritas y orales de las partes en el procedimiento aplicable a las excepciones preliminares.<sup>20</sup>

Traza luego una distinción entre el objeto directo e indirecto de la disputa, centrándose en lo que considera que es su objeto directo y que considera que es el que es sometido a la Corte, sobre la base de que las solicitudes suelen involucrar disputas que surgen en el contexto de otros desacuerdos entre las partes.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> *Bolivia v. Chile* (2015a) párs. 25 y 26: “25. Article 40, paragraph 1, of the Statute of the Court, and Article 38, paragraph 1, of the Rules of Court require an applicant to indicate the ‘subject of the dispute’ in the application. The application shall also specify the ‘precise nature of the claim’ (Art. 38, para. 2, of the Rules of Court (...)) 26. It is for the Court itself, however, to determine on an objective basis the subject-matter of the dispute between the parties, that is, to ‘isolate the real issue in the case and to identify the object of the claim’ [...] In doing so, the Court examines the positions of both parties, ‘while giving particular attention to the formulation of the dispute chosen by the [a]pplicant’ (...) The Court recalls that the Rules of Court require that the application specify the ‘facts and grounds on which the claim is based’ and that a memorial include a statement of the «relevant facts» (Art. 38, para. 2, and Art. 49, para. 1, respectively). To identify the subject-matter of the dispute, the Court bases itself on the application, as well as the written and oral pleadings of the parties. In particular, it takes account of the facts that the applicant identifies as the basis for its claim (...).” (Traducción de la autora: 25. El inciso 1 del artículo 40 del Estatuto de la Corte y el inciso 1 del artículo 38 de su Reglamento imponen al demandante indicar en su solicitud qué constituye según él el ‘objeto del diferendo’; la solicitud debe igualmente indicar la ‘naturaleza precisa de la demanda’ (inc. 2 del art. 38 del Reglamento de la Corte (...)) 26. Corresponde a la Corte definir, sobre una base objetiva, el objeto del diferendo que oponen las partes, es decir, de ‘circunscribir el verdadero problema de la causa y de precisar el objeto de la demanda’ (...) La Corte recuerda que, de acuerdo a los términos de su Reglamento, la solicitud debe indicar los ‘hechos y los medios sobre los que [la] demanda se sustenta’ y la memoria debe contener una exposición de los ‘hechos sobre los cuales se funda’ ( inciso 2 del artículo 38 e inciso 1 del artículo 49 respectivamente). Para identificar el objeto del diferendo, la Corte se basa en la solicitud, así como sobre las presentaciones escritas y orales de las partes. La Corte toma en cuenta los hechos que el demandante invoca en apoyo de su demanda (...)).

<sup>21</sup> *Ídem.*, pár. 32: “Chile would have the Court set aside the dispute as presented in the Application because, in its view, the Application obfuscates the true subject-matter of Bolivia’s claim — territorial sovereignty and the character of Bolivia’s access to the Pacific Ocean.

Reconoce que el objetivo final de Bolivia puede ser el de lograr un acceso al mar pero determina que en la solicitud de incoación del procedimiento no requiere de la Corte que juzgue y declare que Bolivia tiene el derecho a un acceso soberano al Océano Pacífico.

Sentada cuál es la cuestión en *litis*, examina si la misma queda comprendida en el artículo VI del Pacto de Bogotá, esto es, si es un asunto ya resuelto por arreglo de las partes o regida por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del Pacto de Bogotá que excluya su competencia.

La respuesta brindada por la Corte es que las disposiciones del Tratado de Paz de 1904 no tratan ni expresa ni implícitamente la cuestión de una obligación por parte de Chile de negociar con Bolivia un acceso soberano al Océano Pacífico, por lo que no resulta aplicable el artículo VI ya citado.<sup>22</sup>

---

*As the Court has observed in the past, applications that are submitted to the Court often present a particular dispute that arises in the context of a broader disagreement between parties (...). The Court considers that, while it may be assumed that sovereign access to the Pacific Ocean is, in the end, Bolivia's goal, a distinction must be drawn between that goal and the related but distinct dispute presented by the Application, namely, whether Chile has an obligation to negotiate Bolivia's sovereign access to the sea and, if such an obligation exists, whether Chile has breached it. The Application does not ask the Court to adjudge and declare that Bolivia has a right to sovereign access". (Traducción de la autora: Según Chile, la Corte deberá desestimar la presentación del diferendo hecha por Bolivia en su solicitud en virtud de que ella oculta el verdadero objeto de la demanda de Bolivia, es decir, la soberanía territorial y la naturaleza del acceso de Bolivia al Océano Pacífico. Como la Corte ha señalado en el pasado, las solicitudes que le son sometidas a menudo presentan una diferencia en particular que se produce en el contexto de un desacuerdo más amplio entre las partes (...). La Corte considera que, aunque hipotéticamente el acceso soberano al Océano Pacífico constituyera el objetivo último de Bolivia, es conveniente establecer una distinción entre ese objetivo y el diferendo relacionado pero distinto que ha presentado en su solicitud; allí se ha planteado la cuestión de saber si Chile tiene la obligación de negociar un acceso soberano de Bolivia al mar y, en caso de que tal obligación existiera, si Chile no ha dado cumplimiento a la misma. En su solicitud Bolivia no ha peticionado a la Corte que diga y juzgue que tiene un derecho a tal acceso).*

<sup>22</sup> *Ídem.*, pár. 50: "As the Court concluded above, the subject-matter of the dispute is whether Chile is obligated to negotiate in good faith Bolivia's sovereign access to the Pacific Ocean, and, if such an obligation exists, whether Chile has breached it (...). The provisions of the 1904 Peace Treaty set forth at paragraph 40 do not expressly or impliedly address the question of Chile's alleged obligation to negotiate Bolivia's sovereign access to the Pacific Ocean. In the Court's view, therefore, the matters in dispute are matters neither 'settled by arrangement between the parties, or by arbitral award or by decision of an international



La segunda cuestión que hace a las reglas de procedimiento de la Corte, refiere a si podía expedirse en forma preliminar o debería haber diferido su tratamiento a la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión de fondo.

La Corte decidió pronunciarse en forma preliminar con fundamento en que contaba con los elementos necesarios para expedirse sobre la cuestión en esa instancia. Ello así, en el caso en concreto, anuda el diferimiento de la cuestión de competencia para ser resuelta en la sentencia sobre el fondo al hecho de que cuente con elementos suficientes o no.<sup>23</sup>

---

*court' nor 'governed by agreements or treaties in force on the date of the conclusion of the [Pact of Bogotá]' within the meaning of Article VI of the Pact of Bogotá (...)*". (Traducción de la autora: Como lo Corte lo ha establecido precedentemente, el objeto de la diferencia es la cuestión de saber si Chile tiene la obligación de negociar de buena fe un acceso soberano de Bolivia al Océano Pacífico y, de ser afirmativa la respuesta, si Chile ha faltado a esa obligación (...) Las disposiciones del Tratado de Paz de 1904 citadas en el párrafo 40 no tratan ni expresa ni implícitamente sobre una obligación que incumba a Chile de negociar con Bolivia un acceso soberano al Océano Pacífico. En consecuencia, la Corte considera que la cuestión en litigio no se encuentra 'reglada por medio de un arreglo entre las partes o de una decisión arbitral o de una decisión de un tribunal internacional' ni 'regida por acuerdos o tratados en vigor a la fecha de la firma del Pacto de Bogotá' en el sentido del artículo VI del Pacto de Bogotá (...).

<sup>23</sup> *Ídem.*, pár. 53: "The Court recalls however that it is for it to decide, under Article 79, paragraph 9, of the Rules of Court, whether in the circumstances of the case, an objection lacks an exclusively preliminary character. If so, the Court must refrain from upholding or rejecting the objection at the preliminary stage, and reserve its decision on this issue for further proceedings. In the present case, the Court considers that it has all the facts necessary to rule on Chile's objection and that the question whether the matters in dispute are matters 'settled' or 'governed' by the 1904 Peace Treaty can be answered without determining the dispute, or elements thereof, on the merits". (Traducción de la autora: La Corte recuerda que a ella le corresponde determinar si, de acuerdo a las circunstancias del caso, una excepción no resulta de carácter preliminar en el sentido del inciso 9 del artículo 79 del Reglamento. En tal supuesto, la Corte debe abstenerse de admitir o rechazar la excepción en un estadio preliminar y reservar su opinión para ser emitida posteriormente durante el procedimiento. En el presente caso, considera que dispone de todos los elementos requeridos para decidir la excepción de Chile y que se encuentra en condiciones de establecer si las cuestiones en litigio son cuestiones 'regladas' o 'regidas' por el Tratado de Paz de 1904 sin expedirse sobre el diferendo o algunos de sus elementos de fondo (...) La Corte concluye que no se encuentra impedida de pronunciarse sobre la excepción de Chile en el presentado estado del procedimiento).



Reiteró el criterio sentado en el caso *Diferendo territorial y marítimo (Nicaragua v. Colombia)*<sup>24</sup>, en el que se había planteado como excepción preliminar la falta de jurisdicción de la Corte respecto del caso, contravirtiéndose por Nicaragua la oportunidad para dicho pronunciamiento, el que consideraba que debía efectuarse al pronunciarse sobre el fondo.

La Corte dijo en ese caso que la parte que opone excepciones preliminares tiene derecho a que sea resuelta en un etapa preliminar del procedimiento, salvo que la Corte no disponga de todos los elementos necesarios para pronunciarse sobre la cuestión que le es llevada a resolver o que cuando tal pronunciamiento equivalga a decidir el diferendo o ciertos elementos del fondo. Deja a salvo la Corte la posibilidad de que, en el examen de su competencia, tuviera que tratar superficialmente ciertos aspectos del fondo del diferendo.<sup>25</sup>

En la aplicación de tal criterio al caso en concreto planteado entre Nicaragua y Colombia se ha objetado el hecho de que la Corte se pronunciara en forma preliminar sobre su competencia.

En su opinión disidente el Juez Al-Khasawneh reafirmó el criterio de la Corte e inclusive consideró que era adecuada la investigación que realizara la Corte sobre algunas cuestiones de fondo del caso, pero entendió que se había pronunciado sobre la validez y vigencia de ciertos tratados involucrados en la contienda.

También en ese sentido, respecto a la misma sentencia de 2007, se ha observado que: “*Cuando la Corte dice que ‘the ‘dispute’ to which the Protocol*

---

<sup>24</sup> *Nicaragua v. Colombia* (2007).

<sup>25</sup> *Ídem.*, pág. 51: “*In principle, a party raising preliminary objections is entitled to have these objections answered at the preliminary stage of the proceedings unless the Court does not have before it all facts necessary to decide the questions raised or if answering the preliminary objection would determine the dispute, or some elements thereof, on the merits. The Court finds itself in neither of these situations in the present case. The determination by the Court of its jurisdiction may touch upon certain aspects of the merits of the case (...)*”. (Traducción de la autora: En principio, una parte que opone una excepción preliminar tiene el derecho que sea resuelta en una instancia preliminar del procedimiento, salvo que la Corte no disponga de todos los elementos necesarios para pronunciarse sobre las cuestiones que le han sido sometidas o si la decisión de la excepción preliminar equivaldría a resolver la diferencia o sobre ciertos elementos del fondo. La Corte no se encuentra en el caso en ninguna de esas situaciones. Investigar si tiene competencia, puede conducir a la Corte a tratar superficialmente ciertos aspectos del fondo del asunto (...).

*refers relates to the Mosquito Coast along with the San Andrés Archipelago; it does not refer, even by implication, to a general maritime delimitation; la CIJ incurre en una decisión ultra vires: claramente ese es un punto de 'interpretación' del Tratado que debe hacerse en la consideración del fondo (...)*.<sup>26</sup>

En el caso contra Chile se objeta en similar sentido el criterio de la Corte por parte de alguno de sus jueces (Jueces Gaja, Cancado Trindade y Arbour), entendiendo que la excepción preliminar de competencia no podía resolverse en una instancia previa sino al decidirse la cuestión de fondo tanto porque resultaba necesario examinar aspectos de la contienda que excedían el Tratado de Paz de 1904 –las prácticas diplomáticas, los acuerdos y las declaraciones invocadas por Bolivia– dado que un asunto “resuelto” podía dejar de serlo con posterioridad por el devenir de los actos o acuerdos entre los Estados, como así también porque era necesario valorar la naturaleza y alcance de las obligaciones asumidas por Bolivia y Chile.

El artículo VI del Pacto de Bogotá tiene por objeto una noble finalidad, cual es, la de evitar una reedición de controversias ya resueltas entre las partes, ya sea por arreglo entre ellas, por medio de un laudo arbitral, por sentencia de un tribunal internacional o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del dicho Pacto, esto es, al 30 de abril de 1948.

La cláusula recepta la directiva del artículo 27 de la Carta de la OEA cuando manda que el tratado de solución de controversias establezca los medios adecuados para resolver las controversias en forma de no dejar que controversia alguna entre los Estados Americanos pueda quedar sin solución definitiva dentro de un plazo razonable.

Sin embargo la regla resulta tan estricta como ha sido propuesta que no contempla la posibilidad, por cierto muy probable, de que se susciten controversias conexas o derivadas ya sea la de la interpretación o de la aplicación de las sentencias dictadas o de los tratados firmados, que eventualmente pueden llegar a ser sometidas a la Corte. Más aún pueden suscitarse controversias respecto de la terminación de tales tratados o su nulidad. Las relaciones entre Estados y el derecho llamado a regularlas es por naturaleza dinámico, estando siempre latente la posibilidad de que se erijan intereses encontrados y controversias. En materia de política y derecho internacionales no hay realidades estáticas.

---

<sup>26</sup> NIETO (2009) p. 41.

En esos casos cabe preguntarse si la cuestión ha de considerarse ya resuelta por el tratado en una interpretación restrictiva o, adoptando un criterio más amplio en pos de la solución de las controversias entre Estados Americanos, fin último perseguido por el Pacto de Bogotá, se entenderá que las cuestiones derivadas de la interpretación, aplicación o terminación de tales tratados o de la interpretación de los fallos dictados no pueden considerarse aspectos ya resueltos, pero indirectamente se está abriendo nuevamente un debate sobre la cuestión ya resuelta.

Obviamente, sometida la cuestión a la Corte, es la Corte la que tendrá la última palabra sobre el asunto y la que decidirá qué criterio de interpretación a aplicar.

## **2. *Excepción preliminar de competencia. Interpretación y alcance de las obligaciones jurídicas comprendidas. Oportunidad para su pronunciamiento***

La oportunidad para pronunciarse la Corte sobre su competencia no surge del Estatuto sino del Reglamento que se ha dado dicho tribunal de conformidad con las facultades que le confiere el artículo 30 del Estatuto.

Es de toda lógica que, requiriéndose de la aceptación de la jurisdicción por parte de los Estados, la Corte se aboque en primer término a determinar si goza de competencia o no en el caso y si lo hace en una instancia preliminar es, desde un punto de vista político como jurídico, saludable para las relaciones entre los Estados involucrados en la contienda porque evita una indefinición que puede prolongarse por algún tiempo considerable por la tramitación del procedimiento.

La Corte reconoce en este sentido que asiste al Estado que ha controvertido su competencia el “derecho” de que se decida la cuestión en una instancia preliminar, como ya sido señalado precedentemente.

Es de toda evidencia que la dificultad que presenta esta regla tan razonable versa en su aplicación práctica sobre la imposibilidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto en esa instancia cuando no se trata de un supuesto de *forum prorrogatum*, de un compromiso o de la “cláusula facultativa” del artículo 36 inc. 2 del Estatuto.

En tales supuestos, el examen de los documentos de aceptación se circunscribe a ciertos tipos especiales de actos cuyo objeto es directamente la jurisdicción de la Corte.

No es ese el caso cuando la jurisdicción de la Corte es controvertida en base a cuestiones que hacen al tratado o tratados en disputa que reglan la cuestión de fondo de las controversias o como en el caso del artículo VI del Pacto de Bogotá exige un análisis previo del asunto para determinar si se encuentra “resuelto” o no y, por consiguiente, de los antecedentes del caso, entre ellos los elementos que conforman la fuente jurídica que habrá de aplicarse para decidir la competencia.

Necesariamente la Corte deberá efectuar algún examen de dichos instrumentos y una interpretación de los mismos, adelantando de alguna forma un pronunciamiento sobre algún aspecto del fondo de la controversia. Ello a su vez se verá profundizado o no según el enfoque con que se aborde la cuestión materia de la disputa que, pese a su obviedad, también depende en gran medida de la interpretación judicial que se efectúe de la solicitud de incoación del proceso, de los memoriales de las partes y de sus manifestaciones en las audiencias que se fijen.

La Corte no desconoce dicha dificultad. Cabe aquí reiterar que lo dicho precedentemente. El criterio de la Corte es que la parte que opone excepciones preliminares tiene derecho a que sea resuelta en un etapa preliminar del procedimiento, salvo que la Corte no disponga de todos los elementos necesarios para pronunciarse sobre la cuestión que le es llevada a resolver o que cuando tal pronunciamiento equivalga a decidir el diferendo o ciertos elementos del fondo. Deja a salvo la Corte la posibilidad de que, en el examen de su competencia, tuviera que tratar superficialmente ciertos aspectos del fondo del diferendo.

Ello así, puede resultar insoslayable el tratamiento superficial de ciertos aspectos del fondo del diferendo sin que ello obste a un pronunciamiento preliminar. Lo que marca la diferencia conforme al criterio de la Corte es que el tratamiento equivalga a decidir el diferendo o sobre ciertos elementos de fondo. De ser así, no ha de pronunciarse en forma previa.

Las diferencias de enfoque del asunto llevado a resolver y su incidencia en la determinación de si debe decidirse la excepción en la etapa preliminar o no emergen claramente en el caso comentado deducido contra Chile de las opiniones de los jueces Arbour, Gaja y Cançado Trindade conforme ya ha sido señalado anteriormente.

Esta cuestión se torna aún más difícil y compleja gracias a la redacción del artículo VI del Pacto de Bogotá.

Por lo pronto, en el caso *Bolivia v. Chile*, el enfoque de la Corte ha sido el de determinar el objeto de la disputa conforme los términos de la solicitud y centrarse en los términos en que se ha presentado la excepción preliminar para luego proceder a analizar cuál ha sido la materia principal del tratado que se indicó por Chile que había sido “resuelto”. Una solución acorde con los términos del conflicto entre las partes tal como estas lo presentaban y en el que se evita entrar a analizar otras cuestiones.

Y es en este punto que surgen las opiniones por separado de los jueces Gaja, Amour y Cañado Trindade enfocadas en el aspecto procedimental: ¿Resultaba factible en el caso pronunciarse en una instancia preliminar o debía la Corte haberse pronunciado al tratar las cuestiones de fondo?

El Juez Gaja, con sentido común, apunta que un asunto ya resuelto puede dejar de estarlo o serlo por actos llevados adelante por las partes en la controversia con posterioridad y, en ese sentido, señala que la Corte no podía haber decidido sobre su jurisdicción sin examinar si el asunto resuelto no había dejado de estarlo lo que la hubiera obligado a examinar cuestiones concernientes al fondo del asunto relativas a las prácticas diplomáticas, acuerdos y declaraciones invocadas por Bolivia, posteriores a la celebración del Tratado de Paz de 1904.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> *Bolivia v. Chile* (2015b) voto separado del juez Gaja, par. 4: “(...) *In the present case the Court could have considered in its Judgment on the preliminary objection whether certain matters had been settled by the 1904 Treaty. However, the Court could not have come to a decision on jurisdiction without also examining whether a matter settled by that Treaty had been subsequently unsettled. For this purpose, the Court would have had to consider some questions relating to negotiations which are also part of the merits of the case. Given the connection between the role that negotiations may have had in unsettling a matter previously settled, on the one hand, and the possibility to infer from negotiations an obligation to negotiate, on the other, the Court should have found that under these circumstances the objection does not have an exclusively preliminary character*”. Traducción de la autora: (...) En el presente caso la Corte podría haber considerado en su sentencia sobre la excepción preliminar que ciertas cuestiones han sido regladas por el Tratado de Paz de 1904. Sin embargo, la Corte no podría expedirse sobre su jurisdicción sin examinar además si un asunto reglado por el Tratado no ha devenido en un asunto no reglado subsecuentemente. A tal efecto, la Corte debería haber considerado algunos aspectos relativos a las negociaciones, las cuales son asimismo parte del caso. Dada la relación entre el rol que esas negociaciones pueden haber tenido en reeditar un asunto previamente arreglado, por una parte, y la posibilidad de inferir de tales negociaciones una obligación de negociar, por la otra, la Corte debería haber concluido que bajo esas circunstancias la objeción no tenía un carácter exclusivamente preliminar.

En el caso en concreto la Corte consideró innecesario valorar tales actos y entendió que contaba con los elementos suficientes para decidir sobre su jurisdicción en base a este último tratado.

La jueza Arbour sostiene que la naturaleza, contenido y alcance de la obligación de negociar hace al fondo del caso y, por lo tanto, no puede ser resuelta como excepción preliminar.<sup>28</sup>

En esta opinión en disidencia se evidencia la problemática de la determinación de la cuestión sometida a decisión de la Corte; problemática que excede al texto del Pacto de Bogotá y puede trasladarse a cualquier asunto que hipotéticamente se plantee ante la Corte en caso de una cláusula compromisoria inserta en un tratado bilateral o multilateral cuyo objeto principal sea otro que la cuestión de su jurisdicción.

La determinación de la disputa lleva necesariamente a un pronunciamiento sobre los alcances de la disputa y la índole de las obligaciones involucradas.

La Corte circunscribe la disputa a saber si Chile tiene la obligación de negociar un acceso soberano de Bolivia al mar y, de ser así, si Chile ha incumplido esa obligación. Concluye luego diciendo que en su solicitud Bolivia no peticiona a la Corte que diga y juzgue que tiene derecho a ese acceso soberano.<sup>29</sup>

Más aún expresa claramente vía *argüendi* que si concluye que tal obligación existe no le corresponderá a la Corte predeterminedar el resultado de la negociación que se lleve adelante como consecuencia de esa obligación, aunque al mismo tiempo deja a salvo que la existencia, naturaleza y contenido de tal obligación deberá ser examinada al tratar el fondo del asunto.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> *Bolivia v. Chile* (2015c) voto separado de la jueza Arbour, pár. 30: “Because of the uncertainty about the true nature, content and scope of the alleged obligation to negotiate, which will only be resolved when the merits of the case is heard, in my view it is premature to decide whether the subject-matter of the dispute between the Parties deals with a matter falling within Article VI of the Pact of Bogotá (...)”. (Traducción de la autora: Debido a la incertidumbre sobre la verdadera naturaleza, contenido y alcance de la alegada obligación de negociar, la cual será resuelta solo cuando los méritos del caso sean escuchados, a mi criterio es prematuro decidir si el objeto de la disputa entre las Partes se encuentra alcanzado por el art. VI del Pacto de Bogotá (...)).

<sup>29</sup> Confrontar párrafo 32 de la sentencia transcripto y traducido *supra* nota 22.

<sup>30</sup> *Bolivia v. Chile* (2015a) pár. 33: “(...) the Court recalls that Bolivia does not ask the Court to declare that it has a right to sovereign access to the sea nor to pronounce on the legal status of the 1904 Peace Treaty. Moreover, should this case proceed to the merits, Bolivia’s

Así hay algo sobre lo cual la Corte, implícitamente se pronuncia en forma definitiva: no resolverá expidiéndose sobre el derecho de Bolivia a un acceso soberano al mar ni sobre el resultado al que deberán conducir las negociaciones de establecerse que existe una obligación en ese sentido, con lo cual podría llegar a concluirse que solo se pronunciará sobre si media una obligación de negociar tal acceso y su eventual violación, entendiendo tal obligación como una obligación de medio y no de resultado.

El Juez Cançado Trindade advierte claramente la cuestión cuando afirma que valorar el deber de negociar un acuerdo o un resultado dado no son lo mismo y que lo primero no conlleva lo segundo, siendo de opinión que la Corte se ha focalizado solo en el primer aspecto, esto es el deber de negociar pero que la objeción opuesta por Chile no resulta como una propiamente de carácter preliminar.<sup>31</sup>

Lo cierto es que son los términos del acuerdo entre las partes los que determinan si esa obligación de negociar es de medio (obligación circunscripta a la negociación sin contemplar un resultado en concreto) o si es de resultado

---

*claim would place before the Court the Parties' respective contentions about the existence, nature and content of the alleged obligation to negotiate sovereign access. Even assuming arguing that the Court were to find the existence of such an obligation, it would not be for the Court to predetermine the outcome of any negotiation that would take place in consequence of that obligation". Traducción de la autora: (...) La Corte recuerda que Bolivia no le ha requerido decir que tiene derecho a un acceso soberano al mar, ni que se pronuncie sobre el estatus jurídico de dicho tratado. En otras palabras, si el presente caso ha de ser examinado en el fondo, la Corte deberá, de acuerdo a la demanda de Bolivia, pronunciarse sobre las argumentaciones respectivas de las Partes concernientes a la existencia, la naturaleza y el contenido de la alegada obligación de negociar un acceso soberano. Para el supuesto de que la Corte concluyera que existe tal obligación, no le corresponderá predeterminar el resultar de toda negociación que se lleve adelante como consecuencia de esa obligación).*

<sup>31</sup> *Bolivia v. Chile (2015d) voto separado del juez Cançado, pár. 64: "To assert the duty to negotiate is not the same as to assert the duty to negotiate an agreement, or a given result. The former does not imply the latter. This is a matter for consideration at the merits stage. The Court is here concerned only with the former, the claimed duty to negotiate. The objection raised by the respondent State does not appear as one of an exclusively preliminary character (...)". Traducción de la autora: Afirmar que el deber de negociar no es lo mismo que afirmar el deber de negociar un acuerdo o un resultado dado. Lo primero no implica lo último. Esta es una cuestión para ser considerada al tratarse los méritos. La Corte aquí se centra solo en lo primero, esto es, el deber de negociar. La objeción opuesta por el Estado demandado no parece como una de exclusivo carácter preliminar (...).*



(obligación de negociar en función de ciertas condiciones para que se concrete un derecho), pero en ese sentido, en el caso la Corte ha circunscripto su pronunciamiento interpretando los términos de la solicitud de incoación del proceso a que lo que ha de decidir es solo si existe tal obligación y su incumplimiento, no la obligación de negociar asegurando un resultado o reconociendo el derecho de Bolivia a un acceso soberano al mar.

Si la Corte se mantiene coherente con su postura, como lo ha hecho en otros casos como por ejemplo en el *Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay)*<sup>32</sup>, circunscribirá su decisión sobre el fondo a lo que ha entendido que ha sido la cuestión sometida y los alcances de su jurisdicción.

Así en la sentencia dictada en fecha 20 de abril de 2010 resolvió tanto la cuestión de competencia opuesta por Uruguay como la cuestión de fondo.

Uruguay sostenía que en la cláusula compromisoria del Estatuto del Río Uruguay no quedaban comprendidos reclamos relativos a cualquier tipo de daño medioambiental sino exclusivamente sobre la calidad de las aguas del río. La Corte concluyó que su competencia se circunscribía exclusivamente sobre la interpretación y aplicación del Estatuto del Río Uruguay y excluyó del tratamiento de la cuestión sometida otros tratados invocados por Argentina en sustento de otros tipos de daños medioambientales diferentes a los que podrían haberse originado respecto de la calidad de las aguas del Río Uruguay.

La decisión sobre el fondo del asunto se acotó al impacto de la planta de celulosa sobre las aguas del río.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

DIEZ DE VELASCO, Manuel (2013): *Instituciones de Derecho Internacional Público* (18° edición, Madrid, Editorial Tecnos).

KOROMA, Abdul G. (1997): "International Justice in Relation to the International Court of Justice", en KOUFA, Kalliopi (ed.), *International Justice* (Tesalónica, Sakkoula Publications) pp. 421-473.

NIETO NAVIA, Rafael (2009): "La decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre excepciones preliminares en el caso de Nicaragua v. Colombia", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 2: pp. 11-57.

---

<sup>32</sup> *Argentina v. Uruguay* (2010).



PODESTÁ COSTA, Luis A. y RUDA, José María (1985): *Derecho Internacional Público* (Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina).

### **NORMAS JURÍDICAS CITADAS**

Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1948.

Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Estatuto del Río Uruguay de 1975.

Reglamento de la Corte Internacional de Justicia de 14 de abril de 1978.

Resolución n° 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 24 de octubre de 1970, Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Resolución de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, AG/RES. 102 (III-0/73) de 14 de abril de 1973, Normas sobre reservas a los tratados multilaterales interamericanos.

Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá) de 30 de abril de 1948.

Tratado de Paz de 1904.

### **JURISPRUDENCIA CITADA**

*Reino Unido v. Chile* (1956): Corte Internacional de Justicia, 16 de marzo de 1956, disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/27/2159.pdf>>.

*Nicaragua v. Honduras* (1988): Corte Internacional de Justicia, 20 de diciembre de 1988, disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&sort=2&p3=0#1988>>.

*El Salvador v. Honduras* (1992): Corte Internacional de Justicia, 11 de septiembre de 1992, disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/75/6673.pdf>>.

*Nicaragua v. Colombia* (2007): Corte Internacional de Justicia, 13 de diciembre de 2007, disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&sort=2&p3=0#2007>>.

*Nicaragua v. Honduras* (2007): Corte Internacional de Justicia, 8 de octubre de 2007, disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/120/14077.pdf>>.

*Costa Rica v. Nicaragua* (2009): Corte Internacional de Justicia, 13 de julio de 2009, disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/133/15331.pdf>>.

*Argentina v. Uruguay* (2010): Corte Internacional de Justicia, 20 de abril de 2010, disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15895.pdf>>.

*Perú v. Chile* (2014): Corte Internacional de Justicia, 27 de enero de 2014, disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17958.pdf>>.

*Bolivia v. Chile* (2015a): Corte Internacional de Justicia, 24 de septiembre de 2015, voto de mayoría, disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/153/18746.pdf>>.

*Bolivia v. Chile* (2015b): Corte Internacional de Justicia, 24 de septiembre de 2015, voto separado del juez Gaja, disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/153/18752.pdf>>.

*Bolivia v. Chile* (2015c): Corte Internacional de Justicia, 24 de septiembre de 2015, voto separado de la jueza Arbour, disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/153/18754.pdf>>.

*Bolivia v. Chile* (2015d): Corte Internacional de Justicia, 24 de septiembre de 2015, voto separado del juez Cançado, disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/153/18750.pdf>>.

*Nicaragua v. Costa Rica* (2015): Corte Internacional de Justicia, 16 de diciembre de 2015, disponible en: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18870.pdf>>.

# RECENSIONES



VINX, LARS (TRANSLATOR):  
THE GUARDIAN OF THE  
CONSTITUTION: HANS Kelsen  
AND CARL SCHMITT ON THE  
LIMITS OF CONSTITUTIONAL LAW,  
CAMBRIDGE, CAMBRIDGE STUDIES  
IN CONSTITUTIONAL LAW, 2015,  
290 PP.

JAVIERA FARÍAS SOTO\*

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Santiago, Chile

En una época donde el espíritu constituyente fluye en el discurso nacional es interesante volver a mirar las discusiones del pasado sobre un tópico tan controversial como necesario ¿quién debe ser el guardián de la carta fundamental? Este texto provee la primera traducción en inglés del debate sobre tal materia desarrollado en plena crisis constitucional en la República de Weimar entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, en un formato dialéctico refrescante que permite contrastar la plausibilidad de las teorías legales y constitucionales de ambos exponentes, buscando responder a la pregunta sobre la revisión constitucional y el rol que ella cumple en resguardar la constitución frente a las hostilidades desarrolladas por el poder ejecutivo o el legislativo, en su caso.

El traductor parte colocándonos en la situación histórica que sirve de colofón a un debate llevado a cabo hace un par de años por los autores. Corría 1932 cuando el gobierno central de Alemania planificó suspender la autonomía

---

\* Abogada. Licenciada en Derecho y Bachiller en Ciencias Sociales y Humanidades, Pontificia Universidad Católica de Chile. Alumna regular del Programa de Doctorado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becaria CONICYT para estudios de postgrado en Chile CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2014-21140540. Correo electrónico: <jcfarias@uc.cl>.

federal de Prusia como un mecanismo de control por diversos incidentes entre comunistas, nazis y oficiales de gobierno, así como generar una oportunidad de derrocar su administración que no gozaba de las simpatías de dicho gobierno. Para ello hizo uso del polémico artículo 48 de la Constitución de Weimar que permitía bajo ciertas circunstancias establecer un estado de emergencia y suspender, con ello, la vigencia del derecho en un *länder*. Tanto la administración de Prusia como el parlamento se opusieron a dicha aplicación y esta contienda fue resuelta por una corte *ad-hoc* (*Staatsgerichtshof*) cuyo pronunciamiento netamente de compromiso marcó la culminación de dos de los más importantes debates jurisprudenciales que tomaron esa época: la discusión de la naturaleza y los límites de los poderes del Ejecutivo en casos de estados de emergencia bajo dicho artículo; y la legitimidad y deseabilidad de la adjudicación constitucional para cuando la aplicación de dichos poderes se encontrara en contravención con el ordenamiento constitucional. Así, para Schmitt, ante una crisis constitucional sólo el poder político podía tomar una decisión excepcional de, en nombre y resguardo de la constitución, suspender el imperio del derecho para restaurar una situación de normalidad gubernamental, siendo ello tarea del ejecutivo (y no de una corte). En la vereda contraria se encontraría Hans Kelsen, para quien el resguardo constitucional reside en una corte propiamente constitucional (y no *ad-hoc*) que permitiese mantener el control de los actos tanto ejecutivos como legislativos y con poder suficiente para invalidar aquellos actos que parezcan inconstitucionales.

Este incidente seminal en el gobierno del Tercer Reich y sus implicancias posteriores fue la evidencia de la dialéctica desarrollada entre Kelsen y Schmitt, pasando de ser un problema teórico explorado por los autores a uno eminentemente práctico y con repercusiones hasta nuestros días. De esta forma, lo que Kelsen partió exponiendo en 1929 en su "*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*" (*De la naturaleza y desarrollo de la adjudicación constitucional*) abogando por la necesidad de una corte constitucional como guardián de la constitución fue respondido por Schmitt en 1931 con "*Der Hüter der Verfassung*" (*El Guardián de la Constitución*) y replicado por el primero en "*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*" (*¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?*). Es este ir y venir de argumentos cuidadosamente seleccionados por el traductor el que permite al lector formarse una idea de que la defensa de una carta fundamental puede radicar en un poder racionalizado (Schmitt) o en la racionalización del poder (Kelsen) y cuáles son las ventajas y desventajas de cada postura. En eso radica la novedad presentada por el traductor en este libro, volviendo accesible al mundo de habla inglesa e hispana uno de los debates germánicos más interesantes del siglo XX de manera crítica y directa.

Así, en “*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*” (pp. 22-78) Kelsen, en directa conexión con su teoría sobre la jerarquía legal (*Stufenbaulehre*), aboga por una jurisdicción constitucional especialísima, empoderada con una autoridad excluyente y en abstracto sobre las normas legales de carácter general emitidas por el gobierno y el parlamento; influenciado a su vez por su labor en la *Corte Constitucional Austríaca* la cual aplicaba la referida fórmula sobre la legislación federal y local desde 1920. Para él nadie pone en cuestionamiento que las acciones de las autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales deban ser sometidas a revisión en orden a garantizar la legalidad de la aplicación particular de la ley. Si la legislación misma es una forma de aplicación particular de la ley (en abstracto), entonces, es necesario ofrecer una garantía de que los legisladores (parlamento o gobierno) limitarán su actividad conforme a las normas constitucionales, actuando éstas como normas efectivas básicas (*Grundnorm*). Sin dicha garantía la Constitución, como la norma máxima de la jerarquía, se transforma en una regla de segunda clase que carece de fuerza vinculante. Para evitarlo, se requiere una corte constitucional con dichas características.

Sin embargo, hay quienes sostienen que una corte con sus mecanismos de adjudicación de litigios entre partes no es una forma neutral de garantizar la vigencia de la Constitución. Es el caso de Schmitt (pp. 79-173) quien expone que las provisiones constitucionales, a diferencia de las de simple rango legal, poseen una textura generalmente vaga y abierta para permitir una aplicación carente de controversias. Como resultado, la corte constitucional se vería forzada a tomar decisiones políticas que no están justificadas bajo la premisa de aplicación de determinadas normas legales, siendo así que ellas no resguardarían la Constitución tanto como la manipularían para sus propios fines políticos, llegando a actuar en algunos casos propiamente como un legislador y disolviendo así la separación de poderes tan necesaria para la mantención del Estado de Derecho. La introducción de una corte kelseniana, a juicio de Schmitt, no *des-politizaría* el conflicto constitucional, sino que *politizaría* las cortes y afectaría la legitimidad de la actividad judicial en sí. En ese orden de ideas, también agrega que un presidente con un fuerte poder autoritario y separado de un parlamento instrumentalizado por intereses políticos (y paralizado políticamente, como es el caso de la situación vivida en Weimar a la época de sus manuscritos) sería el órgano más apto para el resguardo de la carta fundamental, por cuanto el haber sido elegido democráticamente por los ciudadanos expresaría la identidad política de las personas que conforman el Estado y, en definitiva, sería el fiel vicario de la voluntad unitaria de toda una nación: la voluntad constitucional.

Frente a estos argumentos, la respuesta de Kelsen a Schmitt en “*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*” (pp. 174-221) señala en primer lugar que es

imposible separar estrictamente una decisión legal de una política o, en el contexto de una corte constitucional, la adjudicación de la legislación. Cada decisión judicial debe ser considerada como discrecional en algún extremo y, por ello, política. En segundo lugar, frente al argumento de la protección que el presidente otorgaría a la constitución Kelsen responde desde la realidad, señalando que no existe una voluntad auténtica y unificada más allá que la formada constitucionalmente en el sistema político mediante la deliberación y negociación de diversos grupos de interés, siendo el presidente un máximo electo un derivado de un grupo particular. Por ello éste no puede ser pensado como un poder neutral sin implicar ello una ideología autoritaria la cual, en su propia esencia, mina el pluralismo y los derechos de las minorías.

En este orden de ideas, Kelsen también expone su visión de la democracia, que para él constituye la búsqueda constante y pacífica del compromiso político entre diferentes grupos sociales que están habilitados para participar en el juego de la política bajo condiciones de igualdad. Asegura, al contrato de la autocracia, que el mayor número de ciudadanos vea sus propias preferencias políticas una realidad, mientras que sostiene la promesa de que las minorías de hoy podrán ser las mayorías de mañana. Esta búsqueda pacífica es esencialmente constitucional por cuanto requiere el reconocimiento de la supremacía de un sistema de reglas determinado y de los derechos de las minorías que proveen voz a todos los participantes de la sociedad. Una corte constitucional actuando como guardián imparcial de dichos procedimientos y derechos se convierte así en la pieza clave de un Estado democrático, ejerciendo funciones tanto de protección de las minorías contra los potenciales excesos de las mayorías, tolerables sólo en la medida en que estén acordes con el Estado de derecho, como de árbitro imparcial entre los conflictos de competencia de las autoridades locales y centrales, particularmente en estados federalistas.

Contraargumentando en su presentación sobre el fallo de la *Staatsgerichtshof* (pp. 222-228) la crítica de Schmitt al planteamiento de Kelsen es que esta corte constitucional siempre inhibirá y pervertirá la democracia, particularmente la expresión del poder constituyente manifestado en la única voluntad auténticamente democrática del pueblo. Para Schmitt, la constitución como objeto a resguardar no se identifica unidireccionalmente con una ley contenida en un texto escrito, sino que principal y primeramente se trata de un orden social concreto, una *constitución positiva*, que se ejecuta mediante el poder constituyente y que contiene en sí valores sociales fundamentales. Ello es el corazón intangible de cualquier carta fundamental que no puede ser trastocado por decisión ni política ni legislativa alguna, incluyendo aquella expresada en su interior bajo la rúbrica de reforma constitucional. La Constitución escrita es, para Schmitt, un intento positivista de codificar



este orden social concreto respaldado por la soberanía popular, volviéndose dicho material vinculante en la medida en que ayude a realizar y proteger la Constitución positiva. Ella es una voluntad unívoca de la gente como un todo, trascendente a toda voluntad legislativa creada mediante mecanismos parlamentarios, expresada en el poder constituyente y actualizada mediante el poder ejecutivo con facultades reactivas que preserven el sistema constitucional en el evento de que fuese imposible una mayoría parlamentaria.

Es interesante notar entre los autores las diferencias sobre la adjudicación constitucional y la percepción que ambos demuestran frente a ella. Para Kelsen, la adjudicación constitucional es de un orden especialísimo y con un procedimiento diverso al de la judicatura ordinaria, cuya sola misión y autoridad es determinar respuestas a preguntas de índole constitucional en abstracto y sin apreciar disputas particulares de personas, facciones parlamentarias o incluso entre poderes del Estado. En cambio, para Schmitt la adjudicación constitucional es un constructo imposible, pues se trata de la labor de una corte que, como judicatura ordinaria, tendrá la más alta jerarquía y adolecerá de los vicios de aquella, haciendo un uso político del poder conferido y siendo incapaz, en definitiva, de preservar la integridad de la Constitución a lo largo del ordenamiento jurídico. Para Kelsen, se trata de operadores jurídicos que analizan en abstracto el problema sometido a su conocimiento; para Schmitt, de operadores políticos con poderes excesivos.

Todas estas ideas tuvieron un reflejo práctico en lo sucedido en Alemania durante 1932 y 1933, lo cual se divide en los últimos ensayos dialécticos entre ambos autores donde frente a la situación de Prusia y el veredicto de la corte *ad-hoc* los lleva a ambos a preguntarse si la única forma de defender ya no la Constitución, sino la democracia misma, sea mediante su suspensión (pp. 222-253). El traductor, en este punto, otorga una respuesta crítica claramente kelseniana, en afán de enfatizar la propia teoría política de este autor: una democracia cuya protección es abandonada por sus propios ciudadanos es campo fértil para que cualquier dictador con un mínimo de poder controvierda su propio espíritu. Dichas palabras oraculares tomaron vida en la Alemania de 1933 con la ascensión de Adolf Hitler como canciller y el cambio de la historia occidental desde entonces.

La dialéctica entre Kelsen y Schmitt no puede verse como un enfrentamiento entre facciones dispares, pues ambos parten de nociones distintas de qué es una Constitución y, consecuentemente, quién es su más idóneo protector. Si se entiende como la norma de superior jerarquía la cual, en el ejercicio intelectual legislativo, debe primar por sobre toda otra consideración, es necesaria la existencia de una entidad imparcial que detecte las inconsistencias y, tal como en un sistema matemático, depure las variables que

afectan la ecuación. Sin embargo, si la Constitución es entendida como un constructo vivo que antecede a la norma formalmente escrita y que responde al corazón intangible de un grupo organizado como sociedad, será su mejor guardián aquél que preserve dicha integridad (sea parlamento, sea corte, sea Presidente) o condiciones de normalidad que permitan el desarrollo del Estado de Derecho.

Son debates como éstos los que enriquecen la perspectiva de la ciudadanía en tiempos de reformas constitucionales y cuestionamientos a las bases mismas de un sistema político, que no pueden dejar de ser estudiadas en profundidad si existe el verdadero deseo de forjar una Constitución que nos represente como una sola nación.

# INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

## I. ALCANCE Y POLÍTICA EDITORIAL

1. *Ars Boni et Aequi* tiene el cometido de contribuir al desarrollo de las Ciencias Jurídicas a través de la publicación de investigaciones originales e inéditas circunscritas a las diversas ramas del Derecho. Es desde ahí que surge la invitación a todos los operadores jurídicos a fin de tener un constante estudio, reflexión, análisis, crítica y proposiciones en el ámbito jurídico iberoamericano.
2. Su principal objetivo es comunicar conocimientos jurídicos derivados de estudios monográficos (artículos doctrinales), compartir comentarios de jurisprudencia y difundir recensiones.
3. Se trata de una publicación en formato electrónico e impreso de periodicidad semestral. El n° 1 de cada año aparece en junio, y el n° 2, en diciembre.
4. Se convoca a todos los investigadores y estudiosos del Derecho, tanto nacionales como extranjeros, al envío de colaboraciones en las tres secciones permanentes de la Revista (estudios, comentarios de jurisprudencia y recensiones), para que una vez aprobados se posibilite su publicación y difusión. Las colaboraciones se reciben durante todo el año; sin embargo, se recomienda enviarlas antes del 15 de abril para el primer semestre, y antes del 15 de octubre para el segundo semestre, a fin de que completen el proceso de evaluación y aprobación, y logren ser incluidos en el n° 1 y n° 2 correspondientes.
5. El envío de una colaboración supone el compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la evaluación de otras publicaciones periódicas. Además supone la cesión de derechos de autor a la Revista, una vez aprobado el artículo, para efectos de su reproducción.
6. La admisión de la colaboración procederá conforme a un sistema de arbitraje doble y anónimo, que implica la revisión y evaluación de la colaboración por un académico nacional o extranjero, externo a la Revista, designado por la Directora responsable a proposición del Comité Editorial de la Revista.
7. Los colaboradores cuyos trabajos fueren aceptados y publicados en la Revista recibirán gratuitamente un ejemplar de la que contenga su colaboración y 10 separatas.

## II. FORMA Y PREPARACIÓN DE MANUSCRITOS

1. Las colaboraciones pueden presentarse en idioma español o inglés, en formato tamaño carta, numeradas, letra Times New Roman tamaño 12, con un interlineado 1,15 y sin interlineado adicional entre párrafos.

Debe estar encabezado por el título completo en español, mayúscula y negrita. Luego se agrega su traducción al inglés, en minúscula y cursiva.

2. Seguidamente debajo del título se ha de consignar el nombre del autor y su afiliación institucional, indicando ciudad y país de la institución.
3. Se elaborará también un resumen que dé constancia de lo que abordará el artículo de manera sucinta, así como tres a cinco palabras clave. Tanto el resumen como las palabras claves deben estar en español e inglés (*abstract* y *keywords*).
4. Los títulos y subtítulos correspondientes a las divisiones principales del artículo deberán ser claros, concisos, debidamente relacionados con los contenidos del mismo y sin subrayados de ninguna especie.
5. No se usará letra negrita, salvo para los títulos de conformidad a lo explicado precedentemente. Tampoco se usará el subrayado.
6. El uso de cursiva se usará exclusivamente para palabras en otro idioma.
7. Se utilizará el sistema de citación con notas a pie de página numeradas consecutivamente y ajustadas a las normas de publicación adoptadas por la Revista.

## III. ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Los trabajos que deseen publicarse en la Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, deberán enviarse vía electrónica a la casilla [arsboni@ubo.cl](mailto:arsboni@ubo.cl), con atención a la directora responsable, doña Regina Díaz Tolosa. El correo electrónico al que se adjunte el trabajo debe contener la solicitud de publicación, el nombre del autor y la mención expresa sobre la categoría en que se incluye el trabajo.
2. También deberá adjuntarse una carta en la que los autores señalan que el trabajo es inédito y que se comprometen a no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Asimismo,

los autores de los artículos informarán si dicho trabajo se publicará como parte de un libro o un texto mayor.

3. El sistema de citación adoptado por la Revista corresponde a las normas de la International Standardization Organization, ISO 690 e ISO 690-2, en relación con sus equivalentes emanadas del Instituto Nacional de Normalización: NCH1143.Of1999 Documentación –Referencias bibliográficas– Contenido, forma y estructura, y NCH 1143/2.Of2003 Información y documentación –Referencias bibliográficas– Parte 2: Documentos electrónicos o partes de ellos, las que han sido declaradas norma chilena oficial por Resolución nº75 de 1999 del Ministerio de Economía, *Diario Oficial* de 24 de febrero de 1999 y Resolución nº 92 de 2003 del Ministerio de Economía, *Diario Oficial* de 13 de marzo de 2003, respectivamente.
4. **Bibliografía citada:** Al final del trabajo irá un listado de todas las referencias bibliográficas **efectivamente citadas o referidas** bajo el título de “Bibliografía citada”. La lista se ordenará alfabéticamente por su primer elemento, que es el nombre del autor empezando por su apellido, junto al año de publicación, entre paréntesis. Si se dictan dos o más obras de un mismo autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán entre sí, con letras minúsculas a, b, c, etc., a continuación del año y dentro del paréntesis. El o los apellidos del autor se escribirán en versalitas y el nombre en redonda. En ningún caso podrán ser citadas dos fuentes bibliográficas diferentes en una sola referencia.
5. En todas las referencias, los apellidos de los autores se escribirán en versalitas y el título de la obra en que se encuentra, en cursiva. Finalmente, en un paréntesis debe incluirse el número de edición, en caso de que haya más de una: la ciudad de publicación, la sede editorial.
6. La referencia a los artículos de revista y de capítulo de libros hará indicación de los números de página de inicio y final. Se usará sangría francesa. Los títulos de libros y de publicaciones periódicas en lengua extranjera se indican en el idioma original.

*Ejemplos de referencia:*

- A. **Libros:** BENADAVA, Santiago (1989): *Derecho Internacional Público* (3° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ (número de edición (excepto la primera)

ciudad de publicación, editorial) / (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

- B. **Traducciones:** AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (trad. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial).

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ (trad. nombre del traductor, ciudad de publicación, editorial, número de edición si corresponde).

- C. **Capítulo de libro:** AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", en LLANOS MANSILLA, Hugo y PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coords.) *I Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia) pp. 145-184.

Elementos: Autor(es) del capítulo/ (año de publicación): / "título del capítulo" / nombre del editor(es) o coordinador(es) del libro, cuando éste difiere del autor del capítulo o artículo (indicando su calidad de editor(es) o coordinador(es) / título del libro (en cursiva) / (ciudad de publicación, editorial) / paginación.

- D. **Artículo de revista:** VAN DE WYNGARD, Jorge (2010): "La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros: un análisis constitucional", *Ars Boni et Aequi*, vol. 6 N° 1: pp. 27-79.

Elementos: Autor(es) del artículo/ (fecha): / "título del artículo" / título de la Revista, (en cursiva) / volumen y número: / paginación.

- E. **Documentos en formato electrónico:** BERMÚDEZ, Jorge (2005): "El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria" Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000200004](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004)>.

Elementos: Autor(es) del documento/ (fecha): / "título" / Disponible en: vínculo del documento.

- F. **Referencia de dos obras del mismo año del mismo autor:** si se citan dos o más obras de un determinado autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra, que sigue al primer apellido y el año de la obra:

NOGUEIRA (2007a) y NOGUEIRA (2007b).

7. **Normas citadas.** Luego del listado de referencias bibliográficas se deben incluir todas las referencias legales o normativas, bajo el título "Normas jurídicas citadas". Dicho listado se limitará a las normas efectivamente citadas o referidas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente, de menor a mayor número, si es del caso, y se usará sangría francesa. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de esta, la fecha de su publicación (día, mes y año) y su denominación legal, si la tiene.

*Ejemplo:*

Ley N° 18.525 del 30 de junio de 1986, Normas sobre importación de mercancías al país.

8. **Jurisprudencia citada.** Tras el listado de referencias legales se debe incluir uno de todas las sentencias efectivamente citadas o referidas en el trabajo, bajo el título "Jurisprudencia citada". En este listado, las referencias a las sentencias harán indicación de las partes en cursiva (primer apellido o sus iniciales), al año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, del tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación. Se sugiere indicar el tipo de acción y procedimiento correspondiente, n° rol, de serie, de expediente u otro equivalente / fuente de localización. Si es el caso, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo y las indicaciones de volumen, número o sección, año y página. Las sentencias se deberán ordenar cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes.

*Ejemplos:*

*Radrigán y otros* (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de abril de 2009, rol n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

*Requerimiento respecto del Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989* (2000): Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2000, rol n° 309. Disponible en: <[http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_expediente.php?id=29863/](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863/)>.

*Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp. 65-73.

**Sobre la jurisprudencia internacional citada.** En el caso de citar jurisprudencia internacional, se deberá ocupar el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

*Ejemplos:*

**Estados Unidos:** Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)

**España:** STC 095/2010.

9. **Notas al pie de página:** Las notas al pie de página irán numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia.

A. REFERENCIA ABREVIADA DE OBRAS

En las referencias abreviadas de libros, artículos de revista y demás formatos se señalará en la nota al pie el apellido del autor (en versalitas), el año (entre paréntesis) y el número o números de la página o de las páginas precisas en que aparece la referencia citada. Se recomienda no efectuar citas de trabajos que no han sido confrontados directamente por el autor, ya sea críticamente o siguiendo sus planteamientos. Los lectores podrán verificar los datos completos de la referencia en la “bibliografía citada”, al final del trabajo (que se describe más arriba).

Si la obra tiene tres o más autores su indicación deberá contener el apellido del primer autor seguido por la expresión latina *et al.* Si se contemplan obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, se distinguirán por una letra seguida del año de publicación. Si se contemplan obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, se distinguirán por una letra seguida del año de publicación.

*Ejemplos:*

- Obras con un autor: MANSON (1978) p. 52.
- Obras con dos autores (los apellidos se unen por medio de la conjunción y): FIX-ZAMUDIO y VALENCIA (2003) p. 247.
- Obra con tres o más autores: GALLARDO *et al.* (2011) p. 94.
- Más de una obra de un mismo autor y año de publicación: GUZMÁN (2005a) p. 12.



B. *REFERENCIAS ABREVIADAS DE LAS NORMAS CITADAS*

En la nota respectiva se deberá indicar el número de la norma y su año de publicación.

*Ejemplo:*

Ley n° 20.431 de 2010.

C. *REFERENCIAS ABREVIADAS DE JURISPRUDENCIA CITADA.*

Se indicará el nombre de las partes en cursiva (con su primer apellido o sus iniciales) seguido del año de dictación entre paréntesis. En el caso de una sentencia del Tribunal Constitucional, deberá mencionarse el título o número de la ley o el artículo que se haya discutido y el rol de la causa.

*Ejemplos:*

*Tamaya con Atocha* (1999).

*Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (2000).

10. **Presentación de gráficos, tablas, figuras o imágenes:** Dentro del cuerpo del texto solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos atinentes a la materia de la publicación. En particular, cada imagen, tabla o gráfico debe estar en formato .jpg.

A. *TABLAS*

Las tablas se realizarán en formato Word, llevarán un título conciso y serán enumeradas correlativamente con números arábigos, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **TABLA N° 1, TABLA N° 2, TABLA N° 3**. Las observaciones adicionales se incluirán al pie de la tabla.

B. *FIGURAS (GRÁFICOS E IMÁGENES)*

Se considerará figura a todo tipo de material gráfico que no sea tabla (diagrama, gráfico, fotografía, dibujo, entre otros). Las figuras se realizarán en formato .jpg (resolución mínima 350 ppp (puntos por pulgada) y tamaño máx. de 15 cm. de ancho por 18 cm. de alto; todos los elementos deben ser legibles; entre 8 y 14 puntos. Enumere todas las figuras de manera consecutiva con números arábigos a la largo de todo el texto, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **FIGURA**

**N° 1, FIGURA N° 2, FIGURA N° 3.** Dentro del texto, se refiere a las figuras por sus números. Ejemplo: Como se muestra en la Figura n° 1 o véase la Figura n° 2.

#### **IV. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN Y APROBACIÓN DE TEXTOS**

1. El Comité Editorial se reserva el derecho de rechazar los textos antes de enviarlos a arbitraje en el caso que no se ajusten a los lineamientos de la Revista.
2. Previo al envío a arbitraje se revisa el texto desde el punto de vista formal (estilo, lenguaje, ortografía, normas de edición, traducciones al inglés). Tras esta revisión, puede solicitarse al autor completar datos bibliográficos o notas a pie de página de ser necesario
3. En el caso de arbitraje, los parámetros utilizados por los pares académicos para la evaluación de los trabajos son los siguientes: originalidad del trabajo; desarrollo de argumentos; redacción, sintaxis, ortografía, estilo, extensión y estructura del trabajo; pertinencia y actualidad de la bibliografía; concordancia entre títulos, resúmenes y palabras claves con el contenido del trabajo; calificación del trabajo cómo estudio, ensayo, crónica o comentario de jurisprudencia.
4. El resultado del arbitraje será comunicado al autor. Este tendrá que ajustar el trabajo a las observaciones o recomendaciones hechas por los arbitradores si desea la aceptación del mismo para publicación.
5. Recibida la versión ajustada, se revisa si las observaciones hechas al trabajo han sido acogidas íntegramente por el autor. Tras esta revisión pueden realizarse nuevas recomendaciones al autor. Se establece un máximo de hasta dos correcciones por trabajo. Si en la tercera revisión el artículo no cumple plenamente con las observaciones formuladas, este se entenderá rechazado por el Comité Editorial.
6. Dos meses antes del lanzamiento de cada número, se prepara el cierre del proceso de edición correspondiente.
7. Los primeros días del mes de junio y de diciembre se publican los artículos aceptados durante el primer y segundo semestre, respectivamente, en la versión electrónica de la Revista y se procede al envío de los archivos a las bases electrónicas en las cuales se encuentra la Revista indexada. Dentro de los mencionados meses, asimismo, se realiza el envío gratuito de ejemplares a las principales bibliotecas del país, a los miembros de los tribunales superiores de justicia y a los más célebres estudios jurídicos chilenos.

# INSTRUCTIONS TO AUTHORS

## I. SCOPE AND POLICY

1. *Ars Boni et Aequi* is committed to contribute to the development of Legal Science through the publication of original and unpublished researches confined to the various branches of law, to invite all legal operators to constant study, reflection, analysis, critical and propositions in Latin-American juridical area.
2. Its main objective is to communicate legal knowledge derived from monographic studies, to share case law reviews and spread reviews.
3. This is an electronic and printed publication presented every six months. The n° 1 of each year appears in June, and n° 2, in December.
4. We invite to all researchers and law students, domestic and foreign, to submit articles to cover the three regular sections of the magazine (studies, case law comments and books reviews). The works are evaluated and if they are approved we permit their publication and dissemination. Contributions are received all the year, however, we recommend submissions before April 15 for the first semester, and before October 15 for the second one, in order to complete the approval process.
5. Sending an original article to the editor implies that the author is not going to submit it simultaneously to other periodicals. Also assigns the copyright of the text, once admitted, to *Ars Boni et Aequi*.
6. A double and anonymous arbitration will review and evaluate the work.
7. The authors, whose works were accepted and published in the Journal, will receive a free copy with it and 10 offprints.

## II. FORM AND PREPARATION OF MANUSCRIPTS

1. The articles can be submitted in English or Spanish, letter-size page, numbered and fully legible, font Times New Roman, size 12, line spacing to double spacing, and with an extra space between paragraphs. It should be headed by the full title in English, bold capitals. Then add a Spanish translation, in lowercase italics.

2. Immediately below the title must include the author's full name (written in lowercase except the initial letters, which must be written in capital letters) and her/his institutional affiliation, indicating city and country of the institution.
3. It also has to include an abstract, showing in a brief way, what the article is about and three to five keywords. Both abstract and keywords have to be in English and Spanish (*resumen y palabras claves*).
4. The titles and subtitles for the main divisions of the article should be clear and concise properly related the contents thereof without underlined whatsoever.
5. You do not use bold, except for titles as explained above. Neither use underlining.
6. Italics will be used only for words in another language.
7. It will be used a citation system with footnotes numbered consecutively and adjusted to the standards adopted by the Journal.

### III. ORIGINAL SUBMISSIONS AND PUBLICATION STANDARDS

1. The articles to be published in the Law Review of Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, must be submitted by email to [arsboni@ubo.cl](mailto:arsboni@ubo.cl), addressed to the Director-in-Chief, Mrs Regina Díaz Tolosa. The email must contain the publication request, name of the author and the specification in which category the work must be included.
2. There also must be attached a letter in which the authors note that the work is unpublished and undertake not to submit simultaneously to other journals. Also, the authors of the articles must inform if such work is published as part of a book or a bigger work.
3. The citation system adopted by the Journal corresponds to the standards of the *International Standardization Organization*, ISO 690 and ISO 690-2, in relation to their equivalent issued by the Chilean National Standards Institute: NCH1143.Of1999 Documentation - Bibliographic references - Content, form and structure, and NCH 1143/2.Of2003 Information and documentation - Bibliographic references - Part 2: Electronic documents or parts thereof, which have been declared official Chilean Standard by Resolution n° 75 of 1999 of the Ministry of Economy, *Diario Oficial*, 24

February 1999 and Resolution n° 92 of 2003 of the Ministry of Economy, *Diario Oficial*, 13 March 2003, respectively.

4. **Bibliographic references:** At the end of the work will be a list of all references **effectively cited or referred** under the title "Bibliography cited". The list must be sorted alphabetically according to the last name of the author, with its year of publication in parentheses. If there are two or more works by the same author published in the same year, they must be distinguished in parentheses by small letters a, b, c, etc. after the year of publication and inside the parenthesis. The last names of the author will be written in VERSAILLES and name in round. In no case can be cited two different literature sources in a single reference. In this list, reference books contain an indication of the total number of pages, and the reference to journal articles and chapters of books will display the page numbers start and end.
5. In every reference, the authors' last names will be written in VERSAILLES and the title in *italics*. Finally, into a parenthesis there must be included number of edition in case there is more than one, the city of publication, publisher.
6. The references of journal articles and book chapters will indicate the numbers of beginning and ending. French indentation will be used. Books titles and periodical publications in a foreign language will indicate the original language.

EXAMPLES:

- A. **Books:** ADAMS, Randolph G. (1958): *Political Ideas of the American Revolution* (3° edition, New York, Barnes Noble Inc).

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / (edition number (except for the first one) place of publication, publisher,) / (For works with more than one volume, indicate the number of it).

- B. **Translations:** AKEHURST, Michael (1972): *Introduction to International* (trad. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial).

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first) / (trad. translator name, place of publication, publisher, number of edition if it corresponds).

- C. **Books chapters:** AGUILAR CAVALLO, Gonzalo and MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", LLANOS MANSILLA, Hugo and Picand ALBÓNICO, Eduardo (coords.), *I Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia) pp. 145-184.

Elements: Author (s) of the chapter / (year of publication): / "title of chapter" / name of the author (s) or coordinator (s) of the book, when it differs from the author of the chapter or article (indicating his capacity as editor (s) or coordinator (s) / book title (in italics) / (place of publication, publisher) / pages.

- D. **Journal articles:** WALDRON, Jeremy (2005): "Foreign Law and the modern *Jus Gentium*", *Harvard Law Review*, vol. 119 n° 1: pp. 129-147.

Elements: Author (s) / (date) / "Article title" / title of the journal (in italics) / volume and number: / pages.

- E. **Electronic documents:** BERMÚDEZ, Jorge (2005): "El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria" <Available at: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000200004](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004)>.

Elements: Author (s) / (date) / "Title" / Available at: link

- F. **Reference of two works of the same year by the same author:** When citing two or more works by a particular author, published in the same year, will be distinguished by a letter, which follows the first name and the year of the work:

NOGUEIRA (2007a) and NOGUEIRA (2007b).

7. **Legislation:** After the list of bibliographic references, there must be included a list of all legal or regulatory references, entitled "*Legislation cited*". This list is limited to the statutes effectively quoted or referred in the work. The must be sorted alphabetically, from lowest to highest number, if applicable and French indentation will be used. In the case of a statute, it will be indicated its number, publication date (day, month and year) and the official title, if applicable.

## EXAMPLES:

Ley N° 18.525 del 30 de junio de 1986, Normas sobre importación de mercancías al país.

8. **Cases:** After the legislation, there must be included a list of all sentences actually quoted or referred to in the work, entitled "Cases cited". The reference shall mention the name of the parts in italics (or their initials), year of the judgment in parenthesis, followed by a colon (:), court and date (day, month and year). It is suggested to indicate the type of action and procedure, n° role, serie n° or equivalent. Sentences must be sorted chronologically and alphabetically by the name of the parts.

## EXAMPLES:

*Radrigan y otros* (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de abril de 2009, rol n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

*Requerimiento respecto del Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989* (2000): Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2000, rol n° 309. Available at: [http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_expediente.php?id=29863/>](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863/>).

*Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp. 65-73.

**Cases from other jurisdictions.** Cite cases from other jurisdictions as they are cited in their own system for its identification.

## EXAMPLES:

United States: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

Spain: STC 095/2010.

9. **Footnotes:** Footnotes must be numbered in Arabic characters and they must be inserted in a superscript format, which will include references or short citations to works, norms and jurisprudence.

#### A. BRIEF BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

Abbreviated references in books, magazine articles and other formats will be noted in the footnote: only the first author's last name (in VERSAILLES), year (in parenthesis) and the number or numbers of the page or pages accurate in the cited reference appears. It is recommended not to make references to jobs that have not been addressed directly by the author, either critically or at their approaches. Readers can check the full details of the reference in the *Bibliography cited* list at the end of work (described above). If a work has three, four more authors, cite all authors in the reference list end. In the footnotes page is written only the first author followed by *et al.*, Year of publication and page respectively:

In case citing two or more works by different authors in the same reference, write the names and respective years of publication, separated by a comma.

*Examples:*

- Works by one author: MANSON (1978) p. 52.
- Works by two authors (surnames are joined by the conjunction and): FIX-ZAMUDIO AND VALENCIA (2003) p. 247.
- Works with three or more authors: GALLARDO *et al.* (1990) p. 20.
- More than one work with same author and year of publication: GUZMÁN (2005a) p. 12.

#### B. BRIEF LEGISLATION REFERENCES

It shall indicate the number of the statute and the year of publication.

*Example:*

Ley n° 20.431 de 2010.

#### C. BRIEF CASE REFERENCES

The footnotes of jurisprudence shall indicate the name of the parts in italics (or their initials), followed by the year of promulgation. In case of a sentence from the Constitutional Court, for example, there will be mention of the title or number of the statute that has been discussed as well as the number of the case.



*Examples:*

*Tamaya con Atocha* (1999).

*Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (2000).

10. **Presentation of graphs, tables, figures and images:** Within the body text can only be included images, tables and graphics related to the subject of the paper. Each image, table or graphic must be in \*.jpg format.

A. *TABLES*

The tables will be in Word format, with a concise title and be numbered consecutively with Arabic numerals, capital letters using bold. Example: **TABLE N° 1, TABLE N° 2, TABLE N° 3**. Additional observations will be included at the bottom of the table, will organized in columns and rows.

B. *FIGURES (GRAPHICS AND PHOTOS)*

It will be considered figure any kind of graphic material than is not a table (chart, graph, photograph, drawing, etc.). The figures are made in .jpg (minimum resolution 350 dpi (dots per inch) and max. size 15 cm. wide x 18 cm. high; all items must be legible; between 8 and 14 points. List all Figures consecutively with Arabic numerals in the text, using bold capital letter. Example: **FIGURE N° 1, FIGURE N° 2, FIGURE N° 3**. In the text, the figures are referred to by their numbers. Example: As shown in Figure n° 1 or see Figure n° 2.

#### IV. PROCEDURE FOR REVIEW AND APPROVAL

1. Before sending the articles to arbitration, the Editorial Committee reserves the right to reject articles if they are not adjusted to the guidelines of the Journal.
2. In this stage, the text is formally checked (style, language, spelling, procedure of edition, translations into Spanish). After this review, the author can be requested to complete bibliographical information or footnotes if it is necessary.
3. In case of arbitration, the evaluation parameters are: originality of the work, developing arguments, writing, syntax, spelling, style, size and structure of work, relevance and timeliness of the literature, agreement

between titles, summaries and key words with the content of the work; qualification of the work as a study, case law or review.

4. The results of the arbitration will be communicated to the author, who will have to adjust his/her work to the observations or recommendations made by the arbitrators.
5. Once the adjusted version is received, it is checked if the observations done to the article haven been fully accepted by the author. After this review, new recommendations can be realized to the author. It is established a maximum of two corrections. If in the third review the article does not fully comply with the observations, it will be understood that the article has been rejected by the Editorial Committee.
6. Two months before the release of each issue, ends the corresponding editing process.
7. The first day of June and December, accepted papers are published in the first and second semester, respectively, in the electronic version of the Journal and proceeds to send files to the electronic database which is indexed the Journal. Within the mentioned months, also performed free shipping copies to major libraries in the country, members of the superior courts and the most famous Chilean legal buffets.



