



ISSN 0718-2457

Revista  
Jurídica de la  
Universidad  
Bernardo  
O'Higgins

*Ars*  
*Ars*  
*Boniet*  
*Aequi*

Año 10 • Número 1



*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 10, N° 1, junio 2014

ISSN 0718-2457 Versión impresa

ISSN 0719-2568 Versión en línea

#### DIRECTORA RESPONSABLE

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

#### COMITÉ EDITORIAL

Jorge Van De Wyngard Moyano, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile (Presidente).

Martín Acevedo-Miño, Pontificia Universidad Católica Argentina, Argentina.

Dr. Juan Pablo Albán, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador.

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

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

Dr. Robert S. Barker, Duquesne University, Estados Unidos.

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

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

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

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

LL.M. Dante Figueroa, Georgetown Law Center, Estados Unidos.

Dra. Miriam Henríquez Viñas, Universidad de Las Américas, Chile.

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

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

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

Mg. Diego Munita Luco, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Mg. Nattan Nisimblat, Universidad del Rosario, Colombia.

Dr. Waldo L. Parra, Universidad de Chile, Chile.

Dr. Francisco Pinilla Rodríguez, Universidad Central, Chile.

Dr. Juan Manuel Portilla Gómez, Universidad Nacional Autónoma de México, México.  
Dr. Eulogio Pisfil Chavesta, Universidad Nacional de Trujillo, Perú.  
Dr. Luis Ignacio Savid-Bas, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.  
Dra. Cristine Zanella, Faculdade de Direito de Santa María, Brasil.

#### COMITÉ DE REDACCIÓN

Secretaria de Redacción

Mg. Nathalie Walker Silva, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Asistentes de Redacción

Mg. Rodrigo de la Vega Parra, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Mg. Carlos Isler, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Mg. Erika Isler, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Ayudantes de Redacción

Jhon Troncoso, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Gabriel Salazar, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Iván Verdejo Clavero, 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, Pro Quest, EBSCO, Dialnet y Latindex - Catálogo.

Avenida Viel 1497, Santiago-Chile.

Teléfonos: (56-2) 24774147- 24774150 - Fax: (56-2) 24774141.

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

IMPRESIÓN - PRODUCCIÓN GENERAL: Gráfica LOM.



# ÍNDICE

## Editorial

REGINA INGRID DÍAZ TOLOSA .....	7
---------------------------------	---

## ESTUDIOS

### Aborto y derechos prenatales en América Latina y el Caribe: un Análisis comparativo de Leyes y Jurisprudencia relevantes tras la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

LIGIA M. DE JESÚS MARÍA FRANCK.....	11
--	----

### La problemática del indulto humanitario en el supuesto de crímenes de lesa humanidad: el caso Fujimori

SILVIO MEZARINA GARCÍA .....	101
------------------------------	-----

### El nuevo paradigma de la garantía de la jurisdicción

ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ.....	119
-------------------------------	-----

### Elementos para una reforma justa de un sistema de seguridad social integral

IVÁN ALBERTO DÍAZ GUTIÉRREZ.....	151
----------------------------------	-----

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### On 'obligations erga omnes partes' in public international law: 'erga omnes' or 'erga partes'? A Commentary on the Judgment of 20 July 2012 of the International Court of Justice in the Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) Case

DIEGO GERMÁN MEJÍAS-LEMUS .....	177
---------------------------------	-----

**Conflictos normativos en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República: Ley vs. Reglamento**

ÁLVARO ROBERTO DELGADO LARA ..... 215

**Suplemento alimenticio y protección de los Derechos de los consumidores: Comentarios sobre el caso ADN**

ERIKA MARLENE ISLER SOTO ..... 225

RECENSIONES

**Parra, Waldo. El concepto de derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito laboral chileno y la tutela jurídica de su eficacia horizontal (Santiago, Legal Publishing, Thomson Reuters, 2013), 590 pp.**

FRANCISCO WALKER ERRÁZURIZ ..... 249

**Instrucciones a los autores** ..... 253

**Instructions to authors** ..... 263

## EDITORIAL

*Ars Boni et Aequi*, la revista jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, a partir de este número incorpora nuevas secciones: estudios, comentarios de jurisprudencia y reseñas. En esta ocasión, el fascículo contiene cuatro estudios de autores extranjeros (nacionales de Argentina, Colombia, Estados Unidos, Perú), en temáticas variadas circunscritas a diversas ramas del Derecho (Derecho Comparado, Derecho Internacional, Derecho Procesal, Derecho Laboral); tres comentarios de jurisprudencia, de una sentencia de la Corte Internacional de Justicia (investigador asociado al Centro de Derecho Internacional de la Universidad Nacional de Singapur), y dos comentarios de autores nacionales (uno de jurisprudencia sobre derecho de los consumidores, y otro de jurisprudencia administrativa); y una reseña de un libro circunscrito al Derecho Laboral de un autor nacional. Todas contribuciones evaluadas con el sistema de arbitraje de doble ciego.

Junto con presentarles esta edición, la primera del año décimo de la Revista, aprovecho de agradecer la oportunidad que se me dio para formar parte de los procesos de edición de esta publicación, primero como secretaria de redacción (2010-2012) y luego como directora responsable (2013 a la fecha), lo cual, sin lugar a dudas, contribuyó a mi formación profesional como académica e investigadora en el área de la ciencia jurídica.

Asimismo, agradezco al equipo que apoya y trabaja en la edición de la Revista (comités, asistentes, pares evaluadores) por toda su generosa y comprometida colaboración que posibilita semestralmente entregarles a nuestros lectores interesantes investigaciones que aportan a la reflexión jurídica en el ámbito iberoamericano.

Nuevos desafíos y responsabilidades actualmente ocupan la mayor parte de mi tiempo y provocan que deje la Dirección de la Revista. No puedo dejar de manifestar la nostalgia que ello me genera, pues ha sido un proyecto en el cual los últimos cuatro años he trabajado con paciencia y dedicación con el objeto de posicionar y mejorar continuamente la publicación en aras de contribuir con un muy buen producto científico a la comunidad académica en el ámbito jurídico.

No obstante, el alejamiento no será total, pues de todas maneras seguiré presente en las definiciones de la política editorial de la Revista y en las labores de difusión de la misma, pues a partir de este momento pasaré a formar parte del Comité Editorial.

Finalmente, me corresponde presentar a la nueva Directora de la Revista, la académica e investigadora de la Facultad de Derecho y Comunicación Social, Nathalie Walker, a quien desde ya deseo sinceramente éxito en su gestión.

Regina Ingrid Díaz Tolosa  
Directora Responsable  
*Ars Boni et Aequi*

ESTUDIOS



# ABORTO Y DERECHOS PRENATALES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LEYES Y JURISPRUDENCIA RELEVANTES TRAS LA ADOPCIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

*Prenatal and abortion rights in Latin  
America and the Caribbean: A  
comparative analysis of relevant laws and  
jurisprudence after the adoption of the  
American Convention on Human Rights*

LIGIA M. DE JESÚS\*  
AVE MARIA SCHOOL OF LAW  
Naples, Florida, Estados Unidos de Norteamérica

MARÍA INÉS FRANCK\*\*  
Pontificia Universidad Católica de Argentina  
Buenos Aires, Argentina

- 
- \* Profesora de Derecho, Ave Maria School of Law; LL.M., Harvard Law School. La autora desea agradecer a Anthony Tannus Wright, María Laura Farfán, Cintia Bayardi, Sandy Pineda, Siomara Umaña y Eduardo Aguilera por su asistencia con la revisión documental necesaria para este trabajo de investigación. <ldejesus@avemarialaw.edu>.
- \*\* Abogada y Licenciada en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales por la Universidad Católica Argentina, Profesora de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. <ines\_franck@yahoo.com.ar>.

**Artículo recibido el 24 de febrero de 2014 y aprobado el 1 de abril de 2014.**

**RESUMEN:** Al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), los Estados latinoamericanos y del Caribe acordaron proteger el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Este artículo documenta el tratamiento de aborto en la práctica de los Estados latinoamericanos y del Caribe y la protección de los derechos prenatales, particularmente el derecho a la vida antes del nacimiento, en el ordenamiento jurídico de los países de la región. La práctica de los Estados es una fuente primaria de interpretación de los tratados de acuerdo con el art. 31(3) (b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al examinar la práctica de los Estados, las autoras realizan un análisis comparativo de las Constituciones nacionales pertinentes, leyes primarias federales y estatales, y sentencias de cortes de última instancia sobre aborto y derechos prenatales, adoptados posteriormente a la firma o ratificación de la CADH.

**PALABRAS CLAVE:** Latinoamérica - Caribe - aborto - no nacido - Convención Americana sobre Derechos Humanos

**ABSTRACT:** By ratifying the American Convention on Human Rights (ACHR), Latin American and Caribbean states made a commitment to protect prenatal life from the moment of conception. This paper documents regional state practice on abortion and protection of prenatal rights, particularly the right to life before birth, in authoritative domestic statutes and jurisprudence. State practice is a primary source of treaty interpretation according to article 31(3)(b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. In examining state practice, the authors carry out a comparative analysis of relevant national constitutions, federal and state statutes (that prevail over lesser regulations or administrative directives), and domestic high court decisions on abortion or prenatal rights, adopted after states' signature or ratification of the American Convention.

**KEY WORDS:** Latin America - Caribbean - abortion - unborn child - American Convention on Human Rights

## INTRODUCCIÓN

Al ratificar la CADH de 1969, los Estados latinoamericanos y del Caribe<sup>1</sup> acordaron proteger el derecho a la vida desde el momento de la concepción en el art. 4(1) de la Convención, que establece que: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie será privado arbitrariamente de su vida”*.

Este artículo documenta el tratamiento de aborto en la práctica de los Estados latinoamericanos y del Caribe y la protección de los derechos prenatales, particularmente el derecho a la vida antes del nacimiento, en el ordenamiento jurídico de los países de la región. La práctica de los Estados es una fuente primaria de interpretación de los tratados de acuerdo con el art. 31(3) (b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1963, una disposición que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha invocado por su propia interpretación de la CADH<sup>2</sup>. Por lo tanto, la práctica de los Estados en materia de aborto y protección de los derechos prenatales debería incidir en una correcta interpretación del art. 4(1) de la Convención Americana.

Al examinar la práctica de los Estados, las autoras realizan un análisis comparativo de las Constituciones nacionales pertinentes, leyes federales y estatales (que prevalecen sobre leyes secundarias, reglamentos o decretos

<sup>1</sup> A los efectos de este artículo, “Estados latinoamericanos y caribeños” incluye los países de América Latina y el Caribe que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (un total de 25 países): Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay, Venezuela, Trinidad y Tobago. Esta clasificación no incluye los países de la región que no han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Cuba, Guyana, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas, Canadá y Estados Unidos, aunque miembros de la OEA no han ratificado la Convención Americana tampoco. No incluye los territorios extranjeros en la región geográfica como Puerto Rico, Guadalupe y Guyana Francesa. Ver Documentos Básicos - Ratificación de la Convención, en <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>>, fecha de consulta: 17 enero 2014.

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva sobre restricciones a la pena de muerte* (1983, Ser. A n° 3) pág. 48.

ejecutivos), y sentencias de cortes de última instancia sobre aborto y derechos prenatales<sup>3</sup>.

## I. DESAFÍOS ACTUALES PARA LA VIDA Y LOS DERECHOS PRENATALES

La firme y sólida tradición latinoamericana de protección del derecho a la vida del *nasciturus* se enfrenta en la actualidad con desafíos específicos que soslayan la soberanía de los Estados y ejercen presiones en todo sentido para modificar esta generosa y justa posición jurídica frente a la vida vulnerable.

Estos desafíos no siempre son de naturaleza jurídica, sino que apelan más bien a la mutación del significado de los términos tradicionales y a construcciones sociológicas en torno al manejo de cifras y datos no del todo precisos.

### **1. La interpretación del término ‘concepción’ en el contexto del art. 4.1 de la CADH**

En el último año ha surgido un debate de naturaleza semántica sobre el significado de la palabra *concepción*, especialmente a partir de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica*, de 2012. Allí, la Corte sostuvo que en el sistema interamericano la palabra *concepción* aplicada al inicio de la vida debe entenderse como *implantación*. Si bien la sentencia que comentamos se refiere solamente al caso de Costa Rica, existen fuertes presiones y doctrinas jurisprudenciales que pretenden imponer la interpretación a todos los países de la región.

La Corte interpreta que, “cuando la Convención, en el art. 1.2 determina que ‘persona es todo ser humano’ y, a su vez, en el art. 4.1 establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida (...), en general, a partir del momento de la concepción”, debe valorarse los términos “concepción” y “ser humano” a partir de la literatura científica (§176). En este sentido, “en

---

<sup>3</sup> Un análisis de la costumbre u *opinio juris* regional está más allá del alcance de este artículo, que se centra únicamente sobre la práctica estatal a efectos de interpretación de los tratados. No obstante, vale la pena mencionar que la costumbre regional y local pueden ser fuente de derecho internacional consuetudinario. Véase Corte Permanente de Justicia Internacional, *Derecho de Paso por el Territorio Indio (Portugal vs. India)* (1960) y *Haya de la Torre Caja (Colombia vs. Perú)* (1951). Este último estableció que se requiere un “uso constante y uniforme” en la práctica estatal relevante, junto con el acuerdo expreso (a diferencia de asentimiento tácito) para el reconocimiento de una norma regional del derecho consuetudinario internacional, estableciendo así un requisito difícil de llenar en la práctica, aunque no imposible.

*el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término 'concepción'. Una corriente entiende la 'concepción' como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende 'concepción' como el momento de la implantación del óvulo fecundado en el útero, ya que esta implantación "faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión" (pár. 180).*

*La Corte "considera que es procedente definir (...) cómo debe interpretarse el término 'concepción'. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción (...), si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un 'ser humano', lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (pár. 186). "En este sentido, la Corte entiende que el término 'concepción' no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede (...). Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el art. 4 de la CADH, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación. Al establecerse lo pertinente en la CADH no se hizo mención al momento de la fecundación" (pár. 187).<sup>4</sup>*

El supuesto debate científico que la Corte invoca es relativo. Al día de hoy, importantes investigadores, de altísimo nivel mundial, afirman que desde el primer momento de la fecundación podemos afirmar que estamos delante

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros, "fecundación in vitro" vs. Costa Rica* (2012, Ser. C n° 257).

de una nueva persona. Tal es el caso de Keith Moore<sup>5</sup>, William J. Larsen<sup>6</sup> y Bruce Carlson<sup>7</sup>, entre otros.

De todas maneras, es llamativo que, aunque la Corte entiende que existe un debate jurídico no resuelto, tome partido ideológico de una manera tan liviana en una cuestión de tamaño trascendencia, sin vacilar frente al hecho escalofriante de que su postura pueda colaborar a cercenar la vida de muchísimos inocentes.

Frente a la pretensión de obligatoriedad de estas sentencias con respecto a los países latinoamericanos, nos parece oportuno citar el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Uruguay al respecto: *“El art. 68.1 CADH, que establece que ‘[l]os Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes’, no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutive de la sentencia o resolución de la Corte IDH. Por ello, en la CADH no puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano” (...). Además, corresponde tener presente que “...*

---

<sup>5</sup> Profesor Emérito de la división de Anatomía del Departamento de Cirugía de la Universidad de Toronto, Ontario, Canadá; Profesor y Jefe del Departamento de Anatomía de la Universidad de Manitoba, Winnipeg, Canadá; Profesor titular y Director del Departamento de Anatomía y Biología Celular, Universidad de Toronto, galardonado con el premio al educador más distinguido en educación en el año 2007, el máximo honor que otorga la *American Association of Anatomists* a la excelencia en la enseñanza de grado y posgrado de anatomía humana en medicina y estomatología. En su p. 7, versión en español de la octava edición de MOORE y PERSAUD (2003), aclara que el desarrollo humano es un proceso continuo que comienza cuando el ovocito de la mujer es fecundado por el espermatozoide masculino.

<sup>6</sup> Científico, investigador de la biología del desarrollo, graduado en programas de neurociencia, biología molecular y desarrollo biológico, Profesor del programa de Universidad de Cincinnati, Colegio de Medicina, en LARSEN (2003) p. 1, afirma que la descripción del ser humano en desarrollo comenzará con la formación y diferenciación de las células sexuales masculinas y femeninas o gametos que se unen durante la fecundación para iniciar el desarrollo embrionario de un nuevo ser.

<sup>7</sup> Md, Phd, Profesor y Jefe de Departamento del Departamento de Anatomía y Biología Celular, Universidad de Michigan. Al inicio en CARLSON (2005), sostiene que el embarazo comienza con la fusión de un huevo y un espermatozoide. Al considerar el modo de determinar la fecha del embarazo, sostiene que la forma usada por los embriólogos, es calcular la fecha de gestación desde el momento de la fecundación (edad de la fecundación), de manera que un embrión de seis semanas tiene seis semanas (42 días) desde el día de la fecundación. Podría seguir, pero no sería propio de un artículo periodístico.

*la Corte IDH afirmó la existencia de un deber de las autoridades judiciales nacionales de seguir su jurisprudencia al resolver los pleitos internos a través de la doctrina del control de convencionalidad (...). Sin embargo, la doctrina del control de convencionalidad se enfrenta a una objeción de peso: (...) sólo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia (...). En definitiva, si bien está fuera de toda discusión que la Corte IDH es la intérprete última de la CADH de Derechos Humanos –naturalmente en el ámbito de sus competencias– tampoco puede desconocerse que la intérprete última de la Const. de la República Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia”.*<sup>8</sup>

## **2. La interpretación de la cláusula “en general” en el art. 4(1) del Pacto de San José de Costa Rica**

Desde hace algunas décadas, los países de América Latina vienen siendo fustigados por determinados comités internacionales para revertir esta tradición a favor del derecho a la vida de la persona por nacer. Se identifica un obstáculo en el art. 4(1) del Pacto de San José para este pretendido cambio y, por lo tanto, se lo ataca desde diversas perspectivas, una de ellas la interpretativa. En efecto, a través de una reversión del lenguaje, se llega a sugerir que la obligación de proteger el derecho a la vida, ‘en general’, desde la concepción, en realidad debe interpretarse como explicitadora de la voluntad (y de un supuesto ‘deber’) de los Estados de introducir excepciones legislativas a esa protección.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Corte Suprema de Uruguay, *Caso Dos coroneles* (2013, sentencia n° 20).

<sup>9</sup> Comité de los Derechos de la Mujer: a los Estados de República Dominicana, 2004; Venezuela, 2006; Cuba, 2006; México, 2006; Nicaragua, 2007; Colombia, 2007; Perú, 2007; Uruguay, 2008; El Salvador, 2008; Guatemala, 2009; Haití, 2009; Honduras, 2009; Argentina, 2010; Panamá, 2010; Paraguay, 2011; Costa Rica, 2011; Brasil, 2012; Chile, 2012. Comité de los Derechos del Niño: a los Estados de Colombia, 2006; Perú, 2006; Venezuela, 2007; Argentina, 2010; Ecuador, 2010; El Salvador, 2010; Nicaragua, 2010; Costa Rica, 2011; Cuba, 2011. Comité de Derechos Humanos: a los Estados de Bolivia, 1997 y 2013; Chile, 2007; Nicaragua, 2008; Panamá, 2008; Argentina, 2010; Colombia, 2010; República Dominicana, 2010; El Salvador, 2010; Guatemala, 2012; Paraguay, 2013. Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: a los Estados de Panamá, 2001; Chile, 2004; El Salvador, 2006; México, 2006; Costa Rica, 2007; Bolivia,

Mucho se ha hablado sobre la inclusión del término “*en general*” en el art. 4.1 del Pacto de San José. Lo cierto es que el mismo se introdujo en 1969 en medio de la disconformidad de la mayor parte de los países, quienes pretendían que se eliminara ese término, o bien que la definición del inicio de la personalidad fuera dejada a cargo del derecho interno de cada Estado.

Así, durante los trabajos preparatorios a la aprobación de la CADH, República Dominicana propiciaba la eliminación de la frase completa (“*en general, desde el momento de la concepción*”), ya que propugnaba una redacción igual al art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para una mayor coherencia con el sistema universal. Brasil, por su parte, opinaba que la expresión “*en general, desde el momento de la concepción*” era “*vaga y por eso no tendrá eficacia para impedir que los Estados partes en la futura convención incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto*”, y que la cláusula correspondía a “*materia que debía ser dejada a la legislación de cada país*” (pár. 208). Las delegaciones de Ecuador y Venezuela propusieron eliminar solo el término “*en general*”, ya que sostenían que “*en cuanto al derecho a la vida, desde el momento de la concepción del ser humano, no puede haber concesiones*” (pár. 210). Al aprobar el texto actual de la Convención, México hizo una declaración interpretativa, aclarando esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados (pár. 212).

El proyecto uruguayo de la Convención, por su parte, establecía que “*todo ser humano tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción*” (pár. 215). En cuanto a Costa Rica, vemos que en el Acta de la Segunda Sesión Plenaria (20-11-69) consta que “*la Delegación de Costa Rica, igualmente solicitó que constara en acta la declaración siguiente: 'La Delegación de Costa Rica, como justo homenaje a sus venerados patricios, que haciendo gala de arraigados sentimientos humanitarios, hace aproximadamente una centuria, abolieron de la legislación patria la pena capital; y para ser consecuente con la idiosincrasia de nuestro pueblo, mantiene inquebrantable adhesión al principio de la inviolabilidad de la vida humana, consagrado en el art. 21 de la Const. Política de la República (5), y por ende, deja constancia de que no puede aceptar, y en esa materia salva su voto, preceptos que no tiendan a garantizar, en forma absoluta, ese sagrado principio'*.”

---

2008; Nicaragua, 2008; Brasil, 2009; Colombia, 2010; Uruguay, 2010; Argentina, 2011; Ecuador, 2012; Perú, 2012. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad: a la República Argentina, 2012. Comité contra la Tortura: a los Estados de Nicaragua, 2008; Paraguay, 2011 y Bolivia, 2013. Comité contra la Discriminación Racial: a la República Bolivariana de Venezuela, 2002.

Así, un análisis completo e integral de los trabajos preparatorios de la Convención nos muestra que la intención del art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica fue proteger la vida desde el primer momento, llámese éste *concepción o fecundación*, y en ese espíritu el Tratado fue ratificado por la mayoría de los Estados americanos.

En efecto, ante la existencia de una importante cantidad de Estados que pretendían proteger en el sistema americano la vida humana desde el primerísimo momento de su existencia (porque así la protegían en su legislación interna), se optó por una fórmula que en su interpretación corriente favorecía esta protección (“*en general*”) y, en última instancia, se reconocía implícitamente en el Tratado (y explícitamente en los trabajos preparatorios) la soberanía legislativa de cada Estado al respecto.

### **3. La falacia de la relación entre la legalización del aborto y la disminución de las tasas de mortalidad materna**

Se viene argumentando también que la legalización del aborto es un paso necesario para la disminución de la mortalidad materna, sosteniéndose que la primera causa de mortalidad materna se debe a los abortos realizados con las características propias de la clandestinidad<sup>10</sup>. Se ha argüido, así, que la ausencia del aborto legal determina que el mismo se practique en situaciones sanitarias inseguras para la mujer (el llamado *aborto inseguro*) y que este hecho incrementa la mortalidad materna en una proporción alarmante.

El *aborto inseguro* (*unsafe abortion*) es definido en la Plataforma de Acción de Beijing como “*el procedimiento para finalizar un embarazo no deseado llevado a cabo, ya sea por personas carentes de la necesaria habilidad o en un ambiente carente de los requisitos médico-sanitarios mínimos, o ambos casos conjuntamente*”.<sup>11</sup> La política que se asegura que combatirá con éxito este *aborto inseguro* sería, precisamente, su legalización.

Sin embargo, la Organización Mundial de la Salud afirma en su informe anual sobre el estado de la salud en el mundo que “*las cuatro causas principales de esta mortalidad son: el sangrado severo (principalmente después*

<sup>10</sup> Ver Informes citados de los comités internacionales sobre los países latinoamericanos.

<sup>11</sup> *Plataforma de acción de Beijing 92.5: “Unsafe abortion is defined as a procedure for terminating an unwanted pregnancy either by persons lacking the necessary skills or in an environment lacking the minimal medical standards or both” based on World Health Organization, The Prevention and Management of Unsafe Abortion, Report of a Technical Working Group, Geneva, April 1992 (WHO/MSM/92.5).*

del parto), las infecciones, los desórdenes hipertensos durante el embarazo (eclampsia) y las obstrucciones en el parto”<sup>12</sup>. Según su importancia, estas causas son ordenadas por la OMS de la siguiente manera: sangrado severo (25%), infecciones (15%), eclampsia (12%), obstrucciones en el parto (8%). Entre todas, estas causas representan el 60% de las razones de los casos de mortalidad materna. El *aborto inseguro* sería para este informe un 13% de los casos. Otras causas sumarían un 8% de los casos, y las causas indirectas un 20%.

Esto significa que una seria política encaminada a reducir las cifras de mortalidad materna, debería atacar principalmente las causas numéricamente más importantes y representativas.

Y esto está corroborado por el hecho de que, a pesar de haberse generado un pretendido derecho al aborto en algunos países, este hecho no significó una reducción de la mortalidad materna. En efecto, esta continuó aumentando en muchos de ellos, lo cual nos lleva a la conclusión de que la práctica legal del aborto no implica un factor de reducción de la mortalidad materna.

Algunos de los países latinoamericanos, incluso, muestran tasas de mortalidad materna de entre las más bajas del mundo, como es el caso de Chile, con 25 muertes maternas por cada 100.000 nacimientos, o Uruguay con 29 casos (recordemos que la tasa de mortalidad materna en Estados Unidos es de 21 casos cada 100.000 nacimientos, según los últimos datos disponibles, es decir, apenas inferior a Chile y Uruguay).<sup>13</sup>

Recordemos que la ley que aprueba el aborto en Uruguay es de hace pocos meses y que, por lo tanto, esas bajas tasas se alcanzaron durante la vigencia de la prohibición general de abortar. En Chile el aborto es aún hoy penalizado.

Sin tener en cuenta esa evidencia, sigue esgrimiéndose el argumento de la supuesta necesidad de sancionar leyes de aborto para lograr la disminución de la mortalidad materna.

---

<sup>12</sup> Cfr. Why do mothers die?, disponible en < [http://www.who.int/making\\_pregnancy\\_safer/events/2008/mdg5/factsheet\\_maternal\\_mortality.pdf](http://www.who.int/making_pregnancy_safer/events/2008/mdg5/factsheet_maternal_mortality.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>13</sup> “Estadísticas sanitarias mundiales 2013” en *Organización Mundial de la Salud*, disponible en <[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/82218/1/9789243564586\\_spa.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/82218/1/9789243564586_spa.pdf)>, fecha consulta: 27 diciembre 2013.

Cada muerte produce conmoción y nos compromete a procurar todas las medidas para su prevención. Pero en el caso de las complicaciones por los abortos clandestinos, no es la legalización el camino para la prevención. Al contrario, son necesarias medidas de apoyo a la maternidad, especialmente en el campo concreto de la atención de salud durante el embarazo para prevenir toda mortalidad materna y generar un clima favorable a cada vida humana.

Los datos empíricos parecerían probar que la protección de la vida humana desde el comienzo mismo de la existencia de la persona, es decir, desde la unión del óvulo con el espermatozoide para formar el cigoto (llámese esto *concepción*, como se entendió siempre, o *fecundación*) es complementaria con el cuidado de la vida y la salud de la vida de la mujer.

A) LA MANIPULACIÓN DE LAS CIFRAS DE ABORTOS CLANDESTINOS EN LA REGIÓN: EL CASO ARGENTINO

Uno de los argumentos clásicos para impulsar a los Estados a un cambio legislativo en cuanto al aborto se apoya en la manipulación de las cifras de abortos clandestinos en los países que no lo han legalizado. Esta estrategia se utilizó en varios casos, uno de los cuales es el de la República Argentina, que reseñaremos aquí por lo emblemático del mismo y por la claridad en cuanto a la ilegitimidad del manejo de las cifras.

En el informe de la ONG *Human Rights Watch* titulado *Argentina: ¿Derecho o ficción? La Argentina no rinde cuentas en materia de salud reproductiva*, año 2010, se afirma que en la Argentina se estarían realizando alrededor de 460.000 abortos al año (recordemos que la cifra anual de nacimientos en ese Estado ronda los 700.000, es decir, que una cifra como la proporcionada por *Human Rights Watch* estaría prácticamente emparejando en cantidad los abortos clandestinos con los nacimientos).

La fuente de este dato sería una publicación del año 2009, *Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina* de Silvia Mario y Edith Alejandra Pantelides<sup>14</sup>, cuyas fuentes provendrían de las estadísticas de egresos hospitalarios por complicaciones de aborto del año 2000, y de una encuesta a informantes clave realizada entre noviembre de 2005 y marzo de 2006. Dado que el aborto no se registra en la Argentina (debido a su ilegalidad) hace falta un multiplicador para trabajar con estos datos. El multiplicador para determinar el número total de abortos inducidos se calculó como la

<sup>14</sup> MARIO y PANTELIDES (2009) pp. 95-120.

media ponderada por estrato socioeconómico –pobres y no pobres– de todos los abortos que ‘probablemente’ resultarían en hospitalizaciones. Estos datos provienen de la encuesta a informantes clave.

Los informantes clave fueron treinta profesionales de la salud, funcionarios públicos que se desempeñan en áreas relacionadas con la salud sexual y reproductiva y activistas de organizaciones de la sociedad civil, particularmente, organizaciones de mujeres de varias ciudades. A esos informantes clave se les preguntó su opinión sobre la frecuencia con que se utilizan los métodos para practicar abortos en la actualidad y las complicaciones asociadas a cada método, los tipos de proveedores y el método preferido por cada uno de ellos, proporción de abortos complicados que requieren internación y que recurren al hospital público. Se les solicitó, además, que discriminaran en su respuesta la conducta de mujeres de estratos socioeconómicos pobres y no pobres.

Se extrajo un coeficiente de esas respuestas y se multiplicó por el mismo la cifra de egresos hospitalarios por aborto. El resultado dio la cifra de 460.000 abortos anuales.

La dudosa científicidad de este método está a la vista y no requiere demasiada explicación, ya que se basa en ‘opiniones’ de un sector sumamente sesgado y parcializado de la sociedad.

Con datos incontrastables, el Dr. Elard Koch abordó el mismo objetivo (calcular la cantidad de abortos anuales en la Argentina). Lo hizo de la siguiente manera: a partir de estadísticas vitales oficiales del Ministerio de Salud argentino y a través del Modelo de Embarazos Esperados, se basó en las probabilidades biológicas de una concepción viable publicadas por Wilcox en el *New England Journal of Medicine*. Partiendo de datos objetivos como la tasa global de fecundidad y la población femenina en edad fértil, estimó el número de embarazos que ocurren cada año en la Argentina. De esta manera se puede conocer el total de embarazos esperados, la proporción de los que se interrumpen muy tempranamente en forma espontánea tanto imperceptiblemente como a través de pérdidas clínicamente evidenciadas. El resto de los embarazos viables se divide en tres grupos: los que terminan en nacidos vivos, que cada país lleva en sus estadísticas vitales; las muertes fetales, de las cuales también hay registro fiable; y el grupo correspondiente a los abortos inducidos, calculado como el remanente faltante. Como conclusión de este estudio, entonces, la cifra anual de abortos para la República Argentina fue calculada en alrededor de 48.000 casos.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> KOCH *et al.* (2012).

## II. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Después de su respectiva firma o ratificación de la CADH, los Estados de América Latina y el Caribe han sido los precursores del reconocimiento explícito de un derecho fundamental a la vida desde la concepción en sus constituciones nacionales, a menudo utilizando un lenguaje idéntico al de la Convención. Ocho países latinoamericanos y caribeños han protegido de manera explícita el derecho a la vida desde la concepción en sus constituciones nacionales: Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Perú.<sup>16</sup> Además, las constituciones de la mayoría de los Estados y provincias de México y Argentina también han reconocido el derecho a la vida del niño por nacer, como se ilustra a continuación.

Cabe señalar que otras constituciones nacionales y estatales protegen la vida por nacer implícitamente, al reconocer el derecho universal a la vida sin excepciones. Por ejemplo, aunque la Constitución (en adelante Const.) de México no contiene disposiciones específicas sobre que el derecho a la vida comienza desde la concepción, su art. 123 establece que *“el empleador estará obligado a (...) debe resultar la máxima garantía para la salud y la vida de sus trabajadores y del producto de la concepción cuando las mujeres embarazadas están involucrados”*. La Suprema Corte de Justicia de México ha leído esta disposición en relación con el art. 4 de la Const. Federal (en la igualdad ante la ley) y ha sostenido que la Const. Federal protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción, independientemente de su nivel de desarrollo, en coherencia con la Convención sobre los Derechos del niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como las leyes federales y estatales<sup>17</sup>. Esta jurisprudencia se mantiene vigente hasta hoy y

<sup>16</sup> Las disposiciones constitucionales que reconocen el derecho a la vida desde la concepción se adoptaron en 1980 en Chile (que firmó la CADH en 1969 y ratificó en 1990) en 1982 en Honduras (firmó en 1969 y ratificó en 1977) en 1983 en El Salvador (firmó en 1969 y ratificó en 1978) en 1985 en Guatemala (firmó en 1969 y ratificó en 1977) en 1992 en Paraguay (firmó en 1969, ratificó en 1989) en 1993 en Perú (firmó en 1977, ratificó en 1978) en 2008 en Ecuador (firmó en 1969 y ratificó en 1977) y en 2010 en República Dominicana (firmó en 1977 y ratificó en 1978). Signatarios y ratificaciones, disponible en <[http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights\\_sign.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>17</sup> Suprema Corte de Justicia de México (2008) p. 12 del voto de minoría citando jurisprudencia identificada como P.J. 13/2002, p. 588 y P.J. 14/2002, p. 589. Sobre la vigencia de tal interpretación ver Exposición de motivos; Reforma y adición al art. 7, fracción XI, de la Const. Política del Estado de libre y soberano de Nayarit y cómputo y declaratoria

no ha sido rechazada ni siquiera por la sentencia sobre la defensa de la ley del aborto de la Ciudad de México, según los propios jueces de la Suprema Corte<sup>18</sup>.

Varios Estados han reflejado el lenguaje de la CADH en la articulación de un “derecho a la vida desde la concepción”, que pertenece a toda “persona” o “ser humano”<sup>19</sup>, reconociendo así la humanidad y personalidad jurídica del niño por nacer<sup>20</sup>. Por ejemplo, la Corte Suprema de Paraguay ha declarado que la vida de una madre embarazada y su hijo por nacer merecen igual protección<sup>21</sup>.

La Const. de Chile no utiliza específicamente la expresión “derecho a la vida desde la concepción”, pero el Tribunal Constitucional ha encontrado un derecho constitucional implícito a la vida del no nacido en el art. 19(1) de la Const. de Chile, que declara que “la Const. garantiza a todas las personas el derecho a la vida ya la integridad física y psicológica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer”. El Tribunal Constitucional de Chile encontró que los legisladores han dejado constancia de su interpretación de este artículo al afirmar que “el nasciturus, desde la concepción, es una persona en el sentido constitucional y por lo tanto titular del derecho a la vida”<sup>22</sup>. Además, la Corte Suprema ha considerado que los derechos de las madres

---

de aprobación de la reforma, *Periódico Oficial*, 6 junio 2009, disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/NAYARIT/Decretos/DECNAY50.pdf>>, pp. 11-28.

<sup>18</sup> Suprema Corte de Justicia de México (2008) voto de minoría, señalando la falta de consenso en la Corte sobre la derogación de la jurisprudencia anterior y el carácter no vinculante de la opinión del Presidente del Tribunal. Ver también *Mexican Supreme Court Issues Final, Limited Ruling on Abortion* [La Corte Suprema Mexicana emitió una última sentencia, limitada, sobre el aborto] por Piero Tozzi, disponible en <<http://c-fam.org/en/2009/item/727-mexican-supreme-court-issues-final-limited-ruling-on-abortion>>, fecha consulta: 17 enero 2014, indicando que la falta de razonamiento unificado en las opiniones mayoritarias, implica que la sentencia no puede interpretarse en sentido amplio para anular otras leyes.

<sup>19</sup> Joseph (2009) pp. 213-217, indica que el art. 1(2) de la Convención establece que los términos “persona” y “ser humano” tienen un significado idéntico, adelantándose así el uso del concepto de “persona” como un instrumento de exclusión.

<sup>20</sup> Ver Const. de El Salvador, art. 1, Const. de Guatemala, art. 3, Const. de República Dominicana, art. 37 y Const. de Paraguay, art. 4.

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia de Paraguay (2010) citado en Cáceres y Chávez (2012) p. 113.

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional de Chile, *Decreto Supremo N° 48, de 2007*, del Ministerio de Salud (2008, rol n° 740-07) p. 129.

gestantes y las de los niños por nacer merecen igual protección de la Const. de Chile<sup>23</sup>.

Algunas constituciones incluyen el derecho a la vida desde la concepción dentro de los derechos de los niños. Por ejemplo, la Const. de Ecuador, en el art. 45, establece que: “Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes a todos los seres humanos, además de los específicos de su edad. El Estado debe reconocer y garantizar el derecho a la vida, el cuidado y protección desde la concepción” y pasa a reconocer otros derechos, incluido su derecho a la familia, el derecho a la salud y la nutrición, a la seguridad social y al respeto de su dignidad. Del mismo modo, aunque la Const. de Argentina no contiene una disposición expresa sobre el derecho a la vida desde la concepción, el art. 75(23), establece que el Congreso tendrá el poder de “aprobar un sistema de seguridad social especial e integral que protege a los niños necesitados, desde la gestación a través de al final de la escolaridad primaria, y que protege a la madre durante el embarazo y la lactancia”.

Algunos Estados han codificado el principio *in dubio pro nasciturus*, una versión especializada de la *pro homine* o principio *pro personae*<sup>24</sup>. El principio *in dubio pro nasciturus* es una presunción jurídica en virtud de la cual, cuando una ley o estatuto permite más de una interpretación, será privilegiada aquella que favorezca al niño por nacer<sup>25</sup>. La Const. Política del Perú, art. 2(1), por ejemplo, declara que “toda persona tiene el derecho a la vida, la identidad, la integridad, libre desarrollo físico y mental y el bienestar. Desde la concepción, el feto debe ser sujeto a los derechos de todo lo que le favorece”. La Const. de Honduras contiene una disposición similar en el art. 67. La Const. de México, en su versión enmendada hasta 2007, en su disposición transitoria tercera, sostiene que las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de las reformas, “seguirán aplicándose a los nacidos o concebidos durante su vigencia, únicamente en todo aquello que les favorezca”. Además, el Tribunal Constitucional de Chile encontró que este principio se incluyó en la Const., al considerar que, en caso de duda, el principio *pro*

<sup>23</sup> Corte Suprema de Chile, *Contra Philippi Izquierdo y Laboratorio Chile S.A.* (2001, rol n° 2.186-2001) pár. 15, 17.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional del Perú, *ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”* (2009, exp. N° 2005-2009-PA/TC) reitera su “respeto ineludible para el derecho a la vida y los principios de *pro homine* y *pro debilis* protegiendo los seres humanos”.

<sup>25</sup> Para ser distinguido del principio del derecho romano del *infans conceptus pro nato*, según el cual el feto se considera que ha nacido en la medida en que sus beneficios se refiere, pero sólo a los efectos de los derechos de sucesión.

*homine* debe aplicarse al niño *nasciturus* o por nacer, ya que el propósito de la Const. chilena es “*servir a la persona humana*”<sup>26</sup>.

La mayoría de las constituciones de los Estados también reconocen el derecho del niño por nacer a la vida desde la concepción en los Estados federales como México, y Argentina. Entre los años 1989 y 2011, la mayoría de los Estados mexicanos (19 de 31) modificaron sus constituciones estatales para proteger el derecho a la vida desde la concepción<sup>27</sup>.

Las enmiendas han sobrevivido el escrutinio constitucional en repetidas instancias de impugnación, donde la Suprema Corte de Justicia de México se ha basado en los principios de federalismo y de la separación de poderes<sup>28</sup>. La Suprema Corte confirmó las enmiendas en San Luis Potosí y Baja California en 2011, dictaminando que no entraba en conflicto con la Const. Federal de México<sup>29</sup> y las enmiendas en Oaxaca y Guanajuato en 2013<sup>30</sup>, rechazando la propuesta de que la enmienda constitucional violaría los derechos reproductivos o la separación de Iglesia y Estado<sup>31</sup>. El Tribunal anuló parcialmente

---

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional de Chile, Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud (2008, rol n° 740-07).

<sup>27</sup> Coahuila de Zaragoza en 1989 (ver art. 173), Chihuahua (ver art. 5) y Jalisco (ver art. 4) en 1994; Yucatán (ver art. 1) en 2007; Baja California (art. 7) y Morelos (ver art. 2) en 2008; Campeche (ver art. 6), Colima (ver art. 1), Durango (ver art. 1), Guanajuato (art. 1), Oaxaca (art. 12), Puebla (art. 26), Querétaro (ver art. 2) y San Luis Potosí (art. 16) y Quintana Roo (art. 13) en 2009; Nayarit (ver art. 7), Sonora (art. 1) y Tamaulipas (ver art. 16) en 2010 y Chiapas (ver art. 14) en 2011. México ratificó la CADH en 1981.

<sup>28</sup> Para más información sobre recursos de inconstitucionalidad a las enmiendas estatales sobre el derecho a la vida, ver a Ortiz y Maqueda (2012).

<sup>29</sup> Ver “Mexico: Supreme Court Upholds State Pro-Life Protections” en *Parliamentary Network E-News*, septiembre 2011, disponible en <<http://www.pncius.org/newsletter.aspx?id=52>>, fecha consulta. 17 enero 2014. También “Análisis: No Nacidos en México esquivan la bala - por el momento” por Piero Tozzi, disponible en <<http://www.c-fam.org/fridayfax/volume-14/analysis-unborn-in-mexico-dodge-bullet-%E2%80%93-for-now.html>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>30</sup> “Turn-around victory: Mexican Supreme Court upholds state pro-life laws” [Giro de Victoria: Corte Suprema defiende las leyes pro-vida del Estado] por Matthew Hoffman, Latin America Correspondent en *LifeSiteNews.com*, 3 mayo 2013, disponible en <<http://www.lifesitenews.com/news/turn-around-victory-mexican-supreme-court-upholds-state-pro-life-laws/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>31</sup> “México: Suprema Corte ratifica blindaje de vida ante aborto en 18 Estados”, en *Aci Prensa*, 3 mayo 2013, disponible en <<http://www.aciprensa.com/noticias/mexico-suprema-corte-ratifica-blindaje-de-vida-ante-aborto-en-18-Estados-53077/#.UZpmmWzD8dU>>, fecha

la enmienda constitucional de Querétaro por razones procesales, no de fondo. Sin embargo, varios jueces comentaron que el estado era libre de volver a examinar la cuestión y seguir el procedimiento correcto al aprobar la enmienda<sup>32</sup>.

Del mismo modo, después de la adopción o ratificación de la CADH<sup>33</sup>, más de la mitad de todas las provincias Argentinas (Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Formosa, Salta, San Luis, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y Tucumán) adoptaron disposiciones constitucionales que reconocían explícitamente el derecho a la vida desde el momento de la concepción<sup>34</sup>.

### III. PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN Y OTROS DERECHOS PRENATALES EN LAS LEYES PRIMARIAS DE LOS ESTADOS PARTES

Esta sección se enfoca en leyes que contienen explícitas referencias textuales a los no nacidos, sin perjuicio de que otras leyes nacionales y estatales pueden proteger la vida por nacer de manera implícita, y/u reconocer que el niño por nacer tiene los mismos derechos fundamentales de todas las personas o seres humanos.

---

consulta: 17 enero 2014 y “Mexican Supreme Court strikes down state pro-life constitutional amendment” [Corte Suprema de México derriba enmienda constitucional pro-vida del Estado] por Matthew Hoffman, Latin America Correspondent en LifeSiteNews.com, 30 abril 2013, disponible en <<http://www.lifesitenews.com/news/mexican-supreme-court-strikes-down-state-pro-life-constitutional-amendment/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>32</sup> “This Week’s Pro-life Victories in Mexico” [Las victorias pro vida de esta semana en México], por Piero Tozzi, en Turtle Bay and Beyond, disponible en <<http://www.turtlebayandbeyond.org/2013/abortion/this-weeks-pro-life-victories-in-mexico/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>33</sup> Todas las constituciones provinciales indicadas fueron adoptadas después de 1986, con excepción de la Const. de Formosa, adoptada en 1957. Argentina firmó y ratificó la Convención Americana en 1984.

<sup>34</sup> Ver Const. de la Provincia de Salta art. 10, Const. de la Provincia de Chubut art. 18, Const. de la Provincia de Catamarca art. 65, Const. de la Provincia de San Luis art. 13, Const. de la Provincia de Córdoba art. 4, Const. de la Provincia de Tucumán arts. 40 y 125, Const. de la Provincia de Entre Ríos art. 16 y Const. de la Provincia de Buenos Aires art. 12.

## **1. El derecho a la vida desde la concepción**

Los códigos de la niñez<sup>35</sup> y otras leyes primarias de más de la mitad de los países latinoamericanos y caribeños establecen explícitamente el derecho del no nacido a la vida desde la concepción. Los Códigos de los Niños en Bolivia<sup>36</sup>, Colombia<sup>37</sup>, Costa Rica<sup>38</sup>, Ecuador<sup>39</sup>, El Salvador<sup>40</sup>, Guatemala<sup>41</sup>, Honduras<sup>42</sup>, Nicaragua<sup>43</sup>, Paraguay<sup>44</sup>, y Perú<sup>45</sup>, adoptados por estos países después de la firma o ratificación de la CADH<sup>46</sup>, reconocen específicamente el derecho a la vida del no nacido desde el momento de la concepción. Venezuela, en la Ley de Protección del Niño, reconoce que los niños tienen derechos legales a partir del momento de la concepción<sup>47</sup>. Los códigos nacionales de la familia y otras leyes primarias también protegen la vida prenatal desde la concepción<sup>48</sup>.

Asimismo, los códigos de la niñez de las provincias Argentinas de Jujuy<sup>49</sup>, Salta<sup>50</sup>, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur<sup>51</sup>, Entre

---

<sup>35</sup> Todos los códigos o leyes de los niños en América Latina y el Caribe han sido adoptados después de la firma o ratificación de la CADH. Los primeros fueron adoptados en 1990 en Brasil y Honduras, siendo el más reciente El Salvador en 2010.

<sup>36</sup> Código del Niño, Niña y Adolescente (Bolivia) de 1999, art. 2 y 13.

<sup>37</sup> Código del Menor (Colombia) de 1990, art. 3 y 4.

<sup>38</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia (Costa Rica) de 1998, art. 12.

<sup>39</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia (Ecuador) de 2003, art. 20.

<sup>40</sup> Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador) de 2009, art. 16.

<sup>41</sup> Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Guatemala) de 2003, art. 9.

<sup>42</sup> Código de la Niñez y Adolescencia (Honduras) de 1996, art. 12.

<sup>43</sup> Código de la Niñez y Adolescencia (Nicaragua) 1998, art. 12.

<sup>44</sup> Código de la Niñez y Adolescencia (Paraguay) de 2001, art. 9.

<sup>45</sup> Código de los Niños y Adolescentes (Perú) de 2000, art. 1.

<sup>46</sup> 1990 en Honduras, 1998 en Costa Rica y Nicaragua, 2000 en Perú, 2003 en Guatemala y Ecuador, 2010 en El Salvador.

<sup>47</sup> Ley Orgánica de Protección del Niño y el Adolescente (Venezuela) de 2001, art. 1.

<sup>48</sup> Código de Familia (Panamá) de 1994 art. 489, Código de Familia (El Salvador) de 1994, art. 353 y Código Sanitario (Paraguay) s.d. art. 15 y Ley de Política Nacional de Población (Perú) de 1985, art. IV (1).

<sup>49</sup> Ley n° 5.288 (Argentina) de 1989, arts. 1, 8 y 9.

<sup>50</sup> Ley n° 7.039 (Argentina) de 1999, art. 1.

<sup>51</sup> Ley n° 521 (Argentina) de 2001, art. 8.

Ríos<sup>52</sup>, Salta<sup>53</sup> y Santa Fe<sup>54</sup> reconocen el derecho del niño a la vida y el desarrollo desde la concepción. Del mismo modo, los códigos la niñez de varios Estados de México reconoce que el niño tienen derecho a la vida desde la concepción. El Código Civil de Coahuila, por ejemplo, establece el derecho a la vida desde la concepción, entendida como la fecundación, ya sea natural o artificial<sup>55</sup>.

Muchos códigos civiles nacionales también reconocen el derecho del no nacido a la vida y la facultad del poder judicial para protegerlo. Los Códigos Civiles de Chile<sup>56</sup>, Colombia<sup>57</sup>, Honduras<sup>58</sup>, Nicaragua<sup>59</sup>, Perú<sup>60</sup> y El Salvador<sup>61</sup>, utilizando lenguaje prácticamente idéntico, protegen el derecho a la vida del no nacido y permiten al juez a tomar cualquier medida que considere adecuada para *“proteger la existencia del no nacido”*, incluyendo sanciones a la madre, siempre y cuando estas últimas no pongan en peligro la vida o la salud del niño. El Código Civil brasileño establece que los derechos del niño por nacer están protegidos desde la concepción<sup>62</sup>, una disposición que el Juez Lewandowski del Tribunal Supremo Federal de Brasil interpretó como protectora del derecho a la vida desde la concepción<sup>63</sup>.

## **2. Reconocimiento del no nacido como “persona”, “ser humano” y “niño”**

La mayoría de las constituciones y leyes nacionales de los Estados Latinoamericanos y del Caribe se refieren a los no nacidos como una *“persona”*, *“ser humano”* o un *“niño”*. Por ejemplo, la Const. Argentina garantiza

<sup>52</sup> Ley n° 9.861 (Argentina) de 2008, art. 3.

<sup>53</sup> Ley n° 7.311 (Argentina) de 2004, art. 2.

<sup>54</sup> Ley n° 11.888 (Argentina) de 2001, art. 2.

<sup>55</sup> Código Civil del Estado de Coahuila de 1999, art. 95, Ley de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Campeche de 2004, art. 9 y Ley de los Derechos de Las Niñas, los Niños y Adolescentes en el Estado de Jalisco de 2003, art. 7.

<sup>56</sup> Código Civil (Chile) de 1857 actualizado al 2009, art. 75.

<sup>57</sup> Código Civil (Colombia) de 1873 actualizado al 2006, art. 91. La provisión del Código Civil colombiano fue confirmada por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-591/ 1995.

<sup>58</sup> Código Civil (Honduras) de 1906 actualizado a 1989, art. 52.

<sup>59</sup> Código Civil (Nicaragua) de 1929, art. 13.

<sup>60</sup> Código Civil (Perú) de 1991, art. 1.

<sup>61</sup> Código Civil (El Salvador) de 2004, art. 73.

<sup>62</sup> Código Civil (Brasil) de 2002, art. 2.

<sup>63</sup> Supremo Tribunal Federal de Brasil, *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental Distrito Federal* (2008) pp. 225-250.

la protección social del “niño” desde el embarazo<sup>64</sup>. La Const. de Guatemala se refiere a la vida del niño no nacido como una “*vida humana*” desde el momento de la concepción y reconoce la personalidad jurídica y el derecho del no nacido a la vida, integridad, y seguridad personal<sup>65</sup>. El Código Civil Argentino utiliza el término “*persona por nacer*” y la define como aquellos que aún no han nacido pero se han concebido en el vientre de su madre<sup>66</sup>. Además, el Código establece: “*Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido*”<sup>67</sup>.

Los códigos de la niñez de Costa Rica<sup>68</sup>, El Salvador<sup>69</sup>, Honduras<sup>70</sup>, Ecuador<sup>71</sup>, Guatemala<sup>72</sup>, Nicaragua<sup>73</sup> y Panamá<sup>74</sup>, se refieren al niño no nacido como una “*persona*” o “*ser humano*” que es sujeto de derechos, incluyendo el derecho a la vida. El Código Civil de Nicaragua le designa como “*persona por nacer*” cuya “*vida natural*” debe ser protegida, incluso si todavía no puede gozar de todos los derechos<sup>75</sup>. La Ley de Política Nacional de Población del Perú establece que todo ser humano tiene derecho al derecho a la vida desde la concepción<sup>76</sup>. El Actual Código de la Niñez de Paraguay, en el art. 9, establece que “*las personas por nacer*” deben estar protegidas desde la concepción<sup>77</sup>. Por otra parte, el Código de Niños y Adolescentes de Honduras establece que, a efectos del Código, la infancia comienza en el momento del nacimiento<sup>78</sup>, pero se refiere al no nacido como un ser humano y una persona

---

<sup>64</sup> Const. Política de la República de Argentina de 1994, art. 75.

<sup>65</sup> Const. Política de la República de Guatemala de 1985, art. 3.

<sup>66</sup> Código Civil (Argentina) de 1871 art. 63.

<sup>67</sup> Código Civil (Argentina) de 1871 art. 70. Además, las Regulaciones Presidenciales sobre la Ley de Protección de la Niñez de Argentina se refiere a los no nacidos como niños. Ver Reglamentación de la Ley n° 26.061, de 2006.

<sup>68</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia (Costa Rica) de 1998, arts. 2 y 12.

<sup>69</sup> Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador) de 2009, art. 3.

<sup>70</sup> Código de la Niñez y Adolescencia (Honduras) de 1996, art. 12.

<sup>71</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia (Ecuador) de 2003, art. 2.

<sup>72</sup> Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Guatemala) de 2003, art. 2 y 9.

<sup>73</sup> Código de la Niñez y Adolescencia (Nicaragua) de 1998, art. 12.

<sup>74</sup> Ley n° 14 que Crea la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (Panamá) de 2009, art. 2(3).

<sup>75</sup> Código Civil (Nicaragua) de 1929, arts. 11, 19 y 20.

<sup>76</sup> Ley de Política Nacional de Población (Perú) de 1985, art. IV (1).

<sup>77</sup> Código de la Niñez y Adolescencia (Paraguay) de 2001, art. 9.

<sup>78</sup> Código de la Niñez y Adolescencia (Honduras) de 1996, art. 1.

y reconoce su derecho a la vida desde la concepción, así como el derecho a nacer en condiciones compatibles con la “dignidad humana”<sup>79</sup>.

Además, mucho de los Códigos de la Niñez de América Latina y del Caribe y otras leyes primarias, incluyen explícitamente al no nacido en su definición de “niño”<sup>80</sup>. Por ejemplo, el Código de la Niñez y la Adolescencia de Perú define al niño como “todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los 12 años de edad” y a adolescente como el niño de 12 a 18 años de edad<sup>81</sup>. La Ley sobre Derecho de Familia de Trinidad y Tobago se refiere a los no nacidos como “menores” desde la concepción en adelante<sup>82</sup>. Además, el 25 de marzo ha sido declarado como el “Día del Niño por Nacer” por decreto legislativo o ejecutivo en Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Perú<sup>83</sup>.

### **3. El derecho del no nacido a la salud, desarrollo y protección social**

Después de la firma o ratificación de la CADH, la mayor parte de los países de América Latina y del Caribe han reconocido y protegido el derecho del niño por nacer a la salud, la supervivencia y el desarrollo a través de sus respectivos Códigos de la Niñez, los Códigos de Familia, Códigos de Salud y Constituciones Nacionales, como se ilustra a continuación. El derecho del no nacido a la salud, la supervivencia y el desarrollo está generalmente enmarcado en las leyes latinoamericanas y caribeñas como un derecho social que implica un deber positivo del Estado ya sea de ofrecer, subsidiar o garantizar el acceso a servicios de salud prenatal y de aprobar y aplicar políticas públicas relacionadas. La salud prenatal, en particular, no es simplemente percibida como un derecho que pertenece a las madres, sino un derecho del no

<sup>79</sup> *Ídem.* art. 12.

<sup>80</sup> Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador) de 2009, arts. 3, 5, 16 y 17, Código del Niño, Niña y Adolescente (Bolivia) de 1999, art. 2, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Guatemala) de 2003, art. 2, Ley n° 14 que Crea la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (Panamá) de 2009, art. 2(3), Código de Familia (Panamá) de 1994, art. 484, Ley n° 836/30 (Paraguay) de 1980, art. 22, Código de Familia (El Salvador) de 1994, art. 344, Código de Salud (El Salvador) de 1988, art. 48, Ley Orgánica de Protección del Niño y el Adolescente (Venezuela) de 2001, art. 1, Código de la Niñez y Adolescencia (Paraguay) de 2001, art. 10 y Código de la Niñez y la Adolescencia (Ecuador) de 2003, art. 148.

<sup>81</sup> Código de los Niños y Adolescentes (Perú) de 2000, art. 1.

<sup>82</sup> *Family Law (Guardianship of Minors, Domicile and Maintenance)* Act § 2 (Trinidad y Tobago).

<sup>83</sup> Decreto N° 267-2005 (Honduras) de 2005.

nacido bajo la igualdad de protección legal que se concede a ambos, como se muestra a continuación.

Las Constituciones Nacionales que reconocen el derecho del niño por nacer a la salud, la protección social, y la igualdad de protección incluyen la Const. de Honduras<sup>84</sup>, la Const. Argentina<sup>85</sup>, y la Const. brasileña<sup>86</sup>.

La mayoría de los países latinoamericanos y del Caribe reconocen el derecho de los niños no nacidos a la salud, la supervivencia y el desarrollo<sup>87</sup>. La Ley sobre la Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia de El Salvador es quizás la legislación nacional de mayor alcance en la región, en términos de reconocimiento de un derecho prenatal a la salud como derecho social y económico. La Ley establece la obligación del Estado de proteger la vida del no nacido, asegurando la atención de salud prenatal y la asistencia psicológica a las madres durante el embarazo, desde la concepción hasta el nacimiento. Se reconoce una obligación del Estado de brindar gratuitamente, los servicios de salud financiados por el gobierno, los tratamientos, los medicamentos, los alimentos y el asesoramiento nutricional de las mujeres y niñas embarazadas que se enfrentan en situación de discapacidad o pobreza. Cabe destacar que la Ley establece la obligación legal de las instituciones de salud públicas y privadas de brindar atención obstétrica de emergencia para las

---

<sup>84</sup> Const. Política de la República (Honduras) de 1982, art. 123.

<sup>85</sup> Const. Política de la Republica (Argentina) de 1994, art. 75.

<sup>86</sup> Const. Política de la República (Brasil) de 1988, arts. 201 y 203.

<sup>87</sup> Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador) de 2009, arts. 16 y 20, Código de Familia (El Salvador) de 1994, arts. 346, 353 y 354, Código de la Niñez y Adolescencia (Honduras) de 1996, art. 12, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Guatemala) de 2003, art. 9, Código de la Niñez y la Adolescencia (Ecuador) de 2003, arts. 20 y 25, Código de la Niñez y Adolescencia (Nicaragua) de 1998, arts. 12 y 34, Código de los Niños y Adolescentes (Perú) de 2000, art. 2 (Perú), Código de Familia (Panamá) de 1994, arts. 698 y 699, Código de la Niñez y Adolescencia (Paraguay) de 2001, art. 10, Código de la Niñez y la Adolescencia (Costa Rica) de 1998, art. 12, Código del Niño, Niña y Adolescente (Bolivia) de 1999, art. 13, Decreto Supremo n° 26.086 (Bolivia) de 2001, art. 9, Lei n° 8.069 (Brasil) de 1990, arts. 7, y 8, Código del Menor (Colombia) de 1990, arts. 3 y 4, Código de la Infancia y la Adolescencia (Colombia) de 2006, art. 17, Ley Orgánica de Protección del Niño y el Adolescente (Venezuela) de 2001, art. 44, Ley General de Salud III (Perú) de 1997, art. 3, Código de la Niñez y Adolescencia (Paraguay) de 2001, art. 9, Código para el sistema de protección y los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes (República Dominicana) de 2003, art. 30 y Const. Política de los Estados Unidos Mexicanos (México) en su forma enmendada hasta 2007, art. 123 (A)(XV).

mujeres embarazadas y prohíbe el uso de la escasez de recursos económicos como argumentos para justificar la falta de atención médica. También especifica que el derecho al desarrollo prenatal incluye la nutrición adecuada, una vivienda digna, segura e higiénica, agua potable, alcantarillado y electricidad, entre otros, y afirma que el Estado tiene una responsabilidad subsidiaria de asegurar a los padres y la familia las condiciones necesarias para llenar estas necesidades de acuerdo con sus medios y recursos financieros<sup>88</sup>.

Además, las leyes de muchos países de América Latina reconocen un derecho de igualdad de protección de la madre y su hijo no nacido<sup>89</sup>. Por ejemplo, el Código de Salud de Paraguay, título I, sobre la salud de las personas, establece que el no nacido goza de un derecho a la vida y la salud “desde la concepción”, y que, durante el embarazo, la madre y el feto están protegidos como un “unidad biológica”<sup>90</sup>. El Código de Salud de El Salvador autoriza los servicios de prevención y servicios de salud terapéuticos para la mujer embarazada y “el niño, desde la concepción”<sup>91</sup>. El Código de Familia de Panamá establece un trato preferencial a las mujeres embarazadas en materia de salud pública y servicios sociales “y, en general, cuando sea necesario para proteger su vida y la de los no nacidos”, como en las acciones de la pensión alimenticia<sup>92</sup>.

#### **4. Derechos y deberes de los padres hacia el no nacido**

La mayoría de países de América Latina y del Caribe han reconocido una relación legal de filiación entre un padres biológico y su hijo no nacido, incluyendo la *patria potestad*<sup>93</sup>, reforzando así el tratamiento del no nacido como niño para fines de protección de derechos humanos. El derecho de los padres a establecer la paternidad sobre los niños por nacer, así como el deber de los padres a pagar la pensión alimenticia prenatal o manutención prenatal ha sido codificado en la mayoría de las jurisdicciones de América Latina y

<sup>88</sup> Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador) de 2009, arts. 17, 20 y 23.

<sup>89</sup> Código Sanitario (Chile) s.d., arts. 16 y 17, Código de la Niñez y la Adolescencia (Ecuador) de 2003, arts. 25 y 27 y Código de la Niñez y Adolescencia (Honduras) de 1996, art. 13.

<sup>90</sup> Código Sanitario (Paraguay) s.d. arts. 15 y 16.

<sup>91</sup> Código de Salud (El Salvador) de 1988, art. 48.

<sup>92</sup> Código de Familia (Panamá) de 1994, art. 493.

<sup>93</sup> Código Civil (Argentina) de 1871 art. 264, Código Civil (Chile) de 1857 actualizado al 2009, art. 243, Código Civil (Venezuela) de 1982, art. 267, *Código de Processo Civil* (Brasil) de 1973, art. 877, Código Sanitario (Paraguay) s.d. art. 21 y Código de Familia (El Salvador) de 1994, art. 211.

el Caribe, como se explica a continuación. Asimismo, en varios países, los tribunales pueden permitir que la vida de un niño, o su interés superior en materia de salud prevalezcan sobre los deseos de los padres en el contexto de adicción de la madre a las drogas o el alcohol o en el de la reproducción artificial, como se indica en la sección (3).

#### A) EL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD ANTES DEL NACIMIENTO

La mayoría de los Estados de América Latina autorizan el establecimiento voluntario o involuntario de la paternidad antes del nacimiento. Las leyes nacionales de Bolivia<sup>94</sup>, Brasil<sup>95</sup>, Costa Rica<sup>96</sup>, El Salvador<sup>97</sup>, Panamá<sup>98</sup> y Trinidad y Tobago<sup>99</sup> permiten el reconocimiento de paternidad voluntaria o involuntaria del padre y la presentación de una acción de paternidad por parte de la madre contra el padre antes del nacimiento del hijo. Argentina<sup>100</sup>, Colombia<sup>101</sup>, República Dominicana<sup>102</sup>, Honduras<sup>103</sup>, México<sup>104</sup>, Nicaragua<sup>105</sup>, Paraguay<sup>106</sup>, Perú<sup>107</sup> y Venezuela<sup>108</sup> permiten únicamente el reconocimiento voluntario de paternidad durante el embarazo y en algunos casos el litigio sobre la paternidad del hijo por nacer, difiriéndolo hasta después del nacimiento.

Disposiciones similares pueden encontrarse en las leyes estatales mexicanas, ya que la gran mayoría de los Estados mexicanos permiten el reconocimiento voluntario de paternidad del niño por nacer, es decir, Aguascalientes<sup>109</sup>,

---

<sup>94</sup> Código Civil (Bolivia) de 1975, art. 1527.

<sup>95</sup> *Lei nº 8.069* (Brasil) de 1990, art. 26, Código Civil (Brasil) de 2002, art. 1.609.

<sup>96</sup> Código de Familia (Costa Rica) de 1974 actualizado a 1997, art. 84, 85 y 94.

<sup>97</sup> Código de Familia (El Salvador) de 1994, arts. 144 y 146.

<sup>98</sup> Código de Familia (Panamá) de 1994, art. 272.

<sup>99</sup> *Family Law (Guardianship of Minors, Domicile and Maintenance) Act § 2* (Trinidad y Tobago).

<sup>100</sup> Código Civil (Argentina) de 1871 arts. 65, 258.

<sup>101</sup> Código de la Infancia y la Adolescencia (Colombia) de 2006, art. 82.

<sup>102</sup> Código para el sistema de protección y los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes (República Dominicana) de 2003, art. 63.

<sup>103</sup> Código de Familia (Honduras) de 1984, art. 96.

<sup>104</sup> Código Civil Federal (México) de 1928 actualizado al 2010, art. 359.

<sup>105</sup> Código Civil (Nicaragua) de 1929, art. 16.

<sup>106</sup> Código Civil (Paraguay) de 1988, art. 30.

<sup>107</sup> Código Civil (Perú) de 1991, arts. 365 y 405.

<sup>108</sup> Código Civil (Venezuela) de 1982, arts. 209, 223 y 225.

<sup>109</sup> Código Civil del Estado de Aguascalientes (México) de 1947, art. 383.

Baja California<sup>110</sup>, Baja California Sur<sup>111</sup>, Campeche<sup>112</sup>, Chiapas<sup>113</sup>, Colima<sup>114</sup>, Durango<sup>115</sup>, Distrito Federal<sup>116</sup>, Guanajuato<sup>117</sup>, Jalisco<sup>118</sup>, Michoacán<sup>119</sup>, Nayarit<sup>120</sup>, Nuevo León<sup>121</sup>, Oaxaca<sup>122</sup>, Querétaro<sup>123</sup>, San Luis de Potosí<sup>124</sup>, Sinaloa<sup>125</sup>, Sonora<sup>126</sup>, Estado de México<sup>127</sup>, Tabasco<sup>128</sup>, Veracruz<sup>129</sup> y Yucatán<sup>130</sup>.

*B) LA PENSIÓN ALIMENTICIA PRENATAL*

Más de la mitad de los Códigos Civiles, Códigos de Familia, y los Códigos de los Niños de América Latina y del Caribe reconocen los derechos de pensión alimenticia prenatal a la cual tienen derecho el feto y la madre. Por ejemplo, la Ley n° 11.804 de Brasil de 2008 permite a una mujer embarazada poder cobrar la pensión alimenticia prenatal (alimentos gravíticos) del padre potencial del feto durante el embarazo, desde la concepción del niño hasta su nacimiento<sup>131</sup>.

La pensión alimenticia prenatal normalmente cubre los gastos de atención de salud de la madre durante la gestación, el parto y el posparto, según

<sup>110</sup> Código Civil del Estado de Baja California (México) de 1974, art. 356.

<sup>111</sup> Código Civil del Estado Libre y Soberano de Baja California Sur de 1996 actualizado al 2014, art. 373.

<sup>112</sup> Código Civil del Estado de Campeche (México) de 1942, art. 377.

<sup>113</sup> Código Civil del Estado de Chiapas (México) de 1938, art. 354.

<sup>114</sup> Código Civil del Estado de Colima (México) de 1954, art. 359.

<sup>115</sup> Código Civil del Estado de Durango (México) de 1948 actualizado al 2013, art. 264.

<sup>116</sup> Código Civil Federal (México) de 1928 actualizado al 2010, art. 353.

<sup>117</sup> Código Civil del Estado de Guanajuato (México) de 1967 actualizado al 2013, art. 415.

<sup>118</sup> Código Civil del Estado de Jalisco (México) de 1995, art. 490.

<sup>119</sup> Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo (México) de 2008, art. 344.

<sup>120</sup> Código Civil del Estado de Nayarit (México) de 1981 actualizado al 2013, art. 352.

<sup>121</sup> Código Civil del Estado de Nuevo León (México) de 1935 actualizado al 2014, art. 359.

<sup>122</sup> Código Civil del Estado de Oaxaca (México) de 1944 actualizado al 2013, art. 372.

<sup>123</sup> Código Civil del Estado de Querétaro (México) de 2013, art. 347.

<sup>124</sup> Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí (México) de 2008 actualizado al 2013, art. 188.

<sup>125</sup> Código Civil del Estado de Sinaloa (México) de 1940 actualizado al 2013, art. 360.

<sup>126</sup> Código de Familia del Estado de Sonora (México) de 2009, arts. 215, 233 y 240.

<sup>127</sup> Código Civil del Estado de México (México) de 2002, art. 4.165.

<sup>128</sup> Código Civil del Estado de Tabasco (México) de 1997, art. 365.

<sup>129</sup> Código Civil para el Estado de Veracruz (México) de 1932 actualizado al 2014, art. 289 (II).

<sup>130</sup> Código de Familia del Estado de Yucatán (México) de 2012, art. 260.

<sup>131</sup> Lei n° 11.804 (Brasil) de 2008, art. 2.

los Códigos de Colombia<sup>132</sup>, Costa Rica<sup>133</sup>, Chile<sup>134</sup>, República Dominicana<sup>135</sup>, Ecuador<sup>136</sup>, El Salvador<sup>137</sup>, Honduras<sup>138</sup>, Panamá<sup>139</sup>, Paraguay<sup>140</sup>, Perú<sup>141</sup> y Uruguay<sup>142</sup>.

En general, la pensión alimenticia no es neutra en términos de género en América Latina: las obligaciones alimentarias prenatales suelen pertenecer al padre y no a la madre. Por ejemplo, los tribunales costarricenses pueden ordenar al padre a reembolsar a la madre los gastos del embarazo y de atención prenatal, siempre y cuando la paternidad sea haya establecido dentro de los 12 meses después del nacimiento del niño<sup>143</sup>. El Código de Familia de Panamá establece que los padres estarán sujetos a las obligaciones alimentarias prenatales que deben ser pagadas a la madre durante el embarazo y la lactancia<sup>144</sup>. Esta obligación puede ser vinculante en los bienes del padre en países como Perú y Panamá<sup>145</sup>, donde, si el niño muriese antes de nacer, la madre no tendría ninguna obligación de reembolsar cualquier pago efectuado a ella bajo esta obligación<sup>146</sup>. Además, el Código de Familia de Honduras establece que los autores de violación sexual pueden ser condenados a pagar pensión alimenticia prenatal y postnatal al hijos concebido en una violación.<sup>147</sup>

---

<sup>132</sup> Código de la Infancia y la Adolescencia (Colombia) de 2006, art. 24 y 111.

<sup>133</sup> Código de Familia (Costa Rica) de 1974 actualizado a 1997, art. 96.

<sup>134</sup> Ley n° 14.908 (Chile) de 2007, art. 1.

<sup>135</sup> Código para el sistema de protección y los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes (República Dominicana) de 2003, art. 173.

<sup>136</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia (Ecuador) de 2003, art. 148.

<sup>137</sup> Código de Familia (El Salvador) de 1994, art. 249.

<sup>138</sup> Código Civil (Honduras) de 1906 actualizado a 1989, art. 52, Código de la Niñez y Adolescencia (Honduras) de 1996, arts. 73 y 74.

<sup>139</sup> Código de Familia (Panamá) de 1994, art. 377 (4) y 493.

<sup>140</sup> Código de la Niñez y Adolescencia (Paraguay) de 2001, art. 97 y 161.

<sup>141</sup> Código Civil (Perú) de 1991, art. 46 y 414 Código de los Niños y Adolescentes (Perú) de 2000, art. 92.

<sup>142</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia (Uruguay) de 2004, art. 46.

<sup>143</sup> Código de Familia (Costa Rica) de 1974 actualizado a 1997, art. 96. Esta disposición fue adoptada en 1973, después de la ratificación de la adopción de la CADH en el estado.

<sup>144</sup> Código de Familia (Panamá) de 1994, arts. 377 (4) y 493.

<sup>145</sup> Código Civil (Perú) de 1991, arts. 46 y 414 y Código de Familia (Panamá) de 1994, arts. 287 y 289.

<sup>146</sup> Código de Familia (Panamá) de 1994, art. 289.

<sup>147</sup> Código de Familia (Honduras) de 1994, art. 214.

## C) CONFLICTO ENTRE DERECHOS DE LOS PADRES Y DERECHOS PRENATALES

Algunos Códigos de América Latina y del Caribe protegen el interés superior del niño aún no nacido sobre los derechos y deseos de los padres bajo ciertas circunstancias. Por ejemplo, el Código de Familia de Panamá demanda la intervención estatal para combatir el uso indebido de drogas, alcohol o medicamentos en mujeres embarazadas<sup>148</sup>. El Código de la Niñez de Ecuador, que define al niño como todo ser humano desde su concepción hasta la edad de 18 años, establece que los derechos de los niños deben tener prioridad absoluta cuando existe conflicto con otros derechos<sup>149</sup>.

En el campo de la planificación familiar, la Const. de Venezuela demanda la protección estatal y asistencia a las madres durante el embarazo, desde la concepción, y dispone que los métodos de planificación familiar deben basarse en consideraciones éticas y científicas, lo cual podría entrar en conflicto con el aborto provocado<sup>150</sup>. Asimismo, el Código de Salud de Paraguay afirma que los servicios de salud reproductiva deben ser supervisados por las autoridades sanitarias, quienes deberán supervisar el respeto de los derechos fundamentales de los seres humanos y la dignidad de la familia<sup>151</sup>.

### 5. *Incapacidad legal, protección jurídica, derechos de herencia y propiedad del no nacido*

A) PROTECCIÓN CIVIL DE LA VIDA DEL NO NACIDO Y COMPATIBILIDAD CON SU INCAPACIDAD CIVIL La mayor parte de los Códigos Civiles de América Latina y del Caribe establece que la vida del no nacido está protegida por la ley a pesar de que no dispone de la capacidad legal o personalidad jurídica a efectos del Derecho Civil<sup>152</sup>.

<sup>148</sup> Código de Familia (Panamá) de 1994, art. 697.

<sup>149</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia (Ecuador) de 2003, art. 2 y 12.

<sup>150</sup> Const. Política de la República de Venezuela de 1999, art. 76.

<sup>151</sup> Código Sanitario (Paraguay) s.d. art. 19.

<sup>152</sup> Los códigos civiles de Bolivia (1975), Ecuador (1982), Venezuela (1982), Paraguay (1988), Perú (1991), Brasil (2002) y El Salvador (2004) fueron adoptados después de la aprobación de la Convención Americana. Los Códigos Civiles de Chile (1857) Argentina (1871), Colombia (1873), Panamá (1916), México (1928), Nicaragua (1929) y Honduras (1906) preceden a la firma o la adopción de la Convención Americana, sin embargo sus disposiciones relativas a los niños no nacidos aún están en vigor, es decir, no han sido derogadas o modificadas sustancialmente.

Los códigos civiles de Bolivia<sup>153</sup>, Brasil<sup>154</sup>, Chile<sup>155</sup>, Colombia<sup>156</sup>, Ecuador<sup>157</sup>, El Salvador<sup>158</sup>, Honduras<sup>159</sup>, México<sup>160</sup>, Nicaragua<sup>161</sup>, Panamá<sup>162</sup>, Paraguay<sup>163</sup> y Perú<sup>164</sup>, indican específicamente que la ley protege la vida del no nacido a pesar de su falta de personalidad jurídica o capacidad civil, que comienza en el nacimiento. El Código Civil Federal de México establece que la capacidad jurídica se adquiere en el nacimiento, pero desde el momento en que es concebido un individuo, está protegido por la ley<sup>165</sup>. El Código Civil Peruano declara que la vida humana comienza desde la concepción, que el no nacido está sujeto a todos los derechos que puedan beneficiarle y que sólo los derechos de propiedad pueden ser contingentes al nacimiento<sup>166</sup>.

Particularmente digno de protección legal, según los Códigos Civiles de América Latina, es el derecho a la vida del niño por nacer, que de acuerdo a varios Códigos Civiles de la región puede ser protegido por cualquier juez competente. Los Códigos Civiles de Chile<sup>167</sup>, Colombia<sup>168</sup>, Ecuador<sup>169</sup>, El Salvador<sup>170</sup>, Honduras<sup>171</sup>, Nicaragua<sup>172</sup> y Panamá<sup>173</sup> autorizan a los jueces a ordenar las medidas que estimen convenientes “*para proteger la vida del no nacido*” cuando creen que podría estar en peligro, cualquiera ya sea por iniciativa propia o a petición de una tercera persona. La Corte Suprema de

---

<sup>153</sup> Código Civil (Bolivia) de 1975, arts. 1, 663 y 1008.

<sup>154</sup> Código Civil (Brasil) de 2002, art. 2.

<sup>155</sup> Código Civil (Chile) de 1857 actualizado al 2009, arts. 74 y 75.

<sup>156</sup> Código Civil (Colombia) de 1873 actualizado al 2006, art.

<sup>157</sup> Código Civil (Ecuador) de 1982, arts. 60 y 61.

<sup>158</sup> Código Civil (El Salvador) de 2004, arts. 72 y 73.

<sup>159</sup> Código Civil (Honduras) de 1906 actualizado a 1989, arts. 51 y 52.

<sup>160</sup> Código Civil Federal (México) de 1928 actualizado al 2010, art. 22.

<sup>161</sup> Código Civil (Nicaragua) de 1929, arts. 7 y 13.

<sup>162</sup> Código Civil (Panamá) de 1916, arts. 41 y 43.

<sup>163</sup> Código Civil (Paraguay) de 1988, arts. 28 y 37.

<sup>164</sup> Código Civil (Perú) de 1991, art. 1.

<sup>165</sup> Código Civil Federal (México) de 1928 actualizado al 2010, art. 22.

<sup>166</sup> Código Civil (Perú) de 1991, art. 1.

<sup>167</sup> Código Civil (Chile) de 1857 actualizado al 2009, art. 75.

<sup>168</sup> Código Civil (Colombia) de 1873 actualizado al 2006, art. 93.

<sup>169</sup> Código Civil (Ecuador) de 1982, art. 61.

<sup>170</sup> Código Civil (El Salvador) de 2004, art. 73.

<sup>171</sup> Código Civil (Honduras) de 1906 actualizado a 1989, art. 52.

<sup>172</sup> Código Civil (Nicaragua) de 1929, art. 13.

<sup>173</sup> Código Civil (Panamá) de 1916, art. 43.

Chile, por ejemplo, invocó esta disposición<sup>174</sup> cuando prohíbo la anticoncepción de emergencia en 2001 y 2008<sup>175</sup>. Dichas medidas judiciales pueden incluir sanciones legales a la madre que busca acabar con la vida de su hijo, pero las medidas que puedan poner en peligro la vida o la salud de su hijo por nacer pueden ser diferidas después del nacimiento<sup>176</sup>.

Algunos Códigos Civiles identifican a los no nacidos como “*personas naturales*”, y reconocen su existencia natural, derecho a la vida, a la salud e integridad personal, distinta de la designación de “*persona jurídicas*”, que a menudo se caracteriza como la capacidad legal para formalizar contratos, o ser sujetos de derechos de propiedad y sucesión. Por ejemplo, el Código Civil de Venezuela establece que las personas jurídicas son los nacidos vivos, pero que cada miembro de la especie humana se considera una persona natural, en particular el feto, donde pueda estar a su favor<sup>177</sup>.

Del mismo modo, el Código Civil de Argentina establece que, a pesar de que los no nacidos están incapacitados civilmente, la existencia humana comienza desde la concepción y las personas pueden adquirir algunos derechos antes de su nacimiento<sup>178</sup>. La Corte Suprema de Argentina confirmó la interpretación literal de este art. en *Sánchez Elvira Berta c/ El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos* (Fallos 330: 2304), donde una abuela buscó compensación civil por la desaparición forzada de su hija, embarazada de 9 meses al momento de su ejecución, y su nieto nonato. Su solicitud fue rechazada en las instancias inferiores en base al argumento de que, según el Código Civil Argentino, el no nacido no puede adquirir derechos que puedan ser transferidos a sus herederos. La Corte Suprema, sin embargo, rechazó ese razonamiento basándose en que el reclamo no era de un simple derecho hereditario contingente en el nacimiento con vida del niño, sino contingente en su existencia. El Tribunal, por lo tanto, reconoció la existencia del no nacido como un ser humano y permitió la compensación para su abuela<sup>179</sup>.

<sup>174</sup> Código Civil (Chile) de 1857 actualizado al 2009, art. 75.

<sup>175</sup> Tribunal Constitucional de Chile, Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud (2008, rol n° 740-07).

<sup>176</sup> Código Civil (Chile) de 1857 actualizado al 2009, art. 75 y Código Civil (Ecuador) de 1982, art. 61.

<sup>177</sup> Código Civil (Venezuela) de 1982, art. 16 y 17.

<sup>178</sup> Código Civil (Argentina) de 1871 arts. 54, 70 y 3290.

<sup>179</sup> FARFÁN (2012).

Prácticamente todos los Estados de México y la Ciudad de México<sup>180</sup> distinguen entre personas físicas y jurídicas, encontrando que los no nacidos se encajan en esta última categoría, es decir, a pesar de que los no nacidos, como menores de edad, tienen falta de capacidad civil para entrar en contratos, tienen derecho a un conjunto mínimo de derechos básicos, incluyendo el derecho a la vida<sup>181</sup>.

*B) DERECHOS DE HERENCIA Y PROPIEDAD CONTINGENTES AL NACIMIENTO CON VIDA*

Las leyes nacionales de la mayoría de las naciones de América Latina y el Caribe permiten que los niños no nacidos sean generalmente titulares de derechos de propiedad y sucesión, así como de otros beneficios, evidenciando el reconocimiento de los niños no nacidos como sujetos de derechos. Por ejemplo, el derecho civil de Surinam, generalmente brinda a los niños no nacidos la capacidad jurídica para heredar, recibir donaciones, y le concede

---

<sup>180</sup> Código Civil Federal (México) de 1928 actualizado al 2010, art. 22.

<sup>181</sup> En México: Código Civil del Estado de Libre y Soberano de Guerrero de 1993 actualizado al 2013, art. 25, Código Civil del Estado de Aguascalientes de 1947, art. 19, Código Civil del Estado de Baja California de 1974, art. 22, Código Civil del Estado Libre y Soberano de Baja California Sur de 1996 actualizado al 2014, art. 22, 1201 y 2231, Código Civil del Estado de Campeche de 1942, art. 26, Código Civil del Estado de Chiapas de 1938, art. 20, Código Civil del Estado de Chihuahua de 2004, art. 22, Código Civil del Estado de Coahuila de 1999, art. 31, Código Civil del Estado de Colima de 1954, art. 22, Código Civil del Estado de Durango de 1948 actualizado al 2013, art. 22, Código Civil del Estado de Guanajuato de 1967 actualizado al 2013, art. 21, Código Civil del Estado de Libre y Soberano de Guerrero de 1993 actualizado al 2013, art. 25, Código Civil del Estado de Hidalgo de 1940 actualizado al 2013, art. 22, Código Civil del Estado de Jalisco de 1995, art. 19, Código Civil del Estado de Michoacán de Ocampo de 2008, art. 16 y 20, Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos de 2008, Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos de 2008, art. 3, Código Civil del Estado de Nayarit de 1981 actualizado al 2013, art. 22, Código Civil del Estado de Nuevo León de 1935 actualizado al 2014, art. 23, Código Civil del Estado de Oaxaca de 1944 actualizado al 2013, art. 21 y Código Civil del Estado de Libre y Soberano de Puebla de 1985, Código Civil del Estado de Querétaro de 2009, art. 22, Código Civil del Estado de Quintana Roo de 1980 actualizado al 2012, art. 428, Código Civil Estado de San Luis Potosí de 1946 actualizado al 2010, art. 17, Código Civil del Estado de Sinaloa de 1940 actualizado al 2013, art. 22, Código Civil del Estado de Tabasco de 1997, arts. 29 y 31, Código Civil del Estado de Tamaulipas de 1987 actualizado al 2014, art. 18, Código Civil del Estado de Tlaxcala de 1976 actualizado al 2013, art. 32, Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave de 1932 actualizado al 2014, art. 26 y 28 y Código Civil del Estado de Yucatán de 1993 actualizado al 2007, art. 16.

algunos derechos de propiedad<sup>182</sup>. La ley tributaria Chilena permite la creación de fideicomisos en el nombre de un no nacido<sup>183</sup>. El Código Civil del Paraguay establece que, para propósitos de los seguros de vida, el término “niño” incluye al no nacido como beneficiario y permite que terceros obtengan compensación civil en acciones por lesiones fetales<sup>184</sup>.

El derecho del niño no nacido a la propiedad y sucesión suele ser contingente a su nacimiento con vida, en cuyo caso los efectos legales correspondientes se vuelven retroactivos al momento de la donación, legado o muerte del testador, por ejemplo, en Brasil<sup>185</sup>, Ecuador<sup>186</sup>, El Salvador<sup>187</sup>, México<sup>188</sup> y Honduras<sup>189</sup>. En Argentina<sup>190</sup> y Paraguay<sup>191</sup> se vuelven irrevocables los derechos del niño nacido con vida, sin importan cuán breve haya sido su supervivencia. Muchos Códigos Civiles nacionales se refieren a los derechos de propiedad del niño por nacer como *diferidos* o *suspendidos* hasta el nacimiento con vida, tales como los Códigos Civiles de Bolivia<sup>192</sup>, Colombia<sup>193</sup>, Costa

<sup>182</sup> Doc. de la ONU. CRC/C/SUR/2, Comité de los derechos de los niños, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Segundo informe periódico que los Estados Partes debían presentar en 2000: República de Suriname, 22 agosto 2005, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/SUR/2>> pár. 43. Véase también, Doc. de la ONU. CRC/C/28/Add.11, Comité de los derechos de los niños, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Informes iniciales que los Estados Partes debían presentar en 1995: Adición Suriname, 13 de febrero 1998, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/28/Add.11>> pár 28, indicando que, de acuerdo el Código Civil del país, el feto puede ser nombrado como heredero (arts. 865 y 927), se podrá conceder el usufructo (art. 791) y puede recibir donaciones (art. 1689).

<sup>183</sup> Decreto Ley n° 824 (Chile) de 1974 actualizado al 2013.

<sup>184</sup> Código Civil (Paraguay) de 1988, arts. 1680 y 1861.

<sup>185</sup> Código Civil (Brasil) de 2002, art. 542.

<sup>186</sup> Código Civil (Ecuador) de 1982, art. 63.

<sup>187</sup> Código Civil (El Salvador) de 2004, art. 75.

<sup>188</sup> Código Civil Federal (México) de 1928 actualizado al 2010, art. 2357.

<sup>189</sup> Código Civil (Honduras) de 1906 actualizado a 1989, art. 54.

<sup>190</sup> Código Civil (Argentina) de 1871 arts. 70 y 72.

<sup>191</sup> Código Civil (Paraguay) de 1988, art. 28.

<sup>192</sup> Código Civil (Bolivia) de 1975, arts. 1122 y 1235.

<sup>193</sup> Código Civil (Colombia) de 1873 actualizado al 2006, art. 93.

Rica<sup>194</sup>, Ecuador<sup>195</sup>, El Salvador<sup>196</sup>, Honduras<sup>197</sup>, Panamá<sup>198</sup> y Perú<sup>199</sup>. Otros Códigos se refieren a los “eventuales” derechos de propiedad del niño por nacer que se hacen efectivas al momento del nacimiento con vida del niño, como el Código Civil de Nicaragua<sup>200</sup>.

Los Códigos Civiles de Argentina<sup>201</sup>, Bolivia<sup>202</sup>, Costa Rica<sup>203</sup>, Chile<sup>204</sup>, República Dominicana<sup>205</sup>, Mexico<sup>206</sup>, Nicaragua<sup>207</sup>, Paraguay<sup>208</sup>, Perú<sup>209</sup> y Venezuela<sup>210</sup>, entre otros, declaran en términos similares, que el feto puede tener derecho a la herencia y regalos sólo si nace con vida, y que los niños que mueren antes de nacer se reputarán como si nunca hubieran existido con fines de sucesión, es decir, su(s) padre(s) no podrán reclamar herencia como sucesores suyos.

La definición y requisitos de un nacimiento con vida han sido codificados en mayor o menor detalle en los diferentes países de la región. La mayoría de los Estados, tales como Colombia<sup>211</sup>, Ecuador<sup>212</sup>, El Salvador<sup>213</sup> y Nicaragua, requieren que el niño sobreviva después de su “*separación completa de la madre*”. En México<sup>214</sup>, se requiere la completa separación de la madre y la supervivencia durante un mínimo de 24 horas o la presentación

---

<sup>194</sup> Código Civil (Costa Rica) de 1885 actualizado al 2007, arts. 31 y 605.

<sup>195</sup> Código Civil (Ecuador) de 1982, art. 63.

<sup>196</sup> Código Civil (El Salvador) de 2004, art. 75.

<sup>197</sup> Código Civil (Honduras) de 1906 actualizado a 1989, arts. 54 y 1298.

<sup>198</sup> Código Civil (Panamá) de 1916, art. 44.

<sup>199</sup> Código Civil (Perú) de 1991, art. 856.

<sup>200</sup> Código Civil (Nicaragua) de 1929, arts. 12, 15 y 19.

<sup>201</sup> Código Civil (Argentina) de 1871 arts. 74 y 3290.

<sup>202</sup> Código Civil (Bolivia) de 1975, arts. 1, 663 y 1008.

<sup>203</sup> Código Civil (Costa Rica) de 1885 actualizado al 2007, art. 605.

<sup>204</sup> Código Civil (Chile) de 1857 actualizado al 2009, arts. 343, 356 y 487.

<sup>205</sup> Código Civil (República Dominicana) de 2007, arts. 906, 1049 y 1050.

<sup>206</sup> Código Civil Federal (México) de 1928 actualizado al 2010, arts. 1314 y 2357.

<sup>207</sup> Código Civil (Nicaragua) de 1929, art. 19.

<sup>208</sup> Código Civil (Paraguay) de 1988, art. 28.

<sup>209</sup> Código Civil (Perú) de 1991, arts. 805 y 856.

<sup>210</sup> Código Civil (Venezuela) de 1982, arts. 202 y 1443.

<sup>211</sup> Código Civil (Colombia) de 1873 actualizado al 2006, art. 90.

<sup>212</sup> Código Civil (Ecuador) de 1982, art. 60.

<sup>213</sup> Código Civil (El Salvador) de 2004, art. 72.

<sup>214</sup> Código Civil Federal (México) de 1928 actualizado al 2010, art. 337.

física del niño ante la oficina del Registro Civil. En Argentina<sup>215</sup> y Paraguay<sup>216</sup>, la respiración o llanto constatada por testigos, por breve que sea, puede constituir prueba del nacimiento con vida.

C) REPRESENTACIÓN LEGAL Y TUTELA DEL NO NACIDO EN DEMANDAS DE PROPIEDAD Y SUCESIÓN

La mayoría de los Estados latinoamericanos y caribeños autorizan el nombramiento de un representante legal, tutor o curador para la persona por nacer en los procedimientos administrativos o judiciales relacionados con la propiedad o los derechos de herencia.

Por ejemplo, los Códigos Civiles de Argentina<sup>217</sup>, Brasil<sup>218</sup>, Costa Rica<sup>219</sup>, Ecuador<sup>220</sup>, El Salvador<sup>221</sup>, Honduras<sup>222</sup>, Nicaragua<sup>223</sup>, Panamá<sup>224</sup>, Paraguay<sup>225</sup>, y Perú<sup>226</sup> permiten al no nacido ser legalmente representado por cualquiera de sus padres o terceros. Además, Chile<sup>227</sup>, Colombia<sup>228</sup>, Ecuador<sup>229</sup>, El Salvador<sup>230</sup>, Honduras<sup>231</sup>, Nicaragua<sup>232</sup> y Perú<sup>233</sup> permiten el nombramiento judicial de un tutor. Los padres tienen prioridad como tutores o curadores en Brasil<sup>234</sup>,

<sup>215</sup> Código Civil (Argentina) de 1871 art. 73.

<sup>216</sup> Código Civil (Paraguay) de 1988, art. 32.

<sup>217</sup> Código Civil (Argentina) de 1871 arts. 57, 64.

<sup>218</sup> Código Civil (Brasil) de 2002, arts. 878 y 1.779.

<sup>219</sup> Código Civil (Costa Rica) de 1885 actualizado al 2007, art. 31.

<sup>220</sup> Código Civil (Ecuador) de 1982, art. 390.

<sup>221</sup> Código Civil (El Salvador) de 2004, arts. 238, 486 y 490.

<sup>222</sup> Código Civil (Honduras) de 1906 actualizado a 1989, arts. 414, 429 y 544.

<sup>223</sup> Código Civil (Nicaragua) de 1929, arts. 12, 18, 306, 321, 377 y 380.

<sup>224</sup> Código Civil (Panamá) de 1916, art. 948.

<sup>225</sup> Código Civil (Paraguay) de 1988, arts. 31 y 37.

<sup>226</sup> Código Civil (Perú) de 1991, art. 617.

<sup>227</sup> Código Civil (Chile) de 1857 actualizado al 2009, arts. 343, 356 y 487.

<sup>228</sup> Código Civil (Colombia) de 1873 actualizado al 2006, arts. 433-446, 575, 580.

<sup>229</sup> Código Civil (Ecuador) de 1982, arts. 390 y 526.

<sup>230</sup> Código Civil (El Salvador) de 2004, art. 486.

<sup>231</sup> Código Civil (Honduras) de 1906 actualizado a 1989, art. 544.

<sup>232</sup> Código Civil (Nicaragua) de 1929, arts. 306 y 321.

<sup>233</sup> Código Civil (Perú) de 1991, art. 617.

<sup>234</sup> Código Civil (Brasil) de 2002, art. 878.

Bolivia<sup>235</sup>, El Salvador<sup>236</sup>, Paraguay<sup>237</sup> y Venezuela<sup>238</sup>, teniendo el padre preferencia en este último. Curiosamente, Perú prohíbe a cualquier persona condenada por aborto, entre otros, para servir como curador *ad litem*.<sup>239</sup>

Los países de América Latina, por lo general, denominan hijo póstumo al niño nacido después de la muerte de su padre, y le permiten heredar al nacer vivo, en cuyo punto sus derechos se vuelven retroactivos al momento de su concepción. Por ejemplo, cuando el padre de un niño no nacido muere antes de su nacimiento, Brasil, Panamá, Honduras y Surinam permiten a una mujer embarazada reclamar la sucesión ab intestato en nombre de su hijo por nacer<sup>240</sup>. Los códigos civiles de Colombia<sup>241</sup>, Chile<sup>242</sup>, Ecuador<sup>243</sup>, Honduras<sup>244</sup>, Nicaragua<sup>245</sup> y Perú<sup>246</sup>, permiten a un padre que esté a punto de fallecer, nombrar a un *curador ad litem* que defienda los eventuales derechos del niño por nacer a su propiedad.

## 6. Codificación del principio *in dubio pro nasciturus*

Varias constituciones latinoamericanas y leyes primarias codifican el principio *in dubio pro nasciturus*, una versión especializada de la *pro homine* o principio *pro personae*, según el cual la ley debe ser objeto de una interpretación que garantice, en la máxima medida, el derecho a la vida y desarrollo

---

<sup>235</sup> Código Civil (Bolivia) de 1975, art. 663.

<sup>236</sup> Código Civil (El Salvador) de 2004, art. 238.

<sup>237</sup> Código Civil (Paraguay) de 1988, art. 40.

<sup>238</sup> Código Civil (Venezuela) de 1982, arts. 267, 268 y 925.

<sup>239</sup> Código Civil (Perú) de 1991, art. 365 y 405.

<sup>240</sup> Código Civil (Brasil) de 2002, arts. 1.798 y 1.799, Código de Familia (Panamá) de 1994, arts. 287 y 288 y Código Civil (Honduras) de 1906 actualizado a 1989, art. 201, y Doc. UNU CRC/C/28/Add.11, Comité de los derechos de los niños, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Informes iniciales que los Estados Partes debían presentar en 1995: Adición Suriname, 13 de febrero 1998, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/28/Add.11>> pág. 28.

<sup>241</sup> Código Civil (Colombia) actualizado al 2006, arts. 433-446, 575, 580.

<sup>242</sup> Código Civil (Chile) de 1857 actualizado al 2009, arts. 343, 356 y 487.

<sup>243</sup> Código Civil (Ecuador) de 1982, art. 402.

<sup>244</sup> Código Civil (Honduras) de 1906 actualizado a 1989, art. 429.

<sup>245</sup> Código Civil (Nicaragua) de 1929, art. 306.

<sup>246</sup> Código Civil (Perú) de 1991, arts. 598 y 805.

del no nacido. Las Constituciones nacionales de Perú<sup>247</sup>, Honduras<sup>248</sup>, Chile<sup>249</sup> y México<sup>250</sup> han codificado este principio.

Las leyes primarias de varios Estados latinoamericanos, como los Códigos Civiles de Bolivia<sup>251</sup> y Perú<sup>252</sup> sostienen que *“el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”* en términos prácticamente idénticos. El Código Civil de Costa Rica<sup>253</sup> establece que la *“persona física”* se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. El Código Civil de Venezuela dispone que *“el feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien”*<sup>254</sup>. Los Códigos Civiles de Guatemala<sup>255</sup> y Panamá<sup>256</sup> limitan la aplicación de este principio a los niños no nacidos viables. El Derecho Civil de Surinam establece que *“el niño de cual una mujer está embarazada debe considerarse ya nacido según lo exija (su) propio interés”*<sup>257</sup>.

<sup>247</sup> Const. Política de la República del Perú de 1993, art. 2.

<sup>248</sup> Const. Política de la República de Honduras de 1982, art. 67.

<sup>249</sup> Tribunal Constitucional de Chile, Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud (2008: 18 abril, rol n° 740-07).

<sup>250</sup> Const. Política de los Estados Unidos Mexicanos (México) en su forma enmendada hasta 2007, art. 3°.

<sup>251</sup> Código Civil (Bolivia) de 1975, art. 1(II).

<sup>252</sup> Código Civil (Perú) de 1991, art. 1.

<sup>253</sup> Código Civil (Costa Rica) de 1885 actualizado al 2007, art. 31.

<sup>254</sup> Código Civil (Venezuela) de 1982, art. 17.

<sup>255</sup> Código Civil (Guatemala) de 1964 actualizado al 2010, art. 1.

<sup>256</sup> Código Civil (Panamá) de 1916, art. 41.

<sup>257</sup> Doc. de la ONU. CRC/C/SUR/2, Comité de los derechos de los niños, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Segundo informe periódico que los Estados Partes debían presentar en 2000: República de Suriname, 22 agosto 2005, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/SUR/2>> pár. 43. Véase también, Doc. de la ONU. CRC/C/28/Add.11, Comité de los derechos de los niños, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Informes iniciales que los Estados Partes debían presentar en 1995: Adición Suriname, 13 de febrero 1998, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/28/Add.11>> pár. 28.

## IV. PROHIBICIÓN DEL ABORTO Y ABORTO NO PUNIBLE EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

### 1. Definición de aborto

Después de su respectiva firma o ratificación de la CADH, todos los Estados de América Latina y el Caribe han contemplado el aborto, en principio, como un delito o crimen<sup>258</sup>. Generalmente, los códigos penales de la región clasifican el aborto bajo las categorías de “delitos contra las personas”<sup>259</sup>, “delitos contra la vida”<sup>260</sup>, y “delitos contra la integridad personal”<sup>261</sup>. Otras categorías para el aborto incluyen la de “crímenes contra la vida, el cuerpo y la salud” en Perú<sup>262</sup>. Bolivia lo clasifica como delito “contra la dignidad del ser humano”<sup>263</sup>. Chile lo categoriza bajo los delitos “contra la seguridad de las familias, la moral pública, y la integridad sexual” y normalmente, el delito

---

<sup>258</sup> La gran mayoría de las disposiciones penales sobre aborto en América Latina y el Caribe fueron adoptadas después de la fecha de firma o ratificación de la Convención Americana de cada estado: 1970-1973 en Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Guatemala, 1983-1987 en Barbados, Argentina, Haití y Granada, 1991-2000 en Perú, Honduras, República Dominicana, Colombia y Venezuela, 2000 - al presente en Brasil (2004), Nicaragua (2007), México (1931-2008), Paraguay (1997-2008), Panamá (2007 a 2010), Chile (1874 a 2011), Uruguay (1998-2012). *Cfr.* estado de ratificaciones de la CADH en <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014. Las disposiciones penales sobre aborto de Bolivia (1972), Jamaica (1861) y Dominica (1873) preceden a la fecha de la firma o ratificación de la CADH, pero siguen estando vigentes hasta la fecha.

<sup>259</sup> Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, Libro Segundo, Título I, Código Penal (Brasil), de 1991, Título I, Delitos contra las Personas y el Capítulo 1 de Delitos contra la Vida, art. 121 y 128, y Código Penal (Venezuela), de 2000, Título IX, Doc. ONU CRC/C/8/Add.48, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Informes iniciales que los Estados Partes debían presentar en 1993: Dominica, 21 enero 2003, disponible en <<http://tb.ohchr.org/>>, párs. 95-98; Offences against the Person Act (Trinidad y Tobago) arts. 56 y 57.

<sup>260</sup> Código Penal (Brasil), de 1991, Título I, Delitos contra las Personas y el Capítulo 1 de Delitos contra la Vida, art.s 121 a 128. Código Penal (Costa Rica) actualizado al 2002, Libro Segundo, Título I, Código Orgánico Integral Penal (Ecuador) de 2014, Capítulo II, sección I y Código Penal (El Salvador) de 1997.

<sup>261</sup> Código Penal (Guatemala) de 1973, Capítulo III, Código Penal Federal (México) de 1931 actualizado al 2008, Capítulo VI, Código Penal (Panamá) de 2007, Título I, Capítulo I, Código Penal (Nicaragua) de 2007, Título I, Capítulo I, Código Penal (Perú) de 1991, Título I y Código Penal (Uruguay) de 1998, Título XII.

<sup>262</sup> Código Penal (Perú) de 1991, Título I.

<sup>263</sup> Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, Título VIII.

de aborto se encuentra dentro de la misma categoría que el homicidio y el asesinato<sup>264</sup>.

Cuando los códigos penales de la región definen el término aborto, lo describen generalmente como la destrucción o muerte intencional o deliberada de un niño por nacer<sup>265</sup>. Por ejemplo, el Código Penal paraguayo define el aborto como “*matar a un feto*” y un feto como el embrión o feto humano desde la concepción hasta el momento del parto<sup>266</sup>.

## **2. Aborto involuntario o espontáneo**

El aborto espontáneo o aborto involuntario es claramente distinto del aborto provocado o inducido en los Códigos Penales de América Latina y del Caribe, y no es punible por la ley debido a la ausencia de un elemento de intencionalidad en producir la muerte del niño por nacer.

En lenguaje común, la palabra aborto se utiliza para designar la muerte de un embrión humano o el feto antes del nacimiento, independientemente de que la muerte haya sido espontánea o inducido. Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término aborto supone la muerte natural o inducida del feto<sup>267</sup>, no necesariamente el delito de aborto inducido, aborto forzado, u homicidio fetal.

Sin embargo, el lenguaje técnico de los códigos penales de la región distingue el aborto involuntario o espontáneo del aborto inducido o provocado. El primero es universalmente no punible; en cambio, el segundo constituye un delito en la gran mayoría de circunstancias.

Ninguna ley penal latinoamericana o caribeña penaliza a una mujer por el aborto involuntario o espontáneo de su hijo por nacer, es decir, la muerte natural del feto, incluso cuando la conducta de la madre pudo haber causado

<sup>264</sup> Código Penal (Chile) de 1974 actualizado 2011, Título VII.

<sup>265</sup> *Criminal Code* (Granada) s.d. art. 247(2), Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 263, Código Penal (Costa Rica) actualizado al 2002, art. 118, Código Penal (Honduras) de 1983, art. 126, Código Penal (Guatemala) de 1973, art. 133, Código Penal Federal (México) de 1931 actualizado al 2008, art. 329, *Offences against the Person Act* (Dominica) s.d. arts. 8 y 56, *Penal Code* (Surinam) de 1910 actualizado al 2005 arts. 309 (1), 355.

<sup>266</sup> Ley n° 3440 (Paraguay) de 2008, arts. 14(1) (18) y 109.

<sup>267</sup> Ver Diccionario de la Lengua Española, disponible en <<http://lema.rae.es/drae/?val=aborto>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

o contribuido a él<sup>268</sup>. Los códigos penales de El Salvador<sup>269</sup>, Guatemala<sup>270</sup>, México<sup>271</sup> y Nicaragua<sup>272</sup>, por ejemplo, establecen específicamente que un aborto involuntario causado por la propia mujer embarazada no es punible.

Asimismo, un aborto involuntario causado de manera indirecta e involuntaria por un tratamiento médico adecuado no es punible bajo ningún código penal de la región, siempre y cuando no se trate de mala práctica médica. Los Códigos Penales de Guatemala, Paraguay, Dominica y Grenada, por ejemplo, eximen explícitamente a un médico de responsabilidad penal por aborto espontáneo ocurrido a causa de un tratamiento médico terapéutico en una mujer embarazada<sup>273</sup>.

### **3. Aborto forzado**

En general, la mayoría de los países se refieren al aborto forzado como *aborto sin consentimiento de la mujer*, es decir, cualquier aborto provocado por un tercero sin el consentimiento de la madre, independientemente de los medios utilizados contra la madre o el método de aborto, por ejemplo, en Ecuador<sup>274</sup>, Perú<sup>275</sup> y Uruguay<sup>276</sup>. Algunos países, como Brasil<sup>277</sup>, Ecuador<sup>278</sup>, El Salvador<sup>279</sup> y Paraguay<sup>280</sup> definen aborto forzado como aquel en el que no media el consentimiento de la madre y donde se han utilizado fraude, amenazas o violencia en su contra.

---

<sup>268</sup> Ver, por ejemplo, el aborto imprudente en Código Penal (Nicaragua) de 2007, art. 145.

<sup>269</sup> Código Penal (El Salvador) de 1997, art. 137.

<sup>270</sup> Código Penal (Guatemala) de 1973, art. 139.

<sup>271</sup> Código Penal Federal (México) de 1931 actualizado al 2008, art. 333.

<sup>272</sup> Código Penal (Nicaragua) de 2007, art. 145.

<sup>273</sup> Código Penal (Guatemala) de 1973, art. 137, Ley n° 3440 (Paraguay) de 2008, arts. 352, 109, *Offences against the Person Act* (Dominica) s.d. art. 8 (1), *Criminal Code* (Granada) s.d. art. 250.

<sup>274</sup> Código Orgánico Integral Penal (Ecuador) de 2014, art. 148.

<sup>275</sup> Código Penal (Perú) de 1991, art. 116.

<sup>276</sup> Código Penal (Uruguay) de 1998, art. 325.

<sup>277</sup> Código Penal (Brasil) de 1991, art. 126.

<sup>278</sup> Código Orgánico Integral Penal (Ecuador) de 2014, art. 148.

<sup>279</sup> Código Penal (El Salvador) de 1997, art. 134.

<sup>280</sup> Ley n° 3440 (Paraguay) de 2008, art. 351.

El aborto forzado es castigado con penas de prisión en todos los países de la región<sup>281</sup>. Chile cataloga el aborto forzado como un “*crimen contra la humanidad*”, e impone severas sanciones, similares a las correspondientes a crímenes de genocidio o crímenes de guerra<sup>282</sup>.

#### **4. Aborto preterintencional**

El aborto preterintencional o aborto culposo constituye un delito en la mayoría de América Latina y los Estados del Caribe. El delito se define generalmente como un aborto involuntario resultante de actos de violencia por parte de un tercero contra una mujer embarazada<sup>283</sup>.

Las penas de prisión por lo general aplican sólo cuando el autor del crimen tiene conocimiento del estado de embarazo de la mujer o el estado de embarazo es evidente, como en Argentina<sup>284</sup>, Bolivia<sup>285</sup>, Chile<sup>286</sup>, Guatemala<sup>287</sup>, Honduras<sup>288</sup> y Perú<sup>289</sup>. Sin embargo, algunos países penalizan el aborto preterintencional incluso en los casos en que se el autor desconoce el estado de embarazo de la mujer, siempre y cuando exista culpabilidad,

<sup>281</sup> Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, arts. 263 y 264, Código Penal (Guatemala) de 1973, art. 135, Código Penal Federal (México) de 1931 actualizado al 2008, art. 330, Código Penal (Nicaragua) de 2007, art. 144, Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, art. 85, Código Penal (Brasil) de 1991, art. 125, Código Penal (Colombia) de 2000, art. 123, Código Penal (Costa Rica) actualizado al 2002, art. 118 (1), *Penal Code* (Surinam) de 1910 actualizado 2005, art. 356, Código Penal (Venezuela) de 2000, art. 434, Código Penal (Guatemala) de 1973, art. 135, Código Penal Federal (México) de 1931 actualizado al 2008, art. 330, Código Penal (Panamá) de 2007, art. 143, Ley n° 3440 (Paraguay) de 2008, art. 351, Código Penal (Perú) de 1991, art. 116, y Código Orgánico Integral Penal (Ecuador) de 2014, art. 148.

<sup>282</sup> Ley n° 20.357 de 2009.

<sup>283</sup> Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 267.

<sup>284</sup> Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, art. 87.

<sup>285</sup> Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 267.

<sup>286</sup> Código Penal (Chile) de 1974 actualizado 2011, arts. 342 y 343.

<sup>287</sup> Código Penal (Guatemala) de 1973, art. 139.

<sup>288</sup> Código Penal (Honduras) de 1983, art. 132.

<sup>289</sup> Código Penal (Perú) de 1991, art. 118.

negligencia o imprudencia, como en Bolivia<sup>290</sup>, Colombia<sup>291</sup>, El Salvador<sup>292</sup> y Nicaragua<sup>293</sup>.

## 5. Lesiones fetales

Varios países de América Latina y del Caribe han comenzado a tipificar las lesiones fetales como un delito sujeto a penas de prisión e indemnización civil. El delito generalmente es definido como lesiones ocasionadas antes del nacimiento, ya sea a través de actos de violencia contra la mujer embarazada o mala práctica médica, que afectan seriamente la salud o desarrollo del niño.

Las disposiciones sobre lesiones fetales se encuentran generalmente en los códigos más recientes y posteriores a la firma o ratificación de la CADH, como el de Colombia, Nicaragua y El Salvador<sup>294</sup>. El Código Penal del Perú, por ejemplo, se modificó en el 2002 para incluir el delito de lesiones fetales<sup>295</sup>.

Por otra parte, las leyes de varios países de América Latina y del Caribe protegen la integridad personal del niño no nacido al prohibir las pruebas prenatales de paternidad<sup>296</sup>, la investigación sobre embriones humanos<sup>297</sup>, la clonación humana<sup>298</sup> y la modificación genética<sup>299</sup>, entre otros.

## 6. Aborto provocado o consentido

A) SANCIONES PENALES APLICABLES A LA MADRE Y AL QUE PRACTICA EL ABORTO. El aborto provocado, es decir, el aborto voluntario de un niño no nacido a petición o con consentimiento de la madre, es llamado *aborto inducido, voluntario*,

---

<sup>290</sup> Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 268.

<sup>291</sup> Código Penal (Colombia) de 2000, arts. 118, 125 y 126.

<sup>292</sup> Código Penal (El Salvador) de 1997, art. 137.

<sup>293</sup> Código Penal (Nicaragua) de 2007, art. 145.

<sup>294</sup> Código Penal (Colombia) de 2000, arts. 125 y 126, Código Penal (Nicaragua) de 2007, art. 148 y Código Penal (El Salvador) de 1997, arts. 138 y 139.

<sup>295</sup> Código Penal (Perú) de 1991, art. 124-A.

<sup>296</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia (Ecuador) de 2003, art. 131 (2) & (6).

<sup>297</sup> Código de los Niños y Adolescentes (Perú) de 2000, art. 1.

<sup>298</sup> Ley n° 20.120 (Chile) de 2006, arts. 5, 6, 10 (2) y 17.

<sup>299</sup> Const. Política de la República del Ecuador de 2008, art. 66, Código de los Niños y Adolescentes (Perú) de 2000, art. 1, Código Penal (Panamá) de 2007, arts. 145 y 147, Código Penal (Guatemala) de 1973, art. 225(C), Código Penal (El Salvador) de 1997, art. 141.

*provocado, procurado, aborto consentido o aborto con consentimiento de la mujer en las leyes penales de América Latina y del Caribe.*

La madre que intencionalmente aborta a sus hijo no nacido tiene, en general, responsabilidad penal, independientemente de si produjo el aborto por si misma o si permitió o solicitó que se lo practicara un tercero. Las sanciones de prisión aplicables a la madre varían desde los 6 meses a un máximo de 9 años en prisión<sup>300</sup>.

Las personas que practican abortos provocados son sujetas igual o mayor responsabilidad penal<sup>301</sup>, independientemente de los métodos utilizados. Las penas máximas de prisión van desde los 2 a los 12 años en diferentes

<sup>300</sup> Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 263, Código Penal (Brasil) de 1991, art. 124, Código Penal (Colombia), de 2000, Código Penal (Costa Rica) actualizado al 2002, art. 119, Código Penal (Panamá) de 2007, art. 141, *Penal Code* (Surinam) de 1910 actualizado 2005, art. 355, Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, art. 88, Código Penal (Chile) de 1974 actualizado 2011, art. 344, *The Offences Against the Person Act* (Jamaica) s.d. art. 56, Código Penal (República Dominicana) de 2007, art. 21 y 22, Código Penal (El Salvador) de 1997, art. 133, *Code Pènal* (Haití) de 1985, art. 262, Código Penal (Honduras) de 1983, art. 128, *Criminal Code* (Granada) s.d. art. 234. En el año 2000, Granada informó al Comité de los derechos de los niños que estas disposiciones tenían por objeto proteger el derecho a la vida desde la concepción y para proporcionar protección para el recién nacido. Doc. ONU CRC/C/3/Add.55, Comité de los derechos de los niños, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención: Informes iniciales que los Estados Partes debían presentar en 1992: Granada, pár. 50, 28 de noviembre 1997, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.55>>, fecha consulta: 17 enero 2014, Código Penal (Uruguay) de 1998, art. 325, Código Penal (Nicaragua) de 2007, art. 143, Ley n° 3440 (Paraguay) de 2008, art. 109, Código Penal (Venezuela) de 2000, art. 432, Código Penal (Perú) de 1991, art. 114 y Código Orgánico Integral (Ecuador) de 2014, art. 149.

<sup>301</sup> Únicamente Chile y Jamaica imponen pena mayor a la madre que aborta que al que practica el aborto. Código Penal (Chile) de 1974 actualizado 2011, art. 342 y 344, *Offences against the Person Act* (Jamaica) s.d. art. 73.

países<sup>302</sup>; libertad condicional y multas civiles también son aplicables en la República Dominicana<sup>303</sup>.

Muchos códigos penales de la región prevén penas de prisión agravadas, penas civiles y sanciones profesionales para los profesionales de la salud (médicos, enfermeras, farmacéuticos, parteras, asistentes, estudiantes de medicina) que “abusando de su ciencia”<sup>304</sup>, practiquen o asistan en la práctica de abortos<sup>305</sup>. Los tribunales también podrán aplicar multas civiles y sanciones profesionales a personas que realizan abortos electivos en muchos Estados de Latinoamérica y el Caribe<sup>306</sup>. Algunos códigos también establecen sanciones penales para quienes colaboren de manera directa o indirecta con el aborto

---

<sup>302</sup> *Offences against the Person Act* (Dominica) s.d. art. 57, *Offences against the Person Act* (Jamaica) s.d. art. 57 Código Penal (Uruguay) de 1998, art. 325, Código Penal (Venezuela) de 2000, art. 433, Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 263 y 267, Código Penal (Costa Rica) actualizado al 2002, art. 118 (2), *Offences against the Person Act s.d.* (Jamaica) art. 73, Código Penal (Nicaragua) de 2007, art. 143, Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, art. 85 y 86, Código Penal (Perú) de 1991, art. 115, *Penal Code* (Surinam) de 1910 actualizado 2005, art. 357, Código Penal (República Dominicana) de 2007, art. 317, Ley n° 3440 (Paraguay) de 2008, art. 109, Código Penal (Panamá) de 2010, art. 142, Código Penal (Guatemala) de 1973, art. 135, Código Penal (Chile) de 1974 actualizado 2011, art. 342, Código Penal (El Salvador) de 1997, art. 135.

<sup>303</sup> Código Penal (República Dominicana) de 2007, art. 317.

<sup>304</sup> Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, art. 86.

<sup>305</sup> Por ejemplo, penas de prisión en Ley n° 3440 (Paraguay) de 2008, art. 352, Código Penal (Venezuela) de 2000, art. 435, penas civiles en Código Penal (Honduras) de 1985, art. 127, Código Penal (Costa Rica) actualizado al 2002, art. 381, *Penal Code* (Surinam) de 1910 actualizado al 2005, art. 309 (1); Ver sanciones profesionales en Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, art. 85 y 86, Código Penal (Brasil) de 1991, art. 47(I) y (II) 56, 126, Código Penal (El Salvador), de 1997, art. 135, Código Penal Federal (México) de 1931 actualizado al 2008, art. 331, Código Penal (Perú) de 1991, art. 117.

<sup>306</sup> Código Penal (Honduras) de 1983, art. 127, Código Penal (Costa Rica) actualizado al 2002, art. 381 (4), *Penal Code* (Surinam) de 1910 actualizado al 2005, art. 309 (1), Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, arts. 85 y 86, Código Penal (El Salvador) de 1997, art. 135, Código Penal (Guatemala) de 1973, art. 140, Código Penal (Venezuela), de 2000, art. 135 y Código Penal Federal (México) de 1931 actualizado al 2008, art. 331. Código Penal (Brasil) de 1991, art. 47(I), (II), 56 y 126, Código Penal (Nicaragua) de 2007, art. 143, Código Penal (Perú) de 1991, art. 117, *Penal Code* (Surinam) de 1910 actualizado al 2005, art. 309(3).

provocado de un no nacido, por ejemplo, aconsejando o asistiendo a una mujer embarazada a obtener un aborto, o pagando el mismo<sup>307</sup>.

#### B) AGRAVANTES Y ATENUANTES

Prácticamente todos los países de la región prevén penas agravadas para los que practican el aborto cuando a causa del procedimiento sobreviniere la muerte de la mujer o esta sufriera graves lesiones<sup>308</sup>.

El factor atenuante más común en los códigos penales de varios países de América Latina y el Caribe es el anticuado factor *honoris causa*, es decir, cuando una mujer aborta o se asiste a una mujer a abortar “*con el propósito de ocultar su deshonra*”<sup>309</sup>. Sin embargo, este motivo ha sido eliminado como factor atenuante en el nuevo Código Penal de Honduras durante la reforma de 1996<sup>310</sup>, en Ecuador<sup>311</sup> y en Nicaragua<sup>312</sup>.

Algunas jurisdicciones de América Latina y del Caribe también establecen otras circunstancias atenuantes de la pena por el aborto del concebido por violación, la situación de grave peligro para la salud de la madre<sup>313</sup>, la grave discapacidad del niño por nacer<sup>314</sup>, e incluso la pobreza de los padres<sup>315</sup>.

<sup>307</sup> Código Penal (República Dominicana) de 2007, art. 317, Código Penal (El Salvador) de 1997, art. 136 y Código Penal (Uruguay) de 1998, art. 325.

<sup>308</sup> Código Penal (Brasil) de 1991, art. 127, Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, art. 85, Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 264, Código Penal (Costa Rica) actualizado al 2002, art. 118 (2), Código Orgánico Integral Penal (Ecuador) de 2014, art. 147, Código Penal (Guatemala) de 1973, art. 136, Ley n° 3440 (Paraguay) de 2008, art. 349, Código Penal (Perú) de 1991, art. 115, Código Penal (Uruguay) de 1998, art. 326 y Código Penal (Venezuela) de 2000, art. 433.

<sup>309</sup> Código Penal (Uruguay) de 1998, art. 328(1), Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 265, Código Penal (Chile) de 1974 actualizado al 2011, art. 344, Código Penal (Costa Rica) de 2003, art. 120, Código Penal (Guatemala), de 1973, art. 93 (4), Código Penal (Uruguay) de 1998, art. 328(1), Código Penal (Venezuela) de 2000, art. 436 y Código Penal Federal (México) de 1931 actualizado al 2008, art. 332.

<sup>310</sup> Código Penal (Honduras) de 1983, art. 129.

<sup>311</sup> Código Penal (Ecuador) de 1971, art. 444 y Código Orgánico Integral Penal (Ecuador) de 2014, arts. 147-150.

<sup>312</sup> Código Penal (Nicaragua) de 2007, art. 163.

<sup>313</sup> Código Penal (Uruguay) de 1998, art. 328(3), Código Penal (Guatemala) de 1973, art. 134.

<sup>314</sup> Código Penal (Perú) de 1991, art. 120.

<sup>315</sup> Ley n° 3440 (Paraguay), de 2008, art. 109 (3), Código Penal (Uruguay) de 1998, art. 328(4). La violación no-matrimonial o error en la inseminación artificial puede ser un

### C) *TENTATIVA DE ABORTO*

El intento de aborto no es punible penalmente en la mayoría de los países latinoamericanos y caribeños<sup>316</sup>, con algunas excepciones<sup>317</sup>. Paraguay castiga sólo al que practica el aborto por tentativa de aborto, no a la mujer<sup>318</sup>. Granada y Ecuador penaliza la tentativa de aborto forzado y el intento de aborto preterintencional solamente<sup>319</sup>.

### D) *FÁRMACOS O SUSTANCIAS ABORTIVAS*

Generalmente, los códigos penales de América Latina y el Caribe prohíben el aborto independientemente del método utilizado<sup>320</sup>; pero algunos incluyen disposiciones específicas sobre fármacos y otras sustancias abortivas abortos<sup>321</sup> y muchos penalizan específicamente a los farmacéuticos que facilitan abortos<sup>322</sup>. Además, los más altos tribunales de cinco países latinoamericanos (Argentina, Chile, Ecuador, Honduras y Perú) han declarado inconstitucional algunos anticonceptivos de emergencia, debido a sus efectos abortivos sobre el embrión humano.

En el 2009, el Tribunal Constitucional de Perú prohibió la distribución gratuita de la píldora del día siguiente como una política nacional de salud en virtud de su Const. Nacional y la CADH, de la cual Perú es signatario<sup>323</sup>.

---

factor atenuante en Perú, ver Código Penal (Perú) de 1991, art. 120.

<sup>316</sup> Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, art. 88, Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 263, Código Penal (Guatemala) de 1973, art. 139, Código Penal (Haití) de 1985, art. 262.

<sup>317</sup> *Offences against the Person Act* (Jamaica) art. 72, *Offences against the Person Act* (Trinidad y Tobago) de 1925 arts. 56 y 57.

<sup>318</sup> Ley n° 3440 (Paraguay) de 2008, art. 109.

<sup>319</sup> *Criminal Code* (Granada) s.d. art. 247 (1) y Código Orgánico Integral Penal (Ecuador) de 2014, art. 148.

<sup>320</sup> Véase, por ejemplo Ley n° 3440 (Paraguay) de 2008, art. 349.

<sup>321</sup> *Offences against the Person Act* (Dominica) s.d. art. 56, *Offences against the Person Act* (Trinidad y Tobago) de 1925 art. 56, Código Penal (República Dominicana) de 2007, art. 317.

<sup>322</sup> Véase, por ejemplo Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, art. 86, Ley n° 3440 (Paraguay) de 2008, art. 352, Código Penal (República Dominicana) de 2007, art. 18 y 317 y Código Penal (Haití) de 1985, art. 262.

<sup>323</sup> Tribunal Constitucional del Perú, *ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" contra Ministerio de Salud*, (Expediente n° 02005-2009-PA/TC).

En *Portal de Belén, Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo*, la Corte Suprema de Argentina revocó la autorización del Ministerio de Salud para producir, distribuir, y comercializar un fármaco anticonceptivo de emergencia llamado *Imediat*, debido a sus efectos abortivos, que encontró en violación del derecho a la vida. La Corte reitero su obligación de proteger la vida humana desde la concepción en base a su ratificación de los tratados internacionales que la protegen, entre los cuales se encontraría la CADH<sup>324</sup>.

Tanto la Corte Suprema como la Corte de Constitucionalidad de Chile rechazaron fármacos anticonceptivos de emergencia por inconstitucionalidad en dos ocasiones. En 2001, la Corte Suprema revocó el registro sanitario para *Postinor*, una droga de efectos potencialmente abortivos, al impedir la implantación del embrión humano en el revestimiento del útero. En el 2008, el Tribunal Constitucional prohibió la venta y distribución de la anticoncepción hormonal de emergencia en los centros de salud pública del país, debido a los efectos abortivos de la droga, al declarar inconstitucional las *Normas Nacionales Sobre Regulación de Fertilidad* que figura en el *Decreto Supremo N° 48 de la Salud, 2007 § C*. El Tribunal sostuvo que el veredicto tenía efectos *erga omnes*, es decir, aplicable a individuos y a agencias gubernamentales<sup>325</sup>.

La Corte Constitucional de Ecuador también declaró inconstitucional un fármaco anticonceptivo de emergencia revocando el registro sanitario y la autorización para la distribución de *Postinor*, ya que su principal componente, *Levonorgestrel*, evita la implantación del embrión humano en el útero, violando así el derecho a la vida desde la concepción, protegido en el art. 49 de la Const. Ecuatoriana. El Tribunal también ordenó una revisión de similares medicamentos que habían sido registrados previamente por una agencia del Ministerio de Salud<sup>326</sup>.

En 2011, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Honduras emitió un dictamen a favor de un proyecto de ley que prohíbe el uso, la distribución, y comercialización de la anticoncepción de emergencia o

<sup>324</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Portal de Belén y Asociación Civil sin Fines de Lucro contra Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo* (2002) pp. 1-7.

<sup>325</sup> Tribunal Constitucional de Chile, *Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud* (2008): 18 abril 2008, rol n° 740-07).

<sup>326</sup> Tribunal Constitucional de Ecuador, *Acción de Amparo Constitucional de José Roser Rode contra Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical* (2006, caso n° 0014-2005-RA).

píldora del día siguiente, debido a sus efectos abortivos sobre el embrión humano. El Tribunal sostuvo que el potencial abortivo de dichos fármacos sería incompatible con la protección jurídica nacional otorgada al embrión humano<sup>327</sup>. En el 2009, el Ministerio de Salud emitió el Decreto Ejecutivo 2744, prohibiendo la anticoncepción de emergencia en los mismos términos.

## 7. Abortos no punibles

Las siguientes secciones ilustran que los Estados Latinoamericanos y del Caribe contemplan algunas excepciones limitadas a las normas penales sobre aborto que rescinden la pena por aborto bajo ciertas circunstancias, siendo la principal de ellas cuando peligra la vida de la madre. Otras excepciones varían y su regulación está lejos de ser homogénea en la región.

La existencia de abortos no punibles en algunos países de América Latina y del Caribe no implica que el aborto provocado sea una práctica protegida por la ley en dichas jurisdicciones, o mucho menos un derecho constitucional. Los casos de abortos no punibles se designan generalmente como “*suspuestos de aborto no punible*” o “*excusas absolutorias*”; lenguaje que denota un reconocimiento, por parte del legislador, de la existencia de un delito, no obstante la absolución de la pena<sup>328</sup>.

Como se ilustra a continuación, los abortos no punibles por lo general requieren autorización judicial o médica, y no se encuentran legalmente disponibles a libre petición de la madre en ningún país latinoamericano o caribeño. El aborto no punible no requiere de la participación de los hospitales públicos o fondos del Estado en casi ningún país de la región, y en los pocos casos en que se requiere algún tipo de cooperación gubernamental, se permite la objeción de conciencia de los que se niegan a realizar abortos por razones morales<sup>329</sup>.

---

<sup>327</sup> Corte Suprema de Justicia de Honduras, Decreto 54-2009 (2012).

<sup>328</sup> Ver analogía entre el aborto y el delito no punible de robo o fraude entre parientes cercanos en la ley argentina en ANZOÁTEGUI (2012) pp. 1-3.

<sup>329</sup> Ver sobre la distinción entre el derecho al aborto y la excepción penal por aborto de los niños concebidos en violaciones en Argentina, “¡Vengo a ejercer mi Derecho a abortar. Médico, Proceda ya!” por Alejandro Freeland, en *Sobre Todo la Corte Blog*, disponible en <<http://todosobrelacorte.com/2012/03/13/vengo-a-ejercer-mi-derecho-a-abortar-medico-proceda-ya/#more-5809>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

## A) SITUACION DE PELIGRO A “LA VIDA DE LA MADRE”

Más de dos tercios de todos los países en América Latina y del Caribe absuelven de la pena por el aborto realizado con el propósito de “*salvar la vida de la madre*”<sup>330</sup>. Sin embargo, la definición legal de aborto en este contexto difiere en los distintos ordenamientos y no necesariamente incluye el aborto voluntario. Algunos Códigos Penales, como los de Guatemala, Dominica y Paraguay, definen el aborto bajo estas circunstancias como una intervención médica para salvar la vida de la madre, que indirectamente provoca la muerte del no nacido, donde el objetivo de la intervención es tratar a la mujer embarazada, no destruir el feto<sup>331</sup>.

En cualquier caso, las leyes penales típicamente requieren que el aborto bajo estas circunstancias se utilice únicamente como último recurso. Muchos de ellos requieren prueba de que la intervención es el único medio para salvar la vida de la madre<sup>332</sup>. Los códigos penales de Argentina<sup>333</sup>, Bolivia<sup>334</sup>, Costa Rica<sup>335</sup> y Ecuador<sup>336</sup> contienen un lenguaje más amplio autorizando el aborto si se lleva a cabo para evitar el “*peligro*” para la vida de la madre, en lugar de la muerte inminente; no obstante, añaden que el aborto debe ser permitido solamente si el riesgo “*no puede ser evitado por otros medios*”. Del mismo modo, la legislación penal de Uruguay requiere de un riesgo “*grave*” para la vida de la mujer (más allá del primer trimestre) y exige que se hagan esfuerzos para preservar la vida del feto<sup>337</sup>. Por lo general, se requiere autorización médica o una recomendación formal de un Comité de Ética<sup>338</sup>.

<sup>330</sup> Esta excepción fue eliminado en Nicaragua, donde el antiguo Código Penal (de 1974, art. 16) requería la opinión de al menos 3 médicos y el consentimiento del paciente.

<sup>331</sup> Código Penal (Guatemala), de 1973, Ley n° 3440 (Paraguay), de 2008, art. 352, art. 109 (4).

<sup>332</sup> Código Penal (Brasil), de 1991, art. 128, Código Penal (Perú) de 1991, art. 119, Código Penal (Venezuela), de 2000, art. 435.

<sup>333</sup> Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, art. 86 (1).

<sup>334</sup> Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 266.

<sup>335</sup> Código Penal (Costa Rica), de 2003, art. 121.

<sup>336</sup> Código Orgánico Integral Penal (Ecuador) de 2014, art. 150 (1).

<sup>337</sup> Código Penal (Uruguay) de 1998, art. 328 (3), Ley n° 18.987 (Uruguay) de 2012, art. 6 (A).

<sup>338</sup> Código Penal Federal (México) de 1931 actualizado al 2008, art. 334 y Código Penal (Panamá) de 2007, art. 144.

B) SITUACIÓN DE PELIGRO A “LA SALUD DE LA MADRE”

Menos de la mitad de todas las jurisdicciones de la región permiten el aborto en base a riesgos de salud causados por el embarazo. Al igual que en la situación de peligro a la vida de la madre, la definición de *aborto* en este contexto es variable y no necesariamente incluye el aborto voluntario. Por lo menos un estado, Grenada, define el aborto como aborto indirecto de un no nacido en el curso de un tratamiento médico o terapéutico en una mujer embarazada, no como el aborto voluntario o intencional del niño por nacer<sup>339</sup>.

La mayoría de los países que permiten esta excepción, como Perú, Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, sólo la permiten si el riesgo para la salud de la madre es “grave” o “serio” y si el riesgo no puede ser evitado por otros medios<sup>340</sup>. Por lo general, se requiere una recomendación médica formal<sup>341</sup>.

C) ABORTO DEL CONCEBIDO POR VIOLACIÓN O INCESTO

Menos de la mitad de los Estados partes de la CADH contemplan como aborto no punible el aborto del concebido en un delito sexual<sup>342</sup>, como violación, *estupro* (la violación de una mujer joven o niño/a), *rapto* (relaciones sexuales subsiguientes a un secuestro) o incesto, en circunstancias limitadas<sup>343</sup>. Esta excepción suele llamarse *aborto sentimental*, una designación que enfatiza la justificación emotiva, no medica, que se da para el aborto bajo tales circunstancias.

---

<sup>339</sup> *Criminal Code* (Granada) s.d. art. 250.

<sup>340</sup> Código Penal (Perú) de 1991, art. 119, Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, art. 86 (1), Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 266, Código Penal (Costa Rica) actualizado al 2002, art. 121 y Código Orgánico Integral Penal (Ecuador) de 2014, art. 150(1).

<sup>341</sup> Ver, por ejemplo, *Medical Termination of Pregnancy Act* (Barbados) de 1983, art. 4(1)(a), Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/2006, punto resolutivo tercero.

<sup>342</sup> *Medical Termination of Pregnancy Act* (Barbados) de 1983, art. 4(1)(a),(2), Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 266, Código Penal Federal (México) de 1931 actualizado al 2008, art. 333, Código Penal (Brasil) de 1991, art. 128, Código Penal (Panamá) de 2007, art. 144(1), Ley n° 18.987 (Uruguay) de 2012 y Código Integral Penal (Ecuador) de 2014, art. 150 (2) (este último permite el aborto concebido por violación únicamente si la madre padece de discapacidad mental).

<sup>343</sup> Se define como “la destrucción del producto de la concepción por violación” en Panamá, ver Código Penal (Panamá) de 2007, art. 144(1).

Vale la pena notar que el supuesto de aborto no punible del niño concebido por violación ha sido creado por altos tribunales en dos Estados: Argentina y Colombia, a pesar de que dicha función normalmente pertenece al legislativo. El Código Penal de Argentina anteriormente permitía el aborto del concebido por violación únicamente en caso de que la madre fuera una “*mujer idiota o demente*”<sup>344</sup>, una excepción eugenésica que pretendía evitar el nacimiento de niños con discapacidad mental, según los registros del proceso legislativo<sup>345</sup>. Sin embargo, en 2012, la Corte Suprema de Argentina interpretó el Código para permitir el aborto de niños concebidos en violación en cualquier caso, sea la madre discapacitada o no. También dictaminó que no podía requerirse autorización judicial, sino una simple declaración jurada de la mujer indicando ser víctima de violación sexual. El Tribunal reconoció el derecho individual a la objeción de conciencia, pero sugirió que las instituciones no tendrían derecho a oponerse a realizar abortos<sup>346</sup>.

A pesar de que la Corte Suprema Argentina tiene jurisdicción federal, sus decisiones por lo general no tienen efectos *erga omnes*, es decir, que sólo obligan a las partes en una controversia particular<sup>347</sup>. En este caso, donde el caso concernía a la Provincia de Chubut, no obstante, la Corte ordenó que todas las provincias Argentinas emitieran sus propios protocolos y reglamentos permitiendo el aborto de los niños concebidos en violación, y que tanto los tribunales provinciales como federales deberían abstenerse de negar el acceso a dichos abortos, un mandato que fue duramente criticado por juristas

<sup>344</sup> Código Penal (Argentina) actualizado al 2003, art. 86.

<sup>345</sup> FARFÁN (2012) citando el informe de la comisión del Senado sobre las excepciones al aborto.

<sup>346</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *F.A.L. /s medida autosatisfactiva* (2012).

<sup>347</sup> Sobre los efectos no vinculantes de la sentencia de la Corte Suprema Argentina ver “Argentina: Resistencia a aplicar la despenalización del aborto en caso de violación” por Jorge Scala en *Zenit*, disponible en <<http://www.zenit.org/es/articulos/argentina-resistencia-a-aplicar-la-despenalizacion-del-aborto-en-caso-de-violacion>>, fecha consulta: 17 enero 2014. Estudiosos Argentinos sobre la falta de efectos vinculantes de juicio en otras provincias distintas de Chubut, efectos erga omnes sólo para acciones de amparo en “Argentina: Juristas: fallo abortista de la Corte no aplica obligatoriamente”, en *Vida Humana Internacional*, disponible en <<http://vidahumana.org/aborto/consecuencias/testimonios-de-mujeres/item/1707-argentina-juristas-fallo-abortista-de-la-corte-no-aplica-obligatoriamente>>, fecha consulta: 17 enero 2014. Ver también Entrevista con Eugenio Raúl Zafaroni, juez del Tribunal Supremo en *Radio 10*, disponible en <<http://www.radio10.com.ar/>>, de 14 marzo 2012, en la cual el Juez de la Corte Suprema, Eugenio Raúl Zafaroni afirma: “no es obligatoria nuestra jurisprudencia en el resto de los tribunales” en lo que respecta a la decisión F.A.L.

y académicos argentinos<sup>348</sup>. Hasta mayo del 2013, menos de la mitad de todas las Provincias habían aprobado los reglamentos<sup>349</sup>, y algunos tribunales de primera instancia se habían negado a cumplir con la decisión del Tribunal Supremo<sup>350</sup>.

Del mismo modo, la violación solía ser sólo un factor atenuante de responsabilidad penal en Colombia, donde los jueces tenían discreción para suspender las sanciones penales en “*circunstancias extraordinarias*” o reducir las sentencias hasta en tres cuartas partes de la pena establecida para el aborto<sup>351</sup>. En el 2006, la Corte Constitucional de Colombia derogó la disposición del Código Penal (art. 122) sobre circunstancias atenuantes y transformó estas en supuestos de aborto no punible, creando así un supuesto no punible por el aborto del niño concebido en violación<sup>352</sup>.

Donde se encuentra despenalizado, el aborto del concebido por violación no se encuentra legalmente disponible a libre petición de la madre. La Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo de Uruguay, por ejemplo, permite este tipo de aborto únicamente hasta las 14 semanas de gestación<sup>353</sup>. Los países que permiten esta excepción generalmente requieren una denuncia penal y la autorización judicial<sup>354</sup>. La ley de Barbados requiere sólo una

---

<sup>348</sup> Ver PIERO y MARCILESE (2013) y “Análisis del fallo de la Corte Suprema sobre abortos no punibles en Argentina”, en *Centro de Bioética y Familia*, disponible en <<http://centrodebioetica.org/2012/03/analisis-del-fallo-de-la-corte-suprema-sobre-abortos-no-punibles-en-argentina/>>, fecha de consulta: 17 enero 2014.

<sup>349</sup> “Aborto no punible: la mayoría de las provincias no cumple el fallo de la Corte” por Mariana Iglesias en *Clarín.com* disponible en <[http://www.clarin.com/sociedad/mayoria-provincias-cumple-fallo-Corte\\_0\\_881911861.html](http://www.clarin.com/sociedad/mayoria-provincias-cumple-fallo-Corte_0_881911861.html)>, fecha consulta: 17 enero 2014 y “Argentina: Resistencia a aplicar la despenalización del aborto en caso de violación” por Jorge Scala en *Zenit*, disponible en <<http://www.zenit.org/es/articulos/argentina-resistencia-a-aplicar-la-despenalizacion-del-aborto-en-caso-de-violacion>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>350</sup> “Tribunal Argentino bloquea aborto para víctimas de violación”, en *Fox news Latino*, <http://latino.foxnews.com/latino/lifestyle/2012/10/09/argentine-court-blocks-abortion-for-rape-victim/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>351</sup> Código Penal (Colombia) de 2000, art. 124.

<sup>352</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/2006, punto resolutivo tercero.

<sup>353</sup> Ley n° 18.987 (Uruguay) de 2012, art. 6.

<sup>354</sup> Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 266, Ley n° 18.987 (Uruguay) de 2012, art. 6(C). Anteriormente, los jueces recibieron facultad de suspender toda responsabilidad penal por este factor solamente basado en caso por caso. Ver Código Penal (Uruguay) de 1998, art. 328(2) y Código Penal (Panamá) de 2007, art. 144.

“declaración por escrito de la mujer embarazada indicando que ella cree razonablemente que su embarazo fue causado por un acto de violación o incesto”<sup>355</sup>. La decisión de la Corte Constitucional Colombiana también incluye este requisito<sup>356</sup>, a diferencia de la decisión Argentina, en las que sólo se requiere una declaración jurada por la presunta víctima.

#### D) ABORTO EUGENÉSICO

Sólo seis de los 25 Estados partes de la Convención Americana autorizan el aborto eugenésico, es decir, el aborto de niños con grave discapacidad o enfermedad terminal, en circunstancias limitadas<sup>357</sup>.

Los tribunales constitucionales de Colombia y Brasil han creado esta excepción en sus jurisdicciones. La Corte Constitucional de Colombia añadió una excepción por aborto eugenésico al art. 122 del Código Penal que prohíbe el aborto voluntario, eliminando la sanción penal cuando el feto sufre malformaciones grave incompatibles con la viabilidad, siendo esta certificada por un médico<sup>358</sup>. Igualmente, el Tribunal Supremo Federal de Brasil, el más alto Tribunal en asuntos constitucionales<sup>359</sup>, creó esta excepción en 2012, en una sentencia que autorizó el aborto de fetos anencefálicos en territorio brasileño. El Tribunal basó su decisión en la premisa de que la interrupción del embarazo debido a la anencefalia no se considera un aborto ya que los fetos anencefálicos no tienen “la habilidad o la capacidad natural de ser una persona” y, por tanto, no pueden ser víctimas del delito de aborto<sup>360</sup>. La decisión creó jurisprudencia y es vinculante para todos los Estados brasileños<sup>361</sup>.

<sup>355</sup> *Medical Termination of Pregnancy Act* (Barbados) de 1983 art. 4(1)(a),(2).

<sup>356</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/2006, punto resolutivo tercero.

<sup>357</sup> Ley n° 18.987 (Uruguay) de 2012, art. 6 (B). *Medical Termination of Pregnancy Act* (Barbados) de 1983 art. 4(1)(b), Código Penal (Panamá) de 2007, art. 144 y Código Penal Federal (México) de 1931 actualizado al 2008, art. 334.

<sup>358</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/2006.

<sup>359</sup> Ver el Poder Judicial, en Portal Brasil, disponible en <[http://www.brasil.gov.br/sobre/brazil/structure/the-judiciary/br\\_model1?set\\_language=en](http://www.brasil.gov.br/sobre/brazil/structure/the-judiciary/br_model1?set_language=en)>, fecha consulta: 17 enero 2014, indicando que el Tribunal Supremo Federal es el máximo órgano del Poder Judicial y tiene la última palabra en cuestiones constitucionales.

<sup>360</sup> Supremo Tribunal Federal de Brasil, *Inteiro Teor do Acórdão, Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (2012).

<sup>361</sup> Para más información sobre el valor jurídico de las decisiones de la Suprema Corte Federal: Jardim y Garupa (2012).

No hubo consenso sobre el razonamiento de la sentencia; el Tribunal fuertemente dividido produjo casi tantos votos como jueces. El Presidente del Tribunal Supremo, Cezar Peluso, escribió una opinión disidente en la que manifestó su total desacuerdo con el veredicto, y afirmó que el feto anencefálico es un portador de la vida, y el abortarlo, por lo tanto, es conducta prohibida. Caracterizó las apelaciones a la autonomía personal y la libertad individual, como “*nulas*” y discriminatorias contra los fetos con discapacidad y destacó que el Tribunal no tiene autoridad legítima para crear nuevas medidas legales. Del mismo modo, el juez Ricardo Lewandowski expuso su voto disidente en base a argumentos sobre equilibrio de poderes del Estado, indicando que la cuestión debería haber sido decidida por el parlamento (que había rechazado previamente proyectos de ley sobre la anencefalia y aborto) y que el Tribunal excedió su competencia al legislar sobre esta instancia del aborto no punible. También estuvo en desacuerdo con la opinión de la mayoría en sus argumentos sustantivos, indicando que la decisión puede implicar una futura inhabilitación del derecho a la vida de otros niños no nacidos que sufren de malformaciones congénitas graves y anomalías cromosómicas.<sup>362</sup> El voto concurrente del juez Gilmar Mendes expuso acuerdo con la mayoría, pero admitió que la interrupción del embarazo del feto anencefálico es, en efecto, un aborto.<sup>363</sup>

#### E) LEGALIZACIÓN DEL ABORTO DURANTE EL PRIMER TRIMESTRE

Uruguay es el único Estado en América Latina y el Caribe que ha legalizado el aborto durante primer trimestre. En Octubre de 2012, los legisladores uruguayos adoptaron, por una votación estrecha, la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (n° 18.987), que legalizó el aborto voluntario durante el primer trimestre del embarazo. Proyectos legislativos más radicales fueron rechazados en años previos, sobre todo en 2008, cuando el entonces presidente Tabaré Vázquez, un socialista y ex obstetra, vetó la legislación, invocando el art. 4(1) de la CADH.<sup>364</sup>

---

<sup>362</sup> Supremo Tribunal Federal de Brasil, *Inteiro Teor do Acórdão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (2012) pp. 375-415.

<sup>363</sup> *Ídem.*, pp. 267-270.

<sup>364</sup> “Uruguay’s President Tabare Vazquez resigns from Socialist party over abortion vote”, [El Presidente de Uruguay, Tabaré Vázquez, renuncia al Partido Socialista sobre votación del aborto] por Jeremy McDermott en *The Telegraph*, disponible en <<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/southamerica/uruguay/3568036/Uruguays-President-Tabare-Vazquez-resigns-from-Socialist-party-over-abortion-vote.html>>, fecha consulta: 17 enero 2014. Ver Comunicación de la Presidencia de la República Oriental del Uruguay al Presidente de la Asamblea General, 14 noviembre 2008, disponible en <[62](http://www.pre-</a></p></div><div data-bbox=)

La Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo elimina, en su art. 3°, las sanciones penales para cualquier aborto que se produzca durante las primeras 12 semanas de embarazo, y establece una serie de requisitos para dichos abortos, en ausencia de los cuales el procedimiento sería ilegal. Los requisitos incluyen a) que la consulta o evaluación médica sean llevadas a cabo en un hospital público o una institución afiliada del gobierno; b) que la mujer informe al médico sobre las razones por las que desea interrumpir el embarazo (con fines de recolección de estadísticas); c) que un comité interdisciplinario de tres miembros asesore a la mujer que busca el aborto; d) un período de espera de cinco días, y e) que la mujer ratifique su decisión de abortar al firmar documentos de consentimiento informado. La Ley permite, en su art. 6°, abortos más allá de las 12 semanas de gestación únicamente en circunstancias de grave riesgo para la salud o la vida de la madre, malformación fetal o violación sexual.

La legislatura uruguaya incluyó varias restricciones sobre los abortos durante el primer trimestre en la Ley, estableciendo requisitos de ciudadanía y residencia para las mujeres que solicitan abortos, así como la prohibición de utilidad económica por abortos en el sistema público de salud u hospitales afiliados (arts. 9 y 13). Además, la Ley establece que los abortos en el primer trimestre no se utilizarán como medio de control de la natalidad (art. 1°). Por otra parte, la Ley permite la objeción de conciencia de los médicos o el personal de salud, que requiere un mínimo de formalidades y se caracteriza por ser portátil, es decir, aplicable a todas las instituciones de salud donde trabaja el objetor, si bien aplican excepciones en circunstancias de grave riesgo para la vida o la salud de la madre (art. 11°). La objeción de conciencia institucional se limita a las instituciones sanitarias cuyas objeciones existían antes que la ley entrase en vigor, y que han previsto un mecanismo de remisión de conformidad con las regulaciones del Ministerio de Salud (art. 10°).

El aborto provocado durante el primer trimestre del embarazo también es legal en la Ciudad de México (Distrito Federal). En el 2007, la Asamblea Legislativa de la Ciudad modificó el Código Penal del Distrito y la Ley de Salud, redefiniendo el aborto como la interrupción del embarazo después de las 12

---

sidencia.gub.uy/\_Web/proyectos/2008/11/s511\_\_00001.PDF>, fecha consulta: 5 febrero 2011, citado en nota 39 de *Brief of Amici Curiae Alliance Defense Fund, Centre for Legal Studies AT C-FAM & Americans United for Life*, presentado en el caso n° 12.361, Gretel Artavia Murillo et. al. (in vitro fertilization) ante la Corte IDH, disponible en <<http://www.adfmedia.org/files/ivf-costaricaamicus-english.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

semanas de gestación<sup>365</sup>, a diferencia de casi todos los Estados de la República, que definen el aborto como la muerte de un niño por nacer desde la concepción durante el embarazo<sup>366</sup>, incluso antes de la implantación en el útero materno (en el estado de Chiapas)<sup>367</sup>. La ley del Distrito Federal continúa penalizando los abortos de segundo y tercer trimestre que no impliquen riesgos para la salud, donde no haya violación o discapacidad del niño por nacer<sup>368</sup>.

---

<sup>365</sup> Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal (México) de 2007.

<sup>366</sup> En México: Código Civil del Estado de Aguascalientes de 1947, art. 101, Código Penal del Estado de Baja California de 1989, art. 132, Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur de 2005, art. 249, Código Penal del Estado de Campeche de 2002, art. 294, Código Penal del Estado de Chihuahua de 2006, art. 143, Código Penal del Estado de Coahuila de 1999, art. 357, Código Penal del Estado de Colima de 1985, art. 187, Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango de 2009, art. 148, Código Penal del Estado de México de 2000, art. 248, Código Penal del Estado de Guanajuato de 2001, art. 158, Código Penal del Estado de Guerrero de 1986 actualizado al 2014, art. 116, Código Penal del Estado de Hidalgo de 1990 actualizado al 2013, art. 154, Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco de 1982 actualizado al 2014, art. 227, Código Penal del Estado de Michoacán de 1980 actualizado al 2014, art. 285, Código Penal para el Estado de Morelos de 1996, art. 115, Código Penal para el Estado de Nayarit de 1986 actualizado al 2013, art. 335, Código Penal para el Estado de Nuevo León de 1990 actualizado al 2014, art. 327, Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca de 1980 actualizado al 2013, art. 312, Código Penal del Estado Libre y Soberano de Puebla de 1986 actualizado al 2012, art. 339, Código Civil del Estado de Querétaro de 2009, art. 136, Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo de 1991 actualizado al 2013, art. 92, Código Penal del Estado de San Luis Potosí de 2000 actualizado al 2013, art. 128, Código Penal para el Estado de Sinaloa de 1992 actualizado al 2013, art. 154, Código Penal para el Estado de Sonora de 1994, art. 265, Código Penal para el Estado de Tabasco de 1997, art. 130, Código Penal para el Estado de Tamaulipas de 1986 actualizado al 2014, art. 356, Código Penal para el Estado de Yucatán de 2000, art. 389 y Código Penal para el Estado de Zacatecas de 2014, art. 310.

<sup>367</sup> Código Penal del Estado de Chiapas (México) de 2007, art. 178.

<sup>368</sup> El Distrito Federal había adoptado previamente una ley que creó varias excepciones para el aborto en la Ciudad de México (excepción por situación de riesgo a la salud de la madre, por el aborto de los concebidos en violación, el aborto eugenésico, el error en inseminación artificial), acuñó la Ley Robles por su autor, entonces Gobernador de Ciudad de México Rosario Robles Berlanga. Ver Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal (México), de 2007.

La ley fue impugnada por el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Procurador General de la República, en Mayo de 2007 ante la Corte Suprema Federal<sup>369</sup>. En el 2009, la Corte Suprema sostuvo la reforma legislativa en una decisión dividida, con tantas opiniones disidentes como jueces. La opinión minoritaria discrepó sobre la base de la protección constitucional vigente del niño por nacer<sup>370</sup>. Hubo entre dichos jueces un importante consenso sobre la idea de que la legalización del aborto sigue siendo una cuestión de soberanía en el Estado de México, como se indica en las reservas del Estado de México a la CADH en este sentido<sup>371</sup>.

En reacción a la sentencia, por lo menos 16 Estados mexicanos aprobaron enmiendas a sus constituciones, reconociendo el derecho a la vida desde la concepción<sup>372</sup>, muchos de los cuales expresaron concretamente su rechazo a la decisión del Tribunal Supremo federal en sus decretos legislativos<sup>373</sup>.

#### F) PROMOCIÓN DE LA CREACIÓN DE UN DERECHO AL ABORTO EN COLOMBIA

El apoyo para la creación de un derecho al aborto<sup>374</sup> al nivel nacional ha sido casi inexistente en la región. La mayoría de tribunales nacionales de América Latina y del Caribe no han querido crear o reconocer un presunto derechos al aborto en su jurisprudencia. Aun las opiniones judiciales más liberales sobre aborto, tales como la sentencia del Presidente de la Corte

<sup>369</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (México): Acción de inconstitucionalidad n° 146/2007 y su acumulada n° 147/2007 (2008) p. 98.

<sup>370</sup> *Ídem.*, pp. 1-235.

<sup>371</sup> *Ídem.*, pp. 175-174.

<sup>372</sup> "Abortion rights in Mexico: steps forward and back" [El derecho al aborto en México: pasos hacia adelante y hacia atrás] en *The Economist*, disponible en <<http://www.economist.com/blogs/americasview/2011/09/abortion-rights-mexico>>, fecha de consulta: 17 enero 2014.

<sup>373</sup> Ver por ejemplo, "Exposición de motivos; reforma y adición al art. 7, fracción xi, de la Const. Política del Estado de Nayarit (México) de 2013, y cómputo y declaratoria de aprobación de la reforma" (2009) pp. 2 y 3, disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/NAYARIT/Decretos/DECNAY50.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>374</sup> Por un "derecho al aborto", este documento alude al supuesto derecho humano de la mujer a abortar a su hijo, que implicaría supuestas obligaciones del Estado de facilitar el acceso a dicha práctica, subsidiarla y protegerla como un derecho humano. Vea las ilustraciones de la defensa del derecho al aborto en Gerson (2005) p. 753, Margolin (2008) p. 77, Zampas y Gher (2008) p. 249, Finney (2010) p. 389.

Suprema mexicana Guillermo Ortiz Mayagoitia en 2008<sup>375</sup>, se han negado a reconocer la existencia de un derecho al aborto, a pesar de que así se les ha solicitado.

Colombia es la única jurisdicción nacional en la que algunos jueces del Tribunal Constitucional han abogado por la creación de un derecho al aborto en una serie de sentencias de cumplimiento (*sentencias de tutela*) del Tribunal Constitucional, cuyo peso legal es cuestionable.

Antes del juicio C-355 en 2006, que creó múltiples excepciones al aborto criminal, la Corte Constitucional de Colombia había mantenido la prohibición de aborto en cuatro decisiones anteriores<sup>376</sup>. También había reconocido el derecho a la vida desde el momento de la concepción, la personalidad jurídica del niño no nacido como sujeto de los derechos humanos y el derecho del *nasciturus* a la protección constitucional en “amparo” (recurso constitucional) en ocho decisiones anteriores<sup>377</sup>.

Con una nueva composición en el año 2006, no obstante, la Corte Constitucional de Colombia se apartó de su jurisprudencia anterior y de pronto expandió art. 122 del Código Penal sobre el aborto inducido mediante la creación de varias excepciones al aborto criminal (la vida, la salud de la madre, el aborto eugenésico, el aborto del concebido por violación o incesto y del concebido por error en fecundación *in vitro*)<sup>378</sup>. Sin embargo, la decisión de la Corte Constitucional C-355 afirmó que el Estado tiene el deber de proteger la vida en gestación, ya que la vida es un derecho fundamental de acuerdo con la Const. y que puede optar por hacerlo a través de la vía penal<sup>379</sup>. Los jueces disidentes Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, así como respetados comentaristas, criticaron duramente el activismo judicial de la corte y su apoyo para el aborto por motivos políticos en esta decisión<sup>380</sup>.

---

<sup>375</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Acción de inconstitucionalidad n° 146/2007 y su acumulada n° 147/2007 (2008).

<sup>376</sup> Sentencias C-133/1994, C-013/1997, C-591/1997 y C-647/2001 de la Corte Constitucional colombiana citado en Herrera y Mora (2012).

<sup>377</sup> Sentencias T-223/1998, T-373/1998 y T-063/2004, T-501/2004, T-872/2004, T-128/2005, T-639/2005, T-727/2005 citadas en el Informe de Vigilancia a la Sentencia C-355 de 2006, de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, D.C., 15 agosto 2010, p. 6, disponible en <<http://www.Procuraduría.gov.co/>>, fecha consulta: 13 enero 2014.

<sup>378</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/2006, punto resolutivo tercero.

<sup>379</sup> *Ídem.*, pár. 9.

<sup>380</sup> *Ídem.*, votos disidentes, y “Experto desenmascara estrategia del lobby del aborto en Colombia”, *Aci Prensa*, 27 septiembre 2012, disponible en <<http://www.aciprensa.com/>>

Posteriormente, algunos miembros de la Corte Constitucional, en particular, Humberto Sierra Porto, ahora un juez en la Corte IDH, amplió el ámbito de aplicación de C-355 en una serie de sentencias de tutela que, entre otros, se refirieron al aborto como un “*derecho fundamental*” y restringieron los derechos de conciencia de médicos e instituciones de salud, en particular los de las instituciones religiosas que moralmente se oponen a la realización de abortos<sup>381</sup>.

El valor legal de las sentencias de tutela para propósitos de interpretación de la Constitución colombiana es muy discutible, ya que, según algunas leyes nacionales, las *sentencias de tutela* no tienen efectos *erga omnes* ni crean jurisprudencia a menos que sean ratificadas por el Tribunal Constitucional en pleno<sup>382</sup>.

### G) ABORTOS EN NIÑAS EMBARAZADAS Y MUJERES CON DISCAPACIDAD

Algunas Estados partes prohíben el aborto provocado en niñas embarazadas y mujeres con discapacidad. Por ejemplo, todos los abortos en las niñas embarazadas menores de 16 años en Bolivia<sup>383</sup>, y de 14 años de edad en Brasil<sup>384</sup>, se consideran abortos forzados. Estas disposiciones también pueden aplicarse a los abortos en las mujeres con discapacidad mental<sup>385</sup>. Los padres que facilitan el aborto provocado de sus hijas pueden obtener penas agravadas en El Salvador, aunque no sean menores de edad<sup>386</sup>.

---

noticias/experto-desenmascara-estrategia-del-lobby-del-aborto-en-colombia-76130/#.Ub9oe2zD8dU>, fecha consulta: 17 de abril 2014 y Mora (2009).

<sup>381</sup> Sentencias T-388/2009, T-585/2010, T-636/2011, T-841/2011 y T-627/2012 en Informe de Vigilancia a la Implementación de la Sentencia C-355 de 2006, de la Procuraduría Delegada para la defensa de los derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, Bogotá, D.C., diciembre 2012, disponible en <<http://www.Procuraduría.gov.co/portal/media/file/II%20Informe%20de%20Vigilancia%20Superior%20de%20la%20Implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Sentencia%20C-355%20de%202006.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>382</sup> Ley n° 270 (Colombia) de 1996, art. 48 (2), establece que las sentencias de tutela tiene efectos vinculantes para las partes únicamente y Decreto N° 2591 de 1991. Véase el comentario sobre la resistencia de la Corte a la primera disposición, en López (2006).

<sup>383</sup> Código Penal (Bolivia) de 1972 actualizado al 2010, art. 263.

<sup>384</sup> Código Penal (Brasil) de 1991, art. 126.

<sup>385</sup> Ver por ejemplo, Código Penal (Brasil) de 1991, art. 126, Código Penal (Uruguay) de 1998, art. 327.

<sup>386</sup> Código Penal (El Salvador) de 1997, art. 136.

Aun en aquellos Estados que permiten abortos no punibles por violación o estupro de una niña o mujer con discapacidad mental, generalmente se requiere el consentimiento de los padres o el consentimiento de un representante legal<sup>387</sup>, con excepción de Colombia, donde la Corte Constitucional estableció que las niñas de 14 años pueden dar su consentimiento informado sin autorización de los padres<sup>388</sup>. Por otro lado, la ley de aborto en Uruguay requiere el consentimiento y la autorización judicial de un tutor para abortos en mujeres con discapacidad mental<sup>389</sup>.

#### H) REGULACIÓN DE CENTROS DE ABORTO, CONSEJERÍAS Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

Los países con el mayor número de supuestos de aborto no punible, es decir Barbados, Colombia y Uruguay, regulan las prácticas de aborto, requieren el consentimiento informado y orientación de las mujeres embarazadas que consideran un aborto.

La Ley de Barbados sobre interrupción del embarazo provee la supervisión de las instalaciones de las clínicas de aborto al establecer que “*el Director General de Salud u otra persona autorizada por él por escrito, podrán en todo momento oportuno acceder a los locales con el fin de determinar si se han producido alguna contravención de esta Ley o de los reglamentos*”<sup>390</sup>. Las Regulaciones Médicas de la Terminación del Embarazo de 1983 de Barbados disponen que cualquier médico que realiza abortos “*debe estar familiarizado con las funciones de asesoramiento, con especial referencia a la educación de la vida familiar y el parto*”<sup>391</sup>. Específicamente, un médico que realiza abortos debe aconsejar a la mujer que solicita el aborto, o asegurarse de que la mujer ha sido asesorada por una persona autorizada por el Ministro, antes de realizar cualquier aborto<sup>392</sup>. Un consejero deberá informar a la mujer sobre las alternativas al aborto, como la adopción u hogares de guarda, los posibles efectos inmediatos y de largo-plazo del aborto, sobre los métodos anticonceptivos y la disponibilidad de servicios de planificación familiar<sup>393</sup>. La ley también

---

<sup>387</sup> Ver por ejemplo, *Medical Termination of Pregnancy Act* (Barbados) de 1983 art. 8(2), Código Penal (Brasil) de 1991, art. 128, Código Penal (Ecuador) de 1971, art. 447 (2), Ley n° 18.987 (Uruguay) de 2012, art. 7.

<sup>388</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/2006, punto resolutivo cuarto. Ver Código Penal (Colombia) de 2000, art. 123.

<sup>389</sup> Ley n° 18.987 (Uruguay) de 2012, art. 8.

<sup>390</sup> *Medical Termination of Pregnancy Act* (Barbados) de 1983 art. 13.

<sup>391</sup> *Ídem.* art. 4.

<sup>392</sup> *Ídem.* art. 4 (2).

<sup>393</sup> *Ídem.* art. 3.

faculta al Ministro para establecer requisitos de residencia en las mujeres que buscan abortos<sup>394</sup>, probablemente con el fin de evitar el turismo de aborto o la evasión de leyes extranjeras que sean más restrictivas sobre el aborto. Los practicantes de abortos que violan regulaciones sobre consentimiento informado o consentimiento de los padres, o realizan abortos tardíos fuera de los hospitales pueden estar sujetos a penas de prisión y multas<sup>395</sup>.

La Oficina de la Procuraduría General de la Republica de Colombia ha emitido directrices para la aplicación de la decisión de la Corte Constitucional C-355 sobre el consentimiento informado<sup>396</sup>. De acuerdo con las directrices, a una mujer solicitando un aborto se le debe dar información sobre los riesgos del aborto en comparación con el parto; se le debe dar consejería animándola a llevar su embarazo a término e indicando alternativas al aborto, como el tratamiento médico o la adopción; también se le debe ofrecer imágenes de ultrasonido de su hijo(a) por nacer<sup>397</sup>.

Además, la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo de Uruguay, manda el asesoramiento de cada mujer o adolescente que solicita un aborto y exige a los médicos a remitir a las mujeres a un comité de tres miembros, integrada por un ginecólogo, un trabajador social y un profesional de salud mental. El comité está obligado por ley a informar a la mujer sobre los riesgos potenciales del procedimiento de aborto y las alternativas al aborto, incluyendo la adopción y los programas gubernamentales de bienestar social que pueden ayudar a aliviar la pobreza de la madre<sup>398</sup>. También se requiere que el comité se asegure que la mujer que considera el aborto no esté siendo coaccionada o presionada por terceros, que se le facilite información sobre los métodos de planificación familiar e incluso que se entreviste al padre del niño por nacer, si ella diera su consentimiento<sup>399</sup>. De acuerdo con la Ley, el

<sup>394</sup> *Ídem.* art. 12(b).

<sup>395</sup> *Medical Termination of Pregnancy Act* (Barbados) de 1983 arts. 8, 9, 14.

<sup>396</sup> Informe de Vigilancia a la Sentencia C-355 de 2006, de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, D.C., 15 agosto 2010, p. 188, disponible en <<http://www.Procuraduría.gov.co/>>, fecha consulta: 13 enero 2014.

<sup>397</sup> *Ibidem.* Informe de Vigilancia a la Implementación de la Sentencia C-355 de 2006, de la Procuraduría Delegada para la defensa de los derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, Bogotá, D.C., diciembre 2012, pp. 125 y 126, disponible en <<http://www.Procuraduría.gov.co/portal/media/file/11%20Informe%20de%20Vigilancia%20Superior%20de%20la%20Implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Sentencia%20C-355%20de%202006.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>398</sup> Ley n° 18.987 (Uruguay) de 2012, art. 3.

<sup>399</sup> *Ídem.* art. 4.

asesoramiento debe tener como objetivo ayudar a una mujer a superar la situación que la llevó a elegir el aborto, y garantizar que ella tome una decisión informada. Un período de espera de cinco días debe transcurrir antes de que una mujer pueda firmar documentos de consentimiento informado y se someta a un aborto<sup>400</sup>.

I) PROHIBICIÓN TOTAL DEL ABORTO PROVOCADO

Siete países de Latinoamérica y el Caribe han prohibido totalmente el aborto voluntario, es decir, han adoptado leyes penales que prohíben el aborto voluntario bajo cualquier circunstancia, sin excepciones, después de su correspondiente firma o ratificación de la CADH: Chile, República Dominicana, El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua y Surinam<sup>401</sup>. La mayoría de estos países también tienen constituciones nacionales que reconocen explícitamente y protegen el derecho del niño por nacer a la vida desde la concepción).

Los Códigos Penales de Haití<sup>402</sup>, República Dominicana<sup>403</sup> y Surinam<sup>404</sup> prohíben el aborto bajo cualquier circunstancia. Las leyes penales de Trinidad

---

<sup>400</sup> Ídem. art. 3.

<sup>401</sup> Código Penal (Chile) de 1974 actualizado al 2011, arts. 342 al 345, Código Penal (República Dominicana) de 2007, art. 317, Código Penal (El Salvador) de 1997, arts. 133-141, *Code Pènal* (Haití) de 1985, arts. 262 y 263, Código Penal (Honduras) de 1985, arts. 126 a 132 y Código Penal (Nicaragua) de 2007, arts. 143 al 149.

<sup>402</sup> *Code Pènal* (Haití) de 1985, arts. 262 y 263. Véase también *Com. on the Elimination of Discrimination against Women* [Com. para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer], *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Combined initial, second, third, fourth, fifth, sixth and seventh periodic reports of States parties: Haiti* [Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 18 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Informes periódicos inicial, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo de los Estados partes: Haití] pár. 89, Doc. De la ONU CEDAW/C/HTI/7, 9 julio 2008, disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/416/24/PDF/N0841624.pdf?OpenElement>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>403</sup> Código Penal (República Dominicana) de 2007, art. 317.

<sup>404</sup> *Com. on the Elimination of Discrimination against Women* [Com. para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer], *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Third Periodic Reports of States Parties: Suriname* [Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 18 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, tercer informe periódico]

y Tobago, y las leyes de Jamaica, no contemplan excepciones para el delito de aborto<sup>405</sup>. Sin embargo, sus correspondientes ministerios de salud han creado temporalmente excepciones no punibles a la delincuencia a través de políticas ejecutivas o protocolos de salud (situación de peligro a la vida de la madre en Trinidad y Tobago y situación de peligro a la salud de la madre y aborto del concebido por violación en Jamaica), de acuerdo con informes oficiales del Estado ante el Comité CEDAW<sup>406</sup>. El Parlamento de Jamaica ha sido presionado a legalizar el aborto en varias ocasiones por su Grupo Asesor de Política de Aborto (de la cual la jueza de la Corte Interamericana Margarette Macauley fue, por cierto, miembro<sup>407</sup>), pero la legislatura aún no ha creado excepciones a la prohibición total del aborto<sup>408</sup>.

---

dico de los Estados Partes: Suriname] pár. 48, Doc. de la ONU. CEDAW/C/SUR/3, 9 junio 2005, citando los artículos 309, 355 a 358 del Código Penal, disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/391/68/PDF/N0539168.pdf?OpenElement>>, fecha consulta: 17 enero 2014. )

<sup>405</sup> *Offences Against the Person Act* (Jamaica) arts. 72 y 73, *Offences against the Person Act* (Trinidad y Tobago) de 1925 arts. 56 y 57.

<sup>406</sup> Ver *Com. on the Elimination of Discrimination against Women* [Com. para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer]: *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Initial Report of States Parties: Trinidad and Tobago* [Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 18 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Informe inicial de los Estados Parte: Trinidad y Tobago] párs. 351-354, Doc. De la ONU CEDAW/C/TTO/1-3, 6 febrero 2001, disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/249/01/IMG/N0124901.pdf?OpenElement>>, fecha consulta: 17 enero 2014; *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Fifth Periodic Report of States Parties: Jamaica* [Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 18 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el quinto informe periódico de los Estados Partes: Jamaica], pár. 267, Doc. ONU CEDAW/C/JAM/5, 18 febrero 2004, disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/391/68/PDF/N0539168.pdf?OpenElement>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>407</sup> Ver Antecedentes, Actividades y Experiencia de la Juez Margarette May Macauley en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/MMM.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>408</sup> Ver *Com. on the Elimination of Discrimination against Women* [Com. para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer], *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Combined sixth and seventh periodic report of States parties: Jamaica* [Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 18 de la

Las legislaturas de Chile, República Dominicana, El Salvador y Nicaragua eliminaron todos sus supuestos de aborto no punible entre 1997 y 2006. El antiguo Código Penal de El Salvador establecía excepciones por situación de peligro a la vida de la madre, aborto del concebido por violación y aborto eugenésico, que fueron derogadas en la reforma del Código en 1997<sup>409</sup>. Chile derogó la disposición de aborto terapéutico en 1989 y lo reemplazó con el art. 119 del Código de Salud, que establece que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”<sup>410</sup>, permitiendo así sólo aquellas intervenciones médicas cuyo fin sea tratar la condición de la madre, no acabar con la vida del feto. Varias iniciativas para permitir el aborto en ciertas circunstancias se han rechazado desde entonces<sup>411</sup>. En Nicaragua, el art. 165 del Código Penal fue abolido por el Congreso Nacional en octubre de 2006; la norma, que data desde 1893, permitía el llamado “aborto terapéutico” (caracterizado como el aborto en situación de peligro para la vida de la madre, que se decidiría por tres médicos y el marido de la mujer o un familiar cercano)<sup>412</sup>.

En el 1985, la Asamblea Legislativa de Honduras rechazó las excepciones de aborto no punible aprobadas previamente en las reformas al Código Penal, prohibiendo así todos los supuestos de aborto voluntario. Las disposiciones derogadas del Código Penal de 1983, arts. 130 y 131, permitían el aborto de los concebidos por violación, cuando la madre estuviere mentalmente

---

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, combinados sexto y séptimo informe periódico de los Estados Partes: Jamaica], pág. 281, Doc. ONU CEDAW/C/JAM/6-7, 7 enero 2011, afirmando que el “Aborto no es legal en Jamaica”, pero los debates parlamentarios se lleva a cabo a la luz de las recomendaciones del Grupo Asesor de Políticas de Aborto, disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/203/02/PDF/N1120302.pdf?OpenElement>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

<sup>409</sup> *Abortion Policies, a Global Review* [Políticas de Aborto, una Revisión Global] por Naciones Unidas, disponible en <<http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>>, fecha consulta: 14 enero 2014.

<sup>410</sup> Ley n° 19.927 (Chile) de 2004 citado en Código Penal en su art. 342, art. 1(4), Código Sanitario (Chile) s.d., art. 119.

<sup>411</sup> Ver, por ejemplo, noticia sobre el rechazo del intento de crear una excepción: “vida de la madre”: “Triunfo pro-vida en Chile: Rechazan aborto terapéutico”, *Ací Prensa*, 9 abril 2012, disponible en <<http://www.aciprensa.com/noticias/triunfo-pro-vida-en-chile-rechazan-aborto-terapeutico/#.UZpiiGzD8dU>>, fecha consulta: 17 enero 2014 y “Chile: Senate Defeats Pro-Abortion Bills” en *Parliamentary Network E-News*, mayo 2012, disponible en <<http://www.pncius.org/newsletter.aspx?id=59>>, fecha consulta. 17 enero 2014.

<sup>412</sup> Ley n° 603, de 2006.

incapacitada o fuera menor de 15 años de edad. También permitía el aborto en situación de riesgo para la vida de la madre y el aborto eugenésico, es decir, el aborto que tiene como objetivo de “*impedir el nacimiento de un ser potencialmente defectuoso*”<sup>413</sup>. Sin embargo, estos art.s fueron declarados inconstitucionales (violatorios del derecho constitucional a la vida) y fueron derogadas por el Congreso Nacional antes de que entraran en vigor en 1985, durante un período de *vacatio legis*<sup>414</sup>.

## CONCLUSIONES

América Latina enfrenta ahora grandes desafíos en la protección del nacido. Estas presiones se ejercen sobre un sistema jurídico tradicional que en general sigue garantizando en sus Constituciones y leyes el derecho a la vida desde la concepción. Y provienen sobre todo de procedimientos *ad hoc* como sentencias judiciales de tribunales nacionales e internacionales, y recomendaciones de organismos internacionales que, con enorme agilidad, utilizan los más modernos medios de comunicación para potenciar argumentos cambiantes tomados de ideologías hegemónicas en determinados círculos, pero ajenos a la idiosincrasia de la población latinoamericana. La exaltación de un modelo antropológico radicalmente individualista, la difusión de un imperativo biotecnológico deshumanizante, junto con la tendencia a desfigurar los contornos propios de la familia, supone la necesidad de rescatar a los niños como los verdaderos implicados en este proceso, desde un planteo que busque proponer el mejor derecho posible para ellos.

La mayoría de los Estados Partes han incorporado el reconocimiento de la CADH sobre el derecho a la vida de toda persona desde el momento de la concepción (art. 4(1)), así como los derechos prenatales, en sus ordenamientos jurídicos nacionales. Al menos ocho Estados de Latinoamérica y el Caribe han adoptado disposiciones constitucionales explícitas, reconociendo y protegiendo el derecho a la vida desde la concepción, frecuentemente usando el lenguaje misma de la CADH, que reconoce la humanidad del feto. Por el contrario, ninguna Const. nacional de la región reconoce un supuesto derecho de la mujer a terminar la vida de su hijo por nacer a través del aborto.

La mayoría de países del Caribe y América Latina han reconocido la humanidad y la personalidad jurídica del niño por nacer en sus leyes nacionales, las que otorgan al niño por nacer la mayor parte de los mismos derechos concedidos al niño nacido, un indicador importante de la interpretación que

<sup>413</sup> Código Penal (Honduras) de 1985, arts. 130 y 131.

<sup>414</sup> Decreto N° 13-85 (Honduras) de 1985.

los Estados han dado a los términos *persona* y *niño* en los art.s 4(1) y 19 de la CADH. Muchos Códigos de la Niñez en Latinoamérica y el Caribe incluyen explícitamente al niño no nacidos en su definición de *niño* y varias constituciones latinoamericanas y leyes codifican el principio *in dubio pro nasciturus* a favor del niño por nacer.

La mayoría de los países del Caribe y América Latina han reconocido derechos económicos y sociales del no nacido, como su derecho a la salud, la supervivencia y el desarrollo en los códigos de niñez, códigos de familia, los códigos de salud y en las constituciones nacionales. El derecho a la salud prenatal, en particular, ha sido contemplado no sólo como un derecho que pertenece a la madre, sino a los niños no nacidos, en igualdad de protección.

Además, la mayoría de los países de América Latina y del Caribe han reconocido una relación legal de filiación entre los padres y el hijo no nacido, que implica el derecho de los padres de establecer la paternidad sobre el niño por nacer y el deber de pagar pensión alimenticia prenatal o manutención. Además, la mayoría de Estados latinoamericanos y caribeños autorizan el nombramiento de un representante legal, tutor, o *curador ad litem* para el niño por nacer en procedimientos administrativos o judiciales relativos a bienes o derechos de herencia.

La mayoría de los códigos civiles de la región establecen que el no nacido tiene derecho a la protección jurídica aun cuando no goce de capacidad legal o personalidad jurídica a efectos del derecho civil<sup>415</sup>. El derecho de los niños no nacidos a los derechos de propiedad y sucesión suele ser condicionado al nacimiento con vida. Sin embargo, los Códigos Civiles latinoamericanos y caribeños contemplan, en principio, un derecho del no nacido a la propiedad y sucesión, así como otros beneficios. Algunos códigos permiten al Poder Judicial aplicar las medidas necesarias para proteger la vida del no nacido cuando esta peligré.

Un análisis de las prácticas por los Estados de América Latina y del Caribe tras la adopción y ratificación de la CADH revela que la gran mayoría de Estados partes han entendido que la CADH protege la vida del no nacido y prohíbe el aborto. El hecho de que el aborto es universalmente categorizado como una práctica criminal en los Estados partes de la Convención Americana, como una violación del derecho a la vida y la integridad personal del niño por nacer en los códigos penales de la región es un indicador fiable

---

<sup>415</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros, "fecundación in vitro" vs. Costa Rica* (2012, Ser. C n° 257).

de una interpretación de la Convención que prohíbe el aborto. En la gran mayoría de los Estados aplican sanciones penales y civiles para las diferentes formas de aborto, incluyendo el aborto forzado, aborto preterintencional y lesiones fetales. Algunos Estados prohíben el uso, distribución, o venta de sustancias abortivas, incluyendo la anticoncepción de emergencia, que los más altos tribunales de cinco países de América Latina han encontrado como violatorios del derecho a la vida del embrión humano, invocándose la CADH en la mayoría de estos fallos.

El aborto voluntario es penado consistentemente por la ley en América Latina y el Caribe. Las madres que intencionalmente abortan a sus hijos pueden estar sujetas a penas de prisión. Sin embargo, la mayoría de las jurisdicciones establecen circunstancias atenuantes que pueden reducir las penas de prisión, como la motivación *honoris causa*, la violación, la condición de salud física o mental de la madre, la discapacidad del niño por nacer y la pobreza de los padres, entre otros. Las personas que practican abortos o facilitan un aborto también pueden ser objeto de sanciones civiles y/o profesionales. Prácticamente todas las jurisdicciones proporcionan penas agravadas para los que practican el aborto cuando este resulta en la muerte o graves lesiones en la madre.

Los supuestos de aborto no punible son limitados e inconsistentes en los Estados partes de la CADH. Las excepciones de aborto no punible existen sólo en circunstancias limitadas, sobre todo cuando la vida de la madre está en peligro. No existe un consenso regional con respecto a otras situaciones como la situación de riesgo a la salud de la madre, violación, incesto o discapacidad del no nacido. Los abortos no punibles por lo general requieren prueba de que no hay otro medio para evitar daños a la vida o la salud de la madre, que el aborto es una medida de último recurso y que la violación sexual ha sido reportada a la policía. Pueden igualmente requerir autorización judicial, opinión médica u opiniones de un comité de ética.

Después de la firma y ratificación de la CADH, por lo menos siete países de América Latina y el Caribe han adoptado prohibiciones totales de aborto, es decir, las normas penales que prohíben el aborto bajo cualquier circunstancia, a través de sus asambleas legislativas. Por otra parte, algunas jurisdicciones latinoamericanas han prohibido todos los abortos en niñas embarazadas.

La expansión de los abortos no punibles en la región ha sido irregular, parcial y a menudo promovida por el Poder Judicial, en lugar de los procesos democráticos. Algunos tribunales de América Latina han desempeñado una peculiar función cuasi legislativa en la creación de excepciones no punibles al aborto. tribunales constitucionales y de última instancia han sido

responsables de la creación de una excepción por aborto eugenésico en Brasil, el supuesto de aborto no punible por el aborto de niños concebidos por violación en Argentina, la creación de múltiples excepciones penales por aborto en Colombia y la legalización de cualquier aborto durante el primer trimestre de embarazo en el Distrito Federal de México.

Ningún Estado latinoamericano o del Caribe ha reconocido hasta ahora un derecho fundamental o derecho humano a abortar, que el Estado deba proteger o subsidiar. Aun Barbados, Colombia y Uruguay, los Estados con mayor número de supuestos de aborto no punible, han establecido una variedad de requisitos legales para dichos supuestos, en ausencia de los cuales el procedimiento sería ilegal. Ningún estado de América Latina o del Caribe permiten el aborto a libre petición de la madre u ordena el subsidio público de abortos.

El reconocimiento constante de los derechos prenatales, en particular el derecho a la vida desde la concepción, en toda América Latina y el Caribe posteriormente a la ratificación de la CADH, indica que estos Estados han interpretado la protección de la CADH sobre el derecho a la vida desde la concepción de un manera no restrictiva, que no sólo es incompatible con la creación de un derecho al aborto, sino también incluye obligaciones positivas del Estado de garantizar el derecho a la vida prenatal, la salud y al desarrollo de todos los niños no nacidos a través de las leyes y políticas públicas.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANZOÁTEGUI, Javier (2012): "Muerte de una persona inocente", *Revista Jurídica la Ley* n° 245.

CÁCERES, Carlos y CHÁVEZ, Viviana (2012): "Paraguay", FARFÁN BERTRÁN, M. Laura, SAUNDERS, William L. y MAXON, Jeanneane (editores), *Defendiendo el Derecho Humano a la Vida en Latinoamérica* (Traducc. Noelia Estefanía Marchetti, Washington, Americans United for Life) pp. 105-125, disponible en <<http://www.aul.org/contents-defending-the-human-right-to-life-in-latin-america/>>, fecha consulta: 17 de enero 2014.

CARLSON, Bruce (2005): *Embriología humana y biología del desarrollo* (2° edición, Madrid, Editorial Elsevier) 527 p.

GERSON, Chad M. (2005): "Toward an International Standard of Abortion Rights: Two Obstacles", *Chicago Journal of International Law* (vol. 5 n° 2).

- FARFÁN, María (2012): "Argentina. La protección del derecho humano a la vida en la República de Argentina. La garantía de la aplicabilidad del sistema de derechos humanos" FARFÁN BERTRÁN, M. Laura, SAUNDERS, William L. y MAXON, Jeanneane (editores), *Defendiendo el Derecho Humano a la Vida en Latinoamérica* (Traducc. Noelia Estefanía Marchetti, Washington, Americans United for Life) pp. 127-182, disponible en <<http://www.aul.org/contents-defending-the-human-right-to-life-in-latin-america/>>, fecha consulta: 17 de enero 2014.
- FINNEY, Emma (2010): "Shifting Towards a European Roe v. Wade: should Judicial Activism Create an International Right to Abortion with A., B. And C. v. Ireland?", *University of Pittsburgh Law Review* (vol. 72): pp. 389-430.
- HERRERA, Camila y MORA, Gabriel (2012): "Colombia. Entre mentiras y defectos de argumentación. A propósito del denominado caso de aborto en la jurisprudencia constitucional colombiana", FARFÁN BERTRÁN, M. Laura, SAUNDERS, William L. y MAXON, Jeanneane (editores), *Defendiendo el Derecho Humano a la Vida en Latinoamérica* (Traducc. Noelia Estefanía Marchetti, Washington, Americans United for Life) pp. 87-100, disponible en <<http://www.aul.org/contents-defending-the-human-right-to-life-in-latin-america/>>, fecha consulta: 17 de enero 2014.
- JARDIM, Maria y GAROUPA, Nuno (2012) "Stare Decisis and Certiorari Arrive to Brazil: A Comparative Law and Economics Approach" *Emory International Law Review* (n° 26): pp. 555-598.
- JOSEPH, Rita (2009): *Human rights and the unborn child* (Boston, Martinus Nijhoff Publishers) 347 p.
- KOCH, Elard, THORP, John, BRAVO, Miguel, GATICA, Sebastián, ROMERO, Camila y AGUILERA, Hernán (2012): "Women's Education Level, Maternal Health Facilities, Abortion Legislation and Maternal Deaths: A Natural Experiment in Chile from 1957 to 2007" *Plos One* (DOI: 10.1371).
- LARSEN, William (2003): *Human embryology* (3ª edición, New York, Editorial Elsevier) 479 p.
- LÓPEZ, Diego (2006): "Comentario sobre la resistencia de la Corte a la primera disposición", *El Derecho de los Jueces*, pp. 59-60.
- MARGOLIN, Tatyana A. (2008): "Abortion as a Human Right", *Los derechos de la mujer L. Rep.* vol. 29.

MARIO, Silvia y PANTELIDES, Edith (2009) “Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina”, CEPAL, Notas de población nro. 87, p. 95-120, disponible en: <[http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/36501/lcg2405-P\\_4.pdf](http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/36501/lcg2405-P_4.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

MOORE, Keith and PERSAUD, T.V.N. (2003): *The developing human: Clinically Oriented Embryology* (Octava Edición, Philadelphia, Pa.: Saunders) 560 p.

MORA, Gabriel (2009): *Justicia Constitucional y arbitrariedad de los jueces: Teoría de la Legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales* (Buenos Aires, Marcial Pons Ediciones) 455 pp.

ORTIZ, Diana y MAQUEDA, Santiago (2012): “Estados Unidos Mexicanos” FARFÁN BERTRÁN, M. Laura, SAUNDERS, William L. y MAXON, Jeanneane (editores), *Defendiendo el Derecho Humano a la Vida en Latinoamérica* (Traducc. Noelia Estefanía Marchetti, Washington, Americans United for Life) pp. 37-66, disponible en <<http://www.aul.org/contents-defending-the-human-right-to-life-in-latin-america/>>, fecha consulta: 17 de enero 2014.

TOZZI, Piero y MARCILESE, Sebastián (2013): “El activismo judicial en Latinoamérica. Análisis a raíz de la reciente jurisprudencia argentina proaborto”, *El Derecho* (nº1): pp.1-7.

ZAMPAS, Christina y GHER, Jaime M. (2008): “Abortion as a Human Right - International and Regional Standards”, *Human Rights Law Review* (vol. 8): pp. 249-294.

## **NORMAS JURÍDICAS CITADAS**

### **1. Internacionales**

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 21 de noviembre de 1969, OEA Serie n° 36, 1144 U.N.T.S. 123 (18 julio 1978).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 22 de mayo 1963 1155 UNTS 331, 8 I.L.M. 679.

## **2. Nacionales**

### **Argentina**

Código Civil de la República Argentina, de 1871. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal de la Nación Argentina, actualizado al 20 junio 2003. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_de_la_Republica_Argentina.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. de la Nación Argentina 22 agosto 1994. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_de\\_la\\_Nacion\\_Argentina.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_la_Nacion_Argentina.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en <<http://infoleg.gov.ar/basehome/constituciones.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. de la Provincia de Catamarca. Disponible en <<http://infoleg.gov.ar/basehome/constituciones.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. de la Provincia de Chubut. Disponible en <<http://infoleg.gov.ar/basehome/constituciones.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. de la Provincia de Córdoba. Disponible en <<http://infoleg.gov.ar/basehome/constituciones.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. de la Provincia de Entre Ríos. Disponible en <<http://infoleg.gov.ar/basehome/constituciones.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. de la Provincia de Salta. Disponible en <<http://infoleg.gov.ar/basehome/constituciones.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. de la Provincia de San Luis. Disponible en: <<http://infoleg.gov.ar/basehome/constituciones.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. de la Provincia de Tucumán. Disponible en: <<http://infoleg.gov.ar/basehome/constituciones.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley de Protección de la Niñez de Argentina que se refiere a los no nacidos como niños, reglamentación de la Ley n° 26.061. *Boletín Oficial* n° 30.887, 18 abril 2006.

Ley n° 5.288, de Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia (Jujuy). *Boletín Oficial*, 20 noviembre 1989. Disponible en <<http://www.justiciajujuy.gov.ar:802/cgi-bin/wwwi32.exe/%5Bin=genesis0.in%5D/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 521, sobre Protección Integral al Niño y Adolescente (Antártida e Islas del Atlántico Sur), *Boletín Oficial*, 2 julio 2001. Disponible en <<http://www.justierradelfuego.gov.ar/leyesusules/LEY%20N%20%20521.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 7.039, sobre Protección Integral a los Niños desde la Concepción (Salta), *Boletín Oficial n° 15.720*, 20 agosto 1999. Disponible en <<http://www.diputadosalta.gov.ar/leyes/7039-hm.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 7.311, sobre sexualidad responsable (Salta), *Boletín Oficial n° 16.968*, 20 septiembre 2004.

Disponible en <<http://www.diputadosalta.gov.ar/leyes/7311-hm.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 9.861, sobre protección Integral de los derechos del niños, el adolescente y la Familia (Entre Ríos). *Boletín Oficial*, 10 septiembre 2008. Disponible en <<http://www.senadoer.gov.ar/galeria/ley/9861.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 11.888, salud Reproductiva y procreación responsable (Santa Fe), 21 junio 2001. Disponible en <[http://gobierno.santafe.gov.ar/sin/mitemplante.php?tiponorma=ley&anio\\_norma=2001&nro\\_ley=11888&fecha\\_norma=31/05/2001](http://gobierno.santafe.gov.ar/sin/mitemplante.php?tiponorma=ley&anio_norma=2001&nro_ley=11888&fecha_norma=31/05/2001)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 26.061, *Boletín Oficial n° 30.887*, 18 abril 2006.

### **Barbados**

*Medical Termination of Pregnancy Act*, Ley n° 4, *Official Gazette, Supplement*, 17 febrero 1983. Disponible en <<http://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/Barbados.abo.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Bolivia**

Código Civil, 6 agosto 1975, actualizado al 2010. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Bolivia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Bolivia.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código del Niño, Niña y Adolescente, Ley n° 2.026, 14 octubre 1999. Disponible en <<http://www.unhcr.org/refworld/publisher,NATLEGBOD,,BOL,3db925ca2,0.html>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal, 23 agosto 1972, actualizado al 2010. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Bolivia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Bolivia.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Decreto Supremo n° 26.086, Reglamento del Código del Niño, Niña y Adolescente, 23 febrero 2001. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Reglamento\\_del\\_Codigo\\_Nino\\_Nina\\_Adolescente\\_Bolivia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Reglamento_del_Codigo_Nino_Nina_Adolescente_Bolivia.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Brasil**

Código Civil, *Lei* n° 10.406, 10 de Enero de 2002. Disponible en <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

*Código de Processo Civil*, 11 enero 1973, actualizado al 2009. Disponible en <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal, 7 diciembre de 1940, actualizado al 8 febrero 1991. Disponible en <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política de la República, 5 octubre 1988. Versión 41 con modificaciones posteriores hasta el 2014. Disponible en <<http://bd.camara.gov.br>>, fecha consulta: 17 abril 2014.

*Lei* n° 8.069, establece el *Estatuto Da Criança e do Adolescente*, *Diario Oficial de la Unión*, 13 Julho 1990. Disponible en <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

*Lei* n° 11.804, 5 noviembre 2008. Disponible en <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Chile**

Código Civil, de 1857, texto refundido con otras leyes en Decreto con Fuerza de Ley n° 1, 30 de mayo 2000, actualizado al 24 septiembre 2009.

Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Chile.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Chile.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal, 12 noviembre 1974, actualizado al 13 agosto 2011. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Chile.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Chile.pdf)>, fecha consulta: 17 abril 2014.

Código Sanitario, *sine data*. Disponible en <[http://www.supersalud.gob.cl/normativa/571/articles-4825\\_recurso\\_1.pdf](http://www.supersalud.gob.cl/normativa/571/articles-4825_recurso_1.pdf)>, fecha consulta: 17 abril 2014.

Const. Política de la República de 1980. Texto actualizado a octubre de 2010. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Chile.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Decreto Ley n° 824, Ley de impuesto a la renta de 31 de diciembre de 1974, actualizado al 2 marzo 2013. Disponible en <<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/legislacion/basica/basica.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias de 2007. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Chile.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Chile.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 19.927 de 2004, citado en Código Penal en su art. 342. Última modificación, *Diario Oficial*, 14 enero 2004. Disponible en: <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Chile.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Chile.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 20.120 de 2006, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana. Última modificación, *Diario Oficial*, 22 septiembre 2006. Disponible en: <<http://www.conicyt.cl/fonis/files/2013/03/Ley-20.120-sobre-Investigaci%C3%B3n-en-seres-Humanos-Genoma-y-Clonaci%C3%B3n-Humana.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 20.357 de 2009, tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra art. 5(4) (Chile). Última modificación, *Diario Oficial*, 18 julio 2009. Disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20357>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

## **Colombia**

Código Civil, de 1873 actualizado al 2006. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Colombia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código del Menor, Decreto n° 2737/89, 1 marzo 1990. Disponible en: <<http://www.relaf.org/legislaciones2.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley n° 1.098, 8 noviembre 2006. Disponible en <[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley\\_1098\\_2006.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley_1098_2006.html)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 270 de 1996, establece Ley estatutaria de la administración de justicia. *Diario Oficial*, 7 marzo 1996. Disponible en <[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1996/ley\\_0270\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1996/ley_0270_1996.html)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal, Ley n° 599 de 2000, 24 julio 2000. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Colombia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Decreto n° 2591, de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el art. 86 de la Const. Política, 19 noviembre 1991. Disponible en <[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1991/decreto\\_2591\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1991/decreto_2591_1991.html)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

## **Costa Rica**

Código Civil, 19 de abril de 1885 actualizado al 8 febrero 2007. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Costa\\_Rica.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Costa_Rica.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código de Familia, Ley n° 5.476, de 21 de Diciembre de 1973, *Gaceta* n° 24, de 5 de Febrero de 1974, actualizado al 23 enero 1997. Disponible en: <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_de\\_Familia\\_Costa\\_Rica.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_Familia_Costa_Rica.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código de la Niñez y la *Adolescencia*, Ley n° 7739, 6 febrero 1998. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Ninez\\_Adolescencia\\_Costa\\_Rica.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Ninez_Adolescencia_Costa_Rica.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal, actualizado a mayo 2002. Disponible en: <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Costa\\_Rica.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Costa_Rica.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Dominica**

*Offences against the Person Act, sine data*. Disponible en <<http://cyber.law.harvard.edu/population/abortion/Dominica.abo.html>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Ecuador**

Código Civil, 20 de noviembre 1970, actualizado al 26 agosto 1982. Disponible en <[http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo\\_civil\\_ecuador.pdf](http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo_civil_ecuador.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley n° 100-2002, 4 julio 2003. Disponible en <[http://www.law.yale.edu/rcw/rcw/jurisdictions/ams/ecuador/Ecuador\\_Code.htm](http://www.law.yale.edu/rcw/rcw/jurisdictions/ams/ecuador/Ecuador_Code.htm)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Orgánico Integral Penal, 2014. Disponible en <<http://www.cip.org.ec/es/>>, fecha consulta: 10 junio 2014.

Código Penal, 22 enero 1971. Disponible en <[http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/ecu/sp\\_ecu-int-text-cp.pdf](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cp.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política de la República del Ecuador de 2008. Disponible en <<http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/Constitucion-2008.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **El Salvador**

Código Civil, actualizado al diciembre 2004. Disponible en: <<http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-de-proteccion-integral-de-la-ninez-y-adolescencia>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código de Familia, Decreto n° 677, 29 septiembre 1994. Disponible en: <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_de\\_Familia\\_El\\_Salvador.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_Familia_El_Salvador.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código de Salud, *Diario Oficial n° 86, Tomo n° 299*, 11 mayo 1988, actualizado al 2011. Disponible en <<http://www.transparenciafiscal.gob.sv/portal/>>

page/portal/PCC/SO\_Administracion\_Aduanera/Leyes/C%F3digo%20de%20Salud.pdf>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal, 30 abril 1997, actualizaado al 2008. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_El\\_Salvador.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_El_Salvador.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política de la República de El Salvador de 1983. Decreto n° 38. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_de\\_la\\_Republica\\_del\\_Salvador\\_1983.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_la_Republica_del_Salvador_1983.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador), Decreto n° 839, *Diario Oficial* n° 69 tomo 383, 16 abril 2009, última modificación 13 septiembre 2013. Disponible en <<http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-de-proteccion-integral-de-la-ninez-y-adolescencia>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Guatemala**

Código Civil, Decreto Ley n° 106, 1 de julio de 1964, actualizado al 2010. Disponible en: <<http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2011/codigo.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal, 27 julio 1973. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Guatemala.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Guatemala.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política de la República de Guatemala de 1985. Reformada por Acuerdo legislativo n° 18-93 del 17 de noviembre de 1993. Disponible en <[http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/gtm/sp\\_gtm-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto n° 27, 19 julio 2003. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Ley\\_de\\_Proteccion\\_Integral\\_de\\_la\\_Ninez\\_y\\_Adolescencia\\_Guatemala.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Proteccion_Integral_de_la_Ninez_y_Adolescencia_Guatemala.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Granada**

*Criminal Code, sine data*. Disponible en <<http://cyber.law.harvard.edu/population/abortion/Grenada.abo.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

## **Haití**

Code Pénal (Haití), 23 septiembre 1985, actualizado 1988. Disponible en <[http://www.oas.org/juridico/mla/fr/hti/fr\\_hti\\_penal.html](http://www.oas.org/juridico/mla/fr/hti/fr_hti_penal.html)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

## **Honduras**

Código Civil, *La Gaceta*, 14 septiembre 1989 actualizado a 1906. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Honduras.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Honduras.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código de Familia, Decreto n° 76-84, *La Gaceta*, 11 mayo 1984 y sus posteriores reformas. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_de\\_Familia\\_Honduras.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_Familia_Honduras.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código de la Niñez y Adolescencia, Decreto n° 73-96, 5 septiembre 1996. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Ninez\\_Adolescencia\\_Honduras.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Ninez_Adolescencia_Honduras.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal de Honduras, Decreto n° 144-83, 26 septiembre 1983. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Honduras.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Honduras.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política de la República de Honduras de 1982. Actualizada hasta el Decreto 36 del 4 de Mayo de 2005. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_de\\_Honduras.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_Honduras.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Decreto Ejecutivo n° 2744 del Ministerio de Salud, 21 octubre 2009.

Decreto n° 13-85, 26 febrero 1985. Disponible en <<http://www.angelfire.com/ca5/mas/HON/PEN/REF/r01.html>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Decreto n° 267-2005, *La Gaceta* n° 30.832, 28 septiembre 2005.

## **Jamaica**

*The Offences Against the Person Act.*, s.d. Disponible en <<http://cyber.law.harvard.edu/population/abortion/Jamaica.Abo.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014-

## **México**

Código Civil del Estado de Aguascalientes, 7 diciembre 1947, última modificación 19 febrero 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 abril 2014.

Código Civil del Estado de Baja California, 31 enero 1974, última modificación 4 octubre 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Campeche, 13 octubre 1942, última modificación 20 diciembre 2013. Disponible en <[www.ordenjuridico.gob.mx/](http://www.ordenjuridico.gob.mx/)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Chiapas, 2 febrero 1938. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Chihuahua, 23 marzo 2004, última modificación 18 diciembre 2012. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza, 25 junio 1999, última modificación 18 marzo 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 abril 2014.

Código Civil del Estado de Colima, 25 septiembre 1954. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Durango, 22 enero 1948 actualizado al 21 de abril de 2013. Disponible en: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Guanajuato, 14 mayo 1967 actualizado al 21 de mayo de 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Hidalgo, 8 octubre 1940 actualizado al 13 de mayo de 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Jalisco, 25 febrero 1995 actualizado al 1 abril de 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 abril 2014.

Código Civil del Estado de México, 7 julio 2002. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Michoacán de Ocampo, 11 febrero 2008. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Nayarit, 22 agosto 1981 actualizado a mayo 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Nuevo León, 6 julio 1935 actualizado al 5 febrero 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Oaxaca, 25 noviembre 1944 actualizado al 18 mayo 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Querétaro, 12 octubre 2009. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Quintana Roo, 8 octubre 1980 actualizado al 30 octubre 2012. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Sinaloa, 25 julio 1940 actualizado al 6 febrero 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Tabasco, 9 abril de 1997. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Civil del Estado de Tamaulipas, 10 enero 1987 actualizado al 15 abril 2014 Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 abril 2014.

Código Civil del Estado de Tlaxcala, 2 octubre 1976 actualizaado al 13 noviembre 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

- Código Civil del Estado de Yucatán, 31 diciembre 1993 actualizado al 13 junio 2007. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Código Civil del Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, 19 julio 1996 actualizado al 27 enero 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero Número 358, 2 febrero 1993 actualizado al 27 agosto 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Código Civil del Estado Libre y Soberano de Puebla, 30 abril 1985. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Código Civil para el Estado de San Luis Potosí, 19 abril 1946 actualizado al 27 mayo 2010. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/San%20Luis%20Potosi/wo62366.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, 15 septiembre 1932 actualizado al 3 febrero 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Código Civil Federal de 1928, actualizado al 28 enero 2010. Disponible en <<http://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Código de Familia del Estado de Sonora, 15 octubre 2009. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Código de Familia del Estado de Yucatán, 30 abril 2012. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, 11 febrero 2008. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, 18 diciembre 2008 actualizado al 31 diciembre 2013. Disponible en <<http://www.stjslp.gob.mx/transp/cont/marco%20juridico/pdf-zip/codigos/CF/CFam.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, 11 diciembre 2008. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal del Estado de Aguas Calientes, 20 mayo 2013. Disponible en <[http://www.amdh.com.mx/ocpi/pj/mj/docs/ac\\_cp.pdf](http://www.amdh.com.mx/ocpi/pj/mj/docs/ac_cp.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal del Estado de Baja California, 20 agosto 1989, última modificación 19 julio 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal del Estado de Campeche, 3 julio de 2002. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal del Estado de Chiapas, 14 marzo 2007. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal del Estado de Chihuahua, 27 diciembre 2006, última modificación 18 diciembre 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal del Estado de Coahuila, 28 mayo 1999, última modificación, 11 abril 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 abril 2014.

Código Penal del Estado de Colima, 27 julio 1985. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal del Estado de Guanajuato, 2 noviembre 2001. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal del Estado de Guerrero, 14 noviembre 1986 actualizado al 07 febrero de 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal del Estado de Hidalgo, 9 junio 1990 actualizado al 5 agosto 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal del Estado de México, 20 marzo 2000. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal del Estado de Michoacán, 7 julio 1980 actualizaado al 21 de enero de 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal del Estado Libre y Soberano de Puebla, 23 diciembre 1986 actualizado al 31 diciembre 2012. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado de Morelos, 9 octubre 1996. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado de Nayarit, 29 noviembre 1986 actualizado al 4 de octubre de 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado de Nuevo León, 26 marzo de 1990 actualizado al 6 enero 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado de Querétaro, 23 julio 1987 actualizado al 12 junio 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado de San Luis Potosí, 30 septiembre 2000 actualizado al 7 diciembre 2013. Disponible en <<http://www.stjslp.gob.mx/transp/cont/marco%20juridico/pdf-zip/codigos/CPESLP/CPESLP.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado de Sinaloa, 29 octubre 1992 actualizado al 9 agosto 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado de Sonora, 24 marzo 1994. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado de Tabasco, 5 febrero 1997. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado de Tamaulipas, 20 diciembre 1986 actualizado al 15 de abril 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 abril 2014.

Código Penal para el Estado de Yucatán, 30 marzo de 2000. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado de Zacatecas, 11 enero 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, 20 marzo 2005. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango, 14 julio 2009 actualizado al 30 mayo 2013. Disponible en: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco, 2 septiembre de 1982 actualizado al 8 abril de 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 abril 2014.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, 9 agosto de 1980 actualizado al 15 febrero 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, 29 marzo 1991 actualizado al 16 diciembre 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 14 agosto 1931, actualizado al 26 junio 2008. Disponible en <<http://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Penal%20Federal%20Mexico.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política de Chihuahua, 17 junio 1950, última modificación, *Periódico Oficial del Estado* n° 85, 23 octubre 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatual/Chihuahua/wo22558.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su forma enmendada hasta 2007. *Diario Oficial de la Federación*, 5 febrero 1917. Disponible en <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

- Const. Política del Estado de Chiapas, *Periódico Oficial del Estado*, 27 junio 2011. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Chiapas/wo21023.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Const. Política del Estado de Coahuila de Zaragoza, *Periódico Oficial del Estado*, 19 febrero 1918. Última reforma 11 abril 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=no&edo=5>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Const. Política del Estado de Guanajuato, *Periódico Oficial del Estado*, 3 septiembre 1917, última modificación, 28 febrero 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=si&edo=11>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Const. Política del Estado de Jalisco, 21 julio 1917, +última modificación, *Periódico Oficial del Estado*, 17 diciembre 2012. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=no&edo=14>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Const. Política del Estado de Nayarit, 17 febrero 1918, última modificación, *Periódico Oficial del Estado*, n° 86, 4 junio 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=si&edo=18>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Const. Política del Estado de Querétar, *Periódico Oficial del Estado*, 31 marzo 2008. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=si&edo=22>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Const. Política del Estado de Tamaulipas, 5 febrero 1921, última modificación, *Periódico Oficial del Estad*, n° 27, 4 marzo 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=si&edo=28>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Const. Política del Estado de Yucatán, 14 enero 1918, última modificación, *Periódico Oficial del Estado*, 15 diciembre 2007. Disponible en <<http://www.congresoyucatan.gob.mx>>, fecha consulta: 17 enero 2014.
- Const. Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, 18 agosto 1953, última modificación 21 marzo 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=no&edo=2&mun=no>>, fecha consulta: 7 abril 2014.

Const. Política del Estado Libre y Soberano de Colima, 20 de octubre de 1917, última modificación, *Periódico Oficial del Estado*, n° 25 - Suplemento n° 1, 12 mayo 2012. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=si&edo=6>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política del Estado Libre y Soberano de Durango, 1 noviembre 1917, última modificación, *Periódico Oficial del Estado*, 29 agosto 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=no&edo=10>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política del Estado Libre y Soberano de Morelos, 20 noviembre 1930, última modificación. *Periódico Oficial del Estado*, 30 octubre 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=si&edo=17>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, 4 abril 1922, última modificación *Periódico Oficial del Estado*, 27 diciembre 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=no&edo=20>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, 2 octubre de 1917, última modificación 9 marzo 2013. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=si&edo=21>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, 12 enero 1975, última modificación, *Periódico Oficial del Estado*, 19 marzo 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=no&edo=23>>, fecha consulta: 7 abril 2014.

Const. Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí, 2 enero 1918, última modificación, *Periódico Oficial del Estado*, 5 febrero 2009. Disponible en <<http://www.stjslp.gob.mx/transp/cont/marco%20juridico/pdf-zip/constitucion/CPELSSLP/CPELSSLP.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política del Estado Libre y Soberano de Sonora, 29 septiembre 1917, última modificación 20 febrero 2014. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=si&edo=26>>, fecha consulta: 7 marzo 2014.

Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal, *Gaceta Oficial del Distrito Federal n° 70*, 26 abril 2007. Disponible en <<http://www.catedradh>>.

unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc\_basicos/5\_biblioteca\_virtual/6\_derechos\_sexuales\_rep/3.pdf>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Campeche, 5 julio 2004. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/busqueda.php?frase=ni%F1ez&edo=4&x=9&y=4>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley de los Derechos de Las Niñas, los Niños y Adolescentes en el Estado de Jalisco, 25 octubre 2003. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/busqueda.php?frase=ni%F1as&edo=14&x=0&y=0>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Nicaragua**

Código Civil de la República de Nicaragua, de 1929. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Nicaragua.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Nicaragua.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código de la Niñez y Adolescencia, Ley n° 287, 23 noviembre 1998. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_de\\_la\\_Ninez\\_y\\_la\\_Adolescencia\\_Nicaragua.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_la_Ninez_y_la_Adolescencia_Nicaragua.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal, 1 abril 1974. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Nicaragua.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Nicaragua.pdf)>, fecha de consulta: 17 enero 2014.

Código Penal, 13 noviembre 2007. Disponible en <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/nic/sp\\_nic\\_Nuevo\\_Codigo\\_Penal\\_%20Nicaragua\\_2007.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/nic/sp_nic_Nuevo_Codigo_Penal_%20Nicaragua_2007.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Panamá**

Código Civil. *Publicada en la Gaceta Oficial n° 2.404*, 22 agosto 1916. Disponible en <<http://docs.panama.justia.com/federales/codigos/codigo-civil.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código de Familia, Ley n° 3, 17 mayo 1994. Disponible en <<http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/codigo-de-la-familia-94.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal de 2007 actualizado al 26 abril 2010. Disponible en <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp\\_pan-int-text-cp.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp_pan-int-text-cp.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 14 que Crea la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. *Gaceta Oficial Digital*, 23 enero 2009. Disponible en <<http://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/26211/15846.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Paraguay**

Código Civil de 1988. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Paraguay.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código de la Niñez y Adolescencia, Ley n° 1680, 30 noviembre 2001. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Ninez\\_Adolescencia\\_Paraguay.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Ninez_Adolescencia_Paraguay.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Sanitario, *sine data*, Disponible en <[http://www.supsalud.gov.py/sitev1/index.php?option=com\\_content&task=view&id=44&Itemid=54](http://www.supsalud.gov.py/sitev1/index.php?option=com_content&task=view&id=44&Itemid=54)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política de la República de Paraguay de 1992. Última actualización de 11 de julio de 2011. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_de\\_Paraguay.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_Paraguay.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 3440 que modifica varias disposiciones de la Ley n° 1.160/97, Código Penal, 16 julio 2008. Disponible en <<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/paraguay.penalcode.08.doc>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Perú**

Código Civil. *Diario Oficial*, 25 julio 1984 actualizado en 1991. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Peru.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Peru.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código de los Niños y Adolescentes, Ley n° 27337, 2 agosto 2000. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_de\\_la\\_Ninez\\_y\\_la\\_Adolescencia\\_Peru.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_la_Ninez_y_la_Adolescencia_Peru.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal, 8 abril 1991, actualizado al 2011. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Peru.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Peru.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política de Perú de 1993. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Peru.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Peru.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley de Política Nacional de Población, Decreto Legislativo n° 346, 6 julio 1985. Disponible en <<http://www.unfpa.org.pe/Legislacion/PDF/Decreto-Legislativo-346-Ley-Poblacion.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley General de Salud III, 9 julio 1997. Disponible en <[http://essalud.gob.pe/transparencia/pdf/informacion/ley\\_general\\_salud\\_26842.pdf](http://essalud.gob.pe/transparencia/pdf/informacion/ley_general_salud_26842.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### ***República Dominicana***

Código Civil, *sine data*. Disponible en <<http://www.oas.org/dil/esp/Código%20Civil%20de%20la%20República%20Dominicana.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código para el sistema de protección y los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, 22 julio 2003. Disponible en <<http://www.oas.org/dil/esp/LEY%20136-03%20-%20Codigo%20para%20el%20Sistema%20de%20Protecci%C3%B3n%20y%20los%20Derechos%20Fundamentales%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20Republica%20Dominicana.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal, agosto 2007. Disponible en <<http://www.oas.org/dil/esp/Código%20Penal%20de%20la%20República%20Dominicana.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. de República Dominicana de 2010. *Gaceta Oficial n° 10.561*, 26 enero 2010. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/derecho\\_de\\_familia\\_red\\_de\\_cooperacion\\_republica\\_dominicana.htm](http://www.oas.org/dil/esp/derecho_de_familia_red_de_cooperacion_republica_dominicana.htm)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### ***Surinam***

*Penal Code*, 14 octubre 1910, actualizado al 2005. Disponible en: <[http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=209840#LinkTarget\\_4806](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=209840#LinkTarget_4806)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Trinidad y Tobago**

*Offences against the Person Act*, de 1925, actualizado al 2005. Disponible en <[http://rgd.legalaffairs.gov.tt/laws2/alphabetical\\_list/lawspdfs/11.08.pdf](http://rgd.legalaffairs.gov.tt/laws2/alphabetical_list/lawspdfs/11.08.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

*Family Law (Guardianship of minors, domicile and maintenance) Act*, de 1981 actualizado al 2000. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/Family\\_Law\\_Act\\_Trinidad\\_and\\_Tobago.pdf](http://www.oas.org/dil/Family_Law_Act_Trinidad_and_Tobago.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Uruguay**

Código de la Niñez y la Adolescencia, 25 septiembre 2004. Disponible en <<http://archivo.presidencia.gub.uy/ley/2004090801.htm>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal, abril 1998. Disponible en <[http://www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/Cod\\_Pen.htm](http://www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/Cod_Pen.htm)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley n° 18.987, interrupción voluntaria del embarazo, *Diario Oficial* n° 28.585, 30 octubre 2012. Disponible en <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18987&Anchor>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

### **Venezuela**

Código Civil. *Gaceta* n° 2.990 (*extraordinaria*), 26 julio 1982. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Venezuela.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Venezuela.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Código Penal. *Gaceta Oficial* n° 5.494 (*extraordinaria*), 20 octubre 2000. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Venezuela.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Venezuela.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Const. Política de la República de Venezuela. *Gaceta Oficial* n° 36.860 (*extraordinaria*), 30 diciembre 1999. Disponible en <[http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Venezuela.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Ley Orgánica de Protección del Niño y el Adolescente, Ley n° 5.266. *Gaceta Oficial* n° 5.568 (*extraordinaria*), 31 diciembre 2001. Disponible en <[http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb\\_ven\\_LEY\\_ORG\\_PARA\\_PROTEC\\_NINO\\_ADOLE.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ven_LEY_ORG_PARA_PROTEC_NINO_ADOLE.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

## JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Constitucional de Colombia, C.C. arts. 9091 y 93, *existencia legal de las personas, comienzo de la vida humana* (1995): sentencia 7 diciembre 1995, sentencia C-591/95. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

\_\_\_\_\_, *Ley 599 de 2000 arts. 122-124 Código Penal, aborto sin consentimiento* (2006): sentencia 10 mayo 2006, sentencia C-355/2006. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Corte Constitucional de Ecuador, *Caso Leopoldo Izquieta Pérez y el Ministro de Salud, S/Acción de Amparo*, sentencia 14 junio 2006.

Corte Intramericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva (n° 3) sobre restricciones a la pena de muerte* (1983): 8 septiembre 1983, OC-3/83, Serie A n° 3.

\_\_\_\_\_, *Artavia Murillo y otros, "fecundación in vitro" vs. Costa Rica* (2012): sentencia Excepciones Preliminares, de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 noviembre 2012, Serie C n° 257.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Derecho de Paso por el Territorio Indio (Portugal vs. India)* (1960): 12 de abril.

\_\_\_\_\_, *Haya de la Torre Caja (Colombia vs Perú)* (1951): 13 de junio.

Corte Suprema de Chile, *Contra Philippi Izquierdo y Laboratorio Chile S.A.* (2001): sentencia, 30 agosto 2001, rol n° 2186-2001.

Corte Suprema de Justicia de Honduras, *Dictamen sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad del Decreto 54-2009 de 15 de mayo de 2009* (2012): sentencia 21 junio 2012, disponible en <[http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id\\_decision=438](http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=438)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina *Portal de Belén y Asociación Civil sin Fines de Lucro contra Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo* (2002): sentencia 3 mayo 2002, disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=516601>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

\_\_\_\_\_, *F.A.L. /s medida autosatisfactiva* (2012): 13 marzo 2012.

Corte Suprema de Justicia de Paraguay, *Habeas Corpus Reparador presentado a favor de la Sra. Liliana Verón* (2010): Sala de Lo Penal, Acuerdo y Sentencia N° 4 del 08 de enero 2010.

Corte Suprema de Uruguay, *Caso Dos coroneles* (2013): sentencia n° 20, febrero de 2013.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), *Acción de inconstitucionalidad n° 146/2007 y su acumulada n° 147/2007* (2008): voto de minoría de los ministros Aguirre, Azuela y Ortiz, 28 agosto 2008. Disponible en <<http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/ENGROSECOSSxcdO-146-07.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Supremo Tribunal Federal de Brasil, *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental Distrito Federal* (2008): Informe del relator Marco Aurélio, 31 julio 2008. Disponible en <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/procesoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

\_\_\_\_\_, *Inteiro Teor do Acórdão, Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (2012): Informe del relator Marco Aurélio, 12 abril 2012. Disponible en <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Tribunal Constitucional de Ecuador, *Acción de Amparo Constitucional de José Roser Rohde contra Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical* (2006): sentencia 23 mayo 2006, caso n° 0014-2005-RA, disponible en <[http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/sitio/docs\\_postulacion/premios\\_ecuador\\_00142005ra\\_es.pdf](http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/sitio/docs_postulacion/premios_ecuador_00142005ra_es.pdf)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Tribunal Constitucional de Chile, *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las normas sobre regulación de la fertilidad, aprobadas por Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud* (2008): sentencia 18 abril 2008, rol n° 740-07, disponible en <[http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_expediente.php?id=34407](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=34407)>, fecha consulta: 17 enero 2014.

Tribunal Constitucional del Perú, *ONG "Acción de Lucha Anticorrupción"* (2009): sentencia 29 octubre 2009, expediente n° 02005-2009-PA/TC, disponible en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>>, fecha consulta: 17 enero 2014.

# LA PROBLEMÁTICA DEL INDULTO HUMANITARIO EN EL SUPUESTO DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: EL CASO FUJIMORI

## *Humanitarian Pardon in Crimes against Humanity: Fujimori's Case*

SILVIO MEZARINA GARCÍA\*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Lima, Perú

**RESUMEN:** El proceso penal contra el extraditado ex presidente del Perú Alberto Fujimori quien gobernó el país desde el año 1990 hasta el 2000, supuso una conmoción para la opinión pública y para las fuerzas políticas del país. Desde luego el plano jurídico fue el campo de batalla donde se enfrentaron los partidarios y los opositores del ex mandatario. Muchos creyeron que con la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema del Perú se daba por concluido el tema. La experiencia de los años siguientes ha demostrado que no es así. El indulto fue solicitado formalmente por la familia Fujimori ante el Ministerio de Justicia con lo que se puso sobre el tapete algunos de los temas que abordamos en este trabajo: la naturaleza jurídica del indulto en el derecho peruano y en derecho internacional de los derechos humanos y la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

**PALABRAS CLAVES:** indulto - derechos humanos - delitos contra la humanidad - el caso Fujimori

---

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la UNMSM. Profesor de Política Internacional en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM de Lima – Perú. Profesor de Derecho Constitucional General y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad César Vallejo de Lima - Perú. <sjmezarina@gmail.com>  
*Artículo recibido el 1 de septiembre de 2013 y aprobado el 1 de abril de 2014.*

**ABSTRACT:** The criminal process against the extradited former President of Perú Alberto Fujimori, who ruled the country from 1990 to 2000, was a shock to the public opinion and the political forces. Naturally, the legal domain was the battlefield where supporters and opponents of the former ruler faced each other. Many believed that the decision of the Criminal Chamber of the Supreme Court would put an end to the subject, but the experience of the following years has showed that it has not been the case. The pardon was formally requested by Fujimori family to the Justice Department, whereby some of the topics with which we deal in this paper were discussed: the legal nature of pardon in Peruvian and International Human Rights Law, and the imprescriptibility of crimes against humanity.

**KEY WORDS:** pardon - human rights - crimes against humanity - Fujimori's Case

## INTRODUCCIÓN

Nuestro país vive una coyuntura especial. Por primera vez se procesó y condenó a una cantidad apreciable de dirigentes políticos y miembros de la cúpula militar que, durante el gobierno de Alberto Fujimori, se enriquecieron a expensas de las arcas del Estado de manera innoble. Sin embargo estos cargos palidecen al lado de las violaciones recurrentes a los derechos humanos que se permitieron –y alentaron– desde el aparato estatal en la década de los noventa.

Los procesos fueron largos y difíciles. Los acusados dieron su batalla –aún la siguen dando–, en los terrenos judicial ordinario primero y constitucional después.

Aprovechando el poder de los medios de comunicación y las respuestas aparentemente condescendientes de la actual administración gubernamental, los allegados al ex presidente Fujimori plantearon un nuevo frente de polarización a nivel nacional: el indulto humanitario del ex mandatario. La estrategia legal no fue gratuita ni disparatada, es más, tuvo visos de lograr un resultado positivo para sus intereses de no haber mediado la presión de la opinión pública, los medios de comunicación y los infaltables cálculos políticos que finalmente pesaron en una negativa presidencial que se amparó en el informe de la Comisión de Gracias Presidenciales.

Nos corresponde en este trabajo analizar si resultaba jurídicamente viable el pedido de indulto humanitario que se formalizó ante el Ministerio de Justicia, o si existía algún impedimento legal, constitucional o a nivel de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos que impedía de raíz su materialización.

## I. NATURALEZA JURÍDICA DEL INDULTO Y DEL DERECHO DE GRACIA

La figura del indulto contemporáneo se ha distanciado del llamado derecho de gracia. En el indulto actual el gobernante (ejecutivo o parlamento) perdona al reo la pena privativa de libertad que éste ha venido sufriendo luego de haber sido sentenciado por violar las leyes criminales de determinado ordenamiento jurídico. Sin embargo, actualmente, el perdón de la pena ya no se concede de manera absolutamente discrecional sino que se deben cumplir ciertos requisitos previos, al amparo de normas administrativas que regulan su concesión. El derecho de gracia clásico no necesitaba de ningún elemento adicional que no fuera la voluntad del monarca o gobernante, ante la cual no cabía otra cosa que acatarla con fuerza de ley.

En Roma el emperador poseía la facultad exclusiva de ejercer el derecho de gracia en dos modalidades principales: la *abolitio*, que extinguía la acusación; y la *indulgentia*, aplicable a aquellos que aún no habían recibido condena y que a su vez tenía dos modalidades: la *amnistia*, cuando era de carácter general, y la *venia specialis* en un caso concreto específico<sup>1</sup>. Ninguna de estas figuras es comparable al indulto actual, en razón de ser, la pena privativa de libertad, un método de coacción producto de la evolución de sociedades más cercanas a nosotros en el tiempo.

Hoy en día el indulto podríamos ubicarlo dentro de los llamados medios extintivos de la acción penal y de la pena. Fernando Castellanos señala que estos medios son: el cumplimiento de la pena, la muerte del condenado, la amnistía, el perdón y consentimiento del ofendido, la rehabilitación, y la prescripción<sup>2</sup>. El indulto es dividido en indulto gracioso e indulto necesario. El primero tiene como única condición la voluntad de la autoridad, mientras que el segundo implica que el hecho por el que se produjo la condena no fue delictivo o, en todo caso, el beneficiario del indulto no fue autor del hecho

<sup>1</sup> ESGUERRA (1920) p. 15.

<sup>2</sup> CASTELLANOS (1977) pp. 321 – 326.

punible.<sup>3</sup> En este último caso se trata de una acción destinada a corregir una injusticia. En el Perú podemos recordar el caso de Yehude Simon Monaro, quien fue condenado por el delito de terrorismo y luego fue indultado por considerar que su inocencia era notoria. Con el tiempo el citado personaje llegaría a ser primer ministro de la república y congresista.

## II. LÍMITES A LA CAPACIDAD DEL JEFE DE ESTADO EN EL PERÚ PARA CONCEDER EL INDULTO

Según el Reglamento de la Comisión de Gracias Presidenciales de 2010, dentro del género llamado: "*Gracias presidenciales*" existen tres potestades para el presidente de la república: conceder el indulto, ejercer el derecho de gracia, y conmutar las penas. Además existen tres clases de indultos: común, humanitario y excepcional. Son tres las formas de ejercer el derecho de gracia: común, humanitario y excepcional. Y dos clases de conmutación de la pena: común y excepcional.

En el caso del ex presidente Fujimori se solicitó el indulto por razones humanitarias con lo que, para cumplir con los requisitos exigidos en la norma, debía padecer de una enfermedad terminal, o de no ser el caso debería estar sufriendo de una enfermedad degenerativa incurable que las condiciones de carcerería agraven sobremanera, o sufrir de un trastorno mental que ponga en riesgo su vida y su salud. Presentada la solicitud de indulto, las condiciones de precaria salud aducidas fueron evaluadas por un equipo de especialistas del Ministerio de Justicia que emitió un informe negativo sobre la veracidad de las mismas<sup>4</sup>.

Nos pondremos en el caso que hubiera sido concedido el indulto por razones humanitarias al ex presidente Fujimori. En teoría una persona que se encuentre en una condición de salud disminuida no podría volver a la actividad política. Sin embargo no se podría excluir la posibilidad de que esto hubiera sucedido, con lo que se hubiera producido un terremoto político de dimensiones respetables. Puestos en el supuesto anterior, ¿se podría dar

---

<sup>3</sup> *Ídem.*, p. 322.

<sup>4</sup> Según información oficial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Comisión de Gracias Presidenciales es un órgano multisectorial que depende directamente del Ministro; mientras que la llamada Dirección de Gracias Presidenciales cumple una función macro al establecer una política general de gracias presidenciales y depende jerárquicamente de la Dirección General de Política Criminal y Penitenciaria.

marcha atrás luego de producido el indulto? En todo caso existe un precedente de nulidad de indulto. Éste fue concedido al magnate de los medios de comunicación José Enrique Crousillat mediante Resolución Suprema n° 285-2009-JUS de 2009. Sin embargo, posteriormente, y tras haberse verificado que las condiciones por las cuales se le había concedido la gracia no existían, (un estado de salud grave por complicaciones coronarias) el entonces presidente Alan García Pérez no tuvo más remedio, ante la presión de los medios de comunicación y otros actores políticos, que corregir su error.

El empresario debió volver a la cárcel en mérito a la Resolución Suprema n° 056-2010-JUS de 2010 que anulaba el indulto concedido. La misma señaló que: *“después de su liberación, el ex recluso Crousillat López Torres ha hecho sucesivas apariciones públicas mostrándose en un aparente buen estado de salud lo que desvirtúa la causa por la que fue solicitado su indulto”*.

En el caso de Alberto Fujimori, tratándose de un ex presidente de un alto perfil político y notable arraigo en vastos sectores de la población, una medida de esta naturaleza –un indulto seguido de una rectificación en sentido adverso– habría tenido un efecto político nefasto y desestabilizante, sin lugar a dudas, de la correlación de fuerzas al interior del país. Muy probablemente se habría calificado de persecución política y de ensañamiento, polarizando indebidamente posiciones en torno al tema.

### III. IMPROCEDENCIA DEL INDULTO COMO NORMA GENERAL

En nuestro ordenamiento jurídico no procede el indulto para los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad<sup>5</sup>. En los demás delitos de violación sexual y contra el pudor, sólo procede el indulto previa evaluación psicológica y visto bueno del médico y psicólogos encargados.

Tampoco procede el indulto para los casos de secuestro por cuanto la Ley n° 28.760 de 2006, artículo 2°, señaló que no es viable en el caso de los delitos de secuestro y extorsión los beneficios de indulto ni de conmutación de la pena.

Por supuesto debemos hacer la aclaración que estas restricciones estarían señaladas para el indulto común y no para el humanitario, el mismo que se encontraría fuera de estos impedimentos legales.

<sup>5</sup> Ver Ley n° 28.704, de 2006.

### **1. El indulto en la Constitución de 1920, la primera carta política del siglo XX en el Perú**

No siempre el presidente de la República ha sido el titular de la facultad para conceder indultos en nuestro país. Para no remontarnos demasiado atrás en el tiempo, la Constitución de 1920, que ha sido la primera constitución del siglo XX en el Perú, en su artículo 83 señalaba que era atribución del Congreso conceder amnistías e indultos.

Al tenor del referido artículo el poder legislativo concedió algunos indultos. De la lectura de algunos de ellos podemos inferir que no era necesario fundamentar las razones que motivaban su concesión. Así, el 7 de diciembre de 1922 se da la Resolución Legislativa 4.577 por la cual se resuelve indultar al penitenciado Gabriel Alva Rodríguez del tiempo que le restaba para acabar con la condena a la que fue sentenciado. Se incluye las firmas del Presidente del Senado Luna Iglesias, del presidente de la Cámara de Diputados Jesús Salazar, y la rúbrica del Presidente de la República, Ego Aguirre.

Por supuesto en los años que corrían por aquel entonces no existía un derecho internacional de los derechos humanos, no cabía la posibilidad de un control jurisdiccional internacional como el que actualmente existe con el sistema interamericano, ni tampoco existía un sistema de vigilancia como el que se creó después de la firma de la Carta de las Naciones Unidas y los posteriores tratados de derechos humanos.

## **IV. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS E INDULTO**

En el derecho internacional de los derechos humanos el indulto no ha sido abordado de la misma manera que la amnistía. Sabemos que uno de los principios básicos del derecho penal es la prohibición de la analogía. De manera tal que no se podría técnicamente recurrir a las restricciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado con respecto a las amnistías que buscan encubrir violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, servirá como parámetro recordar que la Corte ha señalado en el *Caso Almonacid Arellano* que: *“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional*

de los Derechos Humanos”<sup>6</sup>. Del texto anterior podemos entender que se trata de una prohibición establecida hacia políticas de Estado que pretendan encubrir y proteger a aquellos que han perpetrado violencia contra los bienes jurídicos protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos. El espíritu de la resolución en comento parecería ceñirse a la etapa previa al fallo judicial. Si este se da respetando las reglas del debido proceso y las normas vinculantes de los convenios de protección de los derechos humanos de los que un Estado es parte, y se sanciona debidamente al responsable, parecería que el Estado habría cumplido con su obligación internacional. El tema de indultar a los sentenciados por este tipo de crímenes, sin embargo parecería haber quedado como una ventana abierta para que se desande el camino recorrido en busca de justicia para las víctimas de los agravios y la sociedad en general.

En el caso de Fujimori sabemos que los tipos penales por los que fue sentenciado (asesinato, secuestro agravado) fueron de delitos comunes; sin embargo fueron calificados como violaciones a los derechos humanos en tanto que fueron orquestados con apoyo del aparato estatal y buscaron la impunidad de los autores mediante el uso de recursos públicos.

## V. EL PODER JUDICIAL EJERCE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL USO DEL DERECHO DE GRACIA PRESIDENCIAL

El año 2006 la magistrada del Poder Judicial Antonia Saquicuray consideró que no debía acatar la libertad concedida al reo Alfredo Jalilie porque el Presidente de la República Alejandro Toledo Manrique no había fundamentado adecuadamente el derecho de gracia concedido<sup>7</sup>. Con esto se verifica que el Poder Judicial puede rectificar la voluntad del jefe de estado legítimamente. Se confirma así el carácter no discrecional del derecho de gracia moderno.

El caso llegó al Tribunal Constitucional mediante el *habeas corpus*. El cuerpo colegiado citando a García Mahamut señala que el derecho de gracia es producto de formaciones jurídicas anteriores al estado democrático de derecho y que en las actuales circunstancias y en un estado constitucional es

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006, serie c n° 154), fundamento 41.

<sup>7</sup> Ver “Jueza declara inaplicable a Jalilie el derecho de gracia presidencial”, *Diario La República*, martes 15 de agosto de 2006. Lima, Perú.

necesario reformularlas en base a los principios de justicia, libertad, igualdad y pluralismo<sup>8</sup>.

No cabe hablar ya de una potestad absoluta del presidente de la república para otorgar gracias y conceder indultos. Esta facultad se encuentra dentro de los causes que el constitucionalismo ha señalado como valores superiores para la sociedad: la dignidad del ser humano y la supremacía de la Constitución.

## VI. CRITERIOS ESTABLECIDOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON RESPECTO A LA PROCEDENCIA DEL DERECHO DE GRACIA PRESIDENCIAL Y DEL INDULTO

El máximo intérprete de la Constitución ha establecido que la decisión de conceder la gracia presidencial –la misma que se aplica por parte del presidente de la república: *“en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria”*<sup>9</sup> sí está sujeta a control de constitucionalidad<sup>10</sup>.

Con respecto a la figura del indulto el Tribunal Constitucional ha señalado que si bien es cierto que se trata de una gracia presidencial que posee un alto grado de discrecionalidad esto no significa que: *“se trate de una potestad que pueda ser ejercida sin control jurisdiccional y con la más absoluta arbitrariedad”*<sup>11</sup>.

No es exacto entonces que en la actualidad el indulto sea todavía aquella figura jurídica que no está sujeta a restricciones y depende sólo de la voluntad presidencial. A pesar de que Javier Valle Riestra exprese una posición en ese sentido cuando señala que: *“el indulto es una facultad del Presidente, no sujeta a limitación alguna... desde la primera Constitución hasta la de 1933, era atribución del Congreso. En la Constitución de 1979 se le da la facultad al Presidente con las limitaciones que establezca la ley, pero en el documento de 1993 no hay ni siquiera ese tamiz... Es cierto que existe un reglamento de*

---

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional, *Jalilie* (2007, Exp. n° 4053-2007-HC) fundamento 10.

<sup>9</sup> Constitución Política del Perú, artículo 118, numeral 21.

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional, *Jalilie* (2007, Exp. n° 4053-2007-HC) fundamento 15.

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional, *Crousillat* (2011, Exp. N° 03660-2010-HC) fundamento 3.

*la Comisión de Gracias Presidenciales, que no impide al Presidente actuar sumariamente*<sup>12</sup>.

Pero el Tribunal Constitucional abunda en el tema al referir que el indulto posee la calidad de cosa juzgada formal y material en concordancia con lo señalado por la Constitución política. Además señala que, en principio, no se podría considerar admisible que un indulto dado por el primer mandatario de la nación sea anulado. Sin embargo, aún la cosa juzgada puede ser objeto de revisión en el supuesto que vulnere derechos fundamentales o valores constitucionales de similar entidad<sup>13</sup>, porque: *“para que un acto del poder público sea constitucionalmente válido... debe haber sido emitido conforme a las competencias propias... [y] ...ser respetuoso de los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales”*<sup>14</sup>.

Para redondear la idea, el Tribunal plantea que el indulto no puede ser anulado de manera administrativa (es decir de la misma forma en que se emitió, por vía de una Resolución Suprema) sino sólo por control de constitucionalidad (en este caso control difuso del Poder Judicial) y que el criterio de anulación debe basarse en cuestiones de orden constitucional, nunca en la revisión del criterio utilizado por el presidente de la república pues este se encuentra dentro de su capacidad discrecional<sup>15</sup>. Notable afirmación que debe ser sopesada con lo afirmado en el fundamento tercero que anuncia que es posible su sometimiento a control jurisdiccional y con lo afirmado en el voto singular del magistrado Vergara Gotelli cuando señala que, al existir actos administrativos previos a la decisión presidencial –como la opinión de expertos en el tema de salud– los mismos que de ser falsos podrían inducir a error la voluntad del jefe de Estado y darían como resultado un acto jurídico nulo<sup>16</sup>.

## VII. PÉTAIN, CUANDO EL INDULTO SE USA COMO INSTRUMENTO DE RECONCILIACIÓN NACIONAL

Los partidarios del indulto a Fujimori señalaron que un acto de esta naturaleza podría ser un bálsamo sobre las heridas del pasado y permitiría

<sup>12</sup> “Valle-Riestra: El indulto no está sujeto a limitación alguna” por Mario Camoirano en *Diario Correo*, Sección Política, Lima, 30 septiembre de 2012.

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional, *Crousillat* (2011, Exp. N° 03660-2010-HC) fundamento 7.

<sup>14</sup> *Ídem.*, fundamento 9.

<sup>15</sup> *Ídem.*, fundamento 10.

<sup>16</sup> *Ídem.*, fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli.

restaurar el equilibrio al interior de las fuerzas políticas del Perú en pos de la unidad. Los que se oponían señalaban que sería una afrenta a la dignidad del país.

Haciendo un paralelo bastante forzado podemos recordar que terminada la segunda guerra mundial y luego de ser liberada de las tropas nazis, Francia asume la tarea de la reconstrucción material y moral de la nación devastada.

Los dirigentes de la Francia de Vichy son procesados y sentenciados por traición a la patria. El más destacado de los condenados fue un héroe de la primera guerra mundial y Gran Mariscal de Francia: Henri - Philippe Pétain. Trágica historia la de este militar francés que divide el sentimiento de una nación, que es amado y odiado, idolatrado y despreciado, que pasa de ser un indiscutido héroe nacional a un infame traidor.

Pétain fue condenado por uno de los múltiples tribunales que los aliados vencedores en la segunda guerra mundial establecieron en distintos países para juzgar a aquellos que habían colaborado con la Alemania nazi en la ocupación de sus respectivos países y habían servido a gobiernos satélites del Tercer Reich. En Francia fueron procesados Henri Pétain y Pierre Lavel. Ambos fueron condenados a muerte en 1945. Lavel fue ejecutado ese mismo año. A Pétain se le indultó. Fue De Gaulle el que le conmutó la pena por la de cadena perpetua<sup>17</sup>.

Sin embargo, este cambio, de la pena de muerte a la cadena perpetua no cumpliría con el concepto general que manejamos actualmente para el indulto sino que se acercaría más a la figura de conmutación de la pena.

De todas maneras en el caso de Pétain se aprecia que la autoridad ejecutiva, representada en ese momento histórico por el general De Gaulle ejerce su facultad de variar lo decidido por los tribunales en vista de consideraciones distintas a las que utilizó el tribunal para sentenciar.

Sin embargo, no será la última vez que Pétain vea cambiada su suerte. El mariscal de Francia no morirá en un recinto carcelario. Se le indulta por segunda vez el 17 de junio de 1951 cuando sale de prisión con destino a un hospital militar por encontrarse en grave estado de salud. Su deceso acaece el 23 de julio del mismo año<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> HERNÁNDEZ (2012) p. 50.

<sup>18</sup> "Ha muerto, en las primeras horas del lunes, Henri - Philippe Pétain, mariscal de Francia", *Diario La Vanguardia Española*, Barcelona, 24 de julio de 1951.

## VIII. LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y SU IMPRESCRIPTIBILIDAD

Se llama delitos de lesa humanidad aquellos que atentan contra bienes jurídicos universales, comunes al género humano, a la esencia misma de la dignidad humana y que son una afrenta contra la colectividad mundial en su conjunto.

La primera vez que se utiliza la expresión de *crimen contra la humanidad* no tenía el significado que hoy en día se le otorga, pues apareció en un instrumento internacional creado para codificar el derecho de la guerra: el Convenio de la Haya de 1907<sup>19</sup>.

Se llama prescripción a la extinción del derecho que tienen el Estado y la sociedad, de perseguir al individuo que ha cometido un ilícito penal, debido al transcurso del tiempo. Esta extinción se extiende desde la capacidad de procesar hasta la de ejecutar pena alguna contra el individuo que se beneficia de esta política criminal. La prescripción del delito se da cuando transcurre un lapso de tiempo determinado y se agota la facultad del Estado de perseguir o castigar al criminal; y la prescripción de la pena se da cuando se extingue la responsabilidad penal del reo por el transcurso de un lapso de tiempo que varía según el tipo de delito cometido<sup>20</sup>.

Los delitos contra el género humano reciben un tratamiento distinto al de los delitos comunes que se dan en los ordenamientos jurídicos particulares de cada Estado. Se trata de ofensas a la sociedad internacional en su conjunto y por esa misma razón no es posible que la acción penal se extinga con el paso del tiempo como ocurriría con los delitos comunes.

La primera vez que se tipifica el delito contra la humanidad es en el artículo 6.c del *Estatuto del Tribunal Penal Militar de Núremberg* de 1945: *"el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron"*.

El contexto en el que se da es el del fin del más grande conflicto armado internacional que ha conocido la humanidad, la segunda guerra mundial.

<sup>19</sup> BASSIOUNI (2003) p. 141.

<sup>20</sup> OSSORIO (1996) p. 788.

Este dato es de suma importancia para entender por qué resulta tan difícil juzgar los crímenes internacionales dentro de la jurisdicción de un Estado y en el ámbito de un conflicto armado no internacional.

En el año 1968 se dio un nuevo instrumento internacional: la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*. En él se señala en su artículo primero que los crímenes de lesa humanidad (según la definición dada por el Tribunal Internacional de Núremberg –luego confirmada por las Naciones Unidas en sendas resoluciones–) son imprescriptibles sin importar la fecha en la que se hayan cometido. El artículo cuarto obliga a los Estados parte a tomar las medidas legales necesarias para que dentro de su jurisdicción: “*la prescripción de la acción penal o de la pena... no se aplique a los crímenes [contra la humanidad]*”. En primer lugar, el Estado debe tomar las acciones legislativas correspondientes para que su orden jurídico interno sea coherente con el espíritu del tratado. En segundo lugar, estas leyes aprobadas y en vigencia deben impedir que el transcurso del tiempo extinga la persecución penal. En tercer lugar, está la pena, la cual no debería ser interrumpida por ningún acto administrativo gubernamental: amnistías e incluso indultos estarían en este caso, especialmente los indultos comunes. Los indultos humanitarios aún dejan dudas pues se trataría de medidas destinadas a demostrar la superioridad del Estado en su capacidad para perdonar a aquel sujeto, que a pesar de sus crímenes, sufre la agonía de la privación de libertad y está listo para finalizar su vida en el seno de su hogar de manera digna, dignidad que en su momento intentó destruir en los seres humanos que fueron asesinados, desaparecidos, vejados y lastimados por su acción o inacción.

Luego, en el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma, el cual entró en vigor desde el año 2002, da la más completa definición de crimen de lesa humanidad que se tiene hasta el momento. Señala que se dará el mencionado crimen cuando, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento y voluntad de dicho ataque: se asesine, extermine, esclavice, se deporta o traslade de manera forzosa, se encarcele o se prive de la libertad, se torture, se esclavice, se ultraje sexualmente, se embarace a la fuerza, se esterilice, se persiga a una colectividad, se desaparezca forzosamente, se cometa apartheid, o se cometan otros graves atentados contra la integridad física o mental de los seres humanos. Como vemos es inevitable traer a la mente el escenario de un conflicto armado, sea de índole internacional o no internacional. El concepto de población civil necesariamente incluye, por exclusión, a fuerzas armadas regulares o irregulares que atentan contra ella.

## **1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad**

El sistema de protección interamericano de derechos humanos ha hecho valiosas contribuciones para la protección de los derechos y libertades de los individuos sujetos a la jurisdicción de los Estados que han firmado y ratificado el Pacto de San José de Costa Rica de 1969.

La Corte Interamericana ha señalado que: *“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”*<sup>21</sup>.

En estos casos se ha identificado a las graves violaciones a los derechos humanos con los crímenes contra la humanidad, lo que a nuestro juicio no sería preciso, pues el sistema de derecho internacional de los derechos humanos tiene siempre presente que las violaciones a los derechos humanos las comete únicamente el Estado, mientras que en los crímenes de lesa humanidad puede ser el miembro de una organización para estatal el agente activo del crimen. La Corte ha señalado en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* que: *“un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda”*<sup>22</sup>. Puede serlo, pero no necesariamente. Si el agente activo es un grupo terrorista por ejemplo, se podría verificar violaciones a los derechos fundamentales, e incluso estos grupos podrían cometer crímenes contra la humanidad, pero no violaciones a los derechos humanos –no podrían ser procesados en el sistema interamericano de derechos humanos–. Por una cuestión de claridad técnica se ha reservado tradicionalmente a los Estados la responsabilidad por violaciones a los derechos humanos y ya hemos visto que no necesariamente agentes estatales son los sujetos activos en la comisión de crímenes de lesa humanidad, pueden ser grupos terroristas, grupos paramilitares, subversivos en armas contra el Estado, etc., todo enmarcado por un conflicto armado internacional o no internacional.

Lo señalado líneas arriba lo afirmamos aun teniendo en consideración que el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia ha señalado que no es necesario probar una relación entre los crímenes internacionales y los conflictos

<sup>21</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos vs. Perú* (2001, Serie C n° 75) fundamento 41.

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006, Serie C n° 154) fundamento 105.

armados<sup>23</sup>, posición que no compartimos y que sería materia de un análisis minucioso que no vamos a desarrollar en este espacio.

## IX. ¿FUE SENTENCIADO ALBERTO FUJIMORI POR LA COMISIÓN DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD?

La sentencia dada por la Corte Suprema de Justicia del Perú, en 2001, en su parte considerativa señala que la Fiscalía, para poder entender los crímenes por los que Fujimori era acusado, tuvo que recurrir a figuras del derecho penal internacional, en el que los ilícitos cometidos por los grupos paramilitares, de los que el órgano jurisdiccional entiende que Fujimori tenía conocimiento, actuaban con impunidad al resguardo del aparato estatal y de manera sistemática en el tiempo<sup>24</sup>.

Más adelante la Sala Penal de la Corte Suprema realiza un desarrollo específico con respecto a los delitos contra la humanidad, llegando a afirmar que: *“los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trascienden su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad”*<sup>25</sup>.

Sin embargo, en la sentencia se condena a Alberto Fujimori por Homicidio Calificado - Asesinato, Lesiones graves (señalando que se trata de crímenes contra la humanidad para el derecho internacional penal, dato muy importante a tener en cuenta), y por secuestro agravado.

La pena impuesta fue de 25 años de pena privativa de libertad, según el Código Penal vigente y los tipos penales que regían en el momento de la comisión de los delitos.

Si bien es cierto que la sentencia hace mención al derecho penal internacional (o derecho internacional penal), no impone la pena en base a estos instrumentos internacionales toda vez que se juzga al ex presidente con las normas internas del Perú en base al principio de legalidad. Después de todo el crimen de lesa humanidad es un crimen contra el derecho internacional

---

<sup>23</sup> VALENCIA (2000) p. 308.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, *Contra Fujimori* (2001, EXP. N° A.V. 19 - 2001) fundamento 56.

<sup>25</sup> *Ídem.*, fundamento 717.

como nos recuerda la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución sobre juzgamiento de crímenes internacionales de 2003.

## X. COLOFÓN

Este artículo fue escrito en su mayor parte después que la familia Fujimori presentara el pedido formal de indulto humanitario a favor del líder del fujimorismo y antes de la decisión presidencial de negarlo y que fue comunicada a la opinión pública el siete de junio de 2013. El presidente Ollanta Humala basó sus razones en el trabajo de la Comisión de Gracias Presidenciales que acordó por unanimidad recomendar al mandatario que no se conceda el indulto en razón de que ni la salud física ni mental del ex presidente corría riesgo, y además porque no se había encontrado en el reo señal de arrepentimiento a pesar de la magnitud de los crímenes que se le atribuyeron.

## CONCLUSIONES

1. No existe en el derecho ningún área libre del control de constitucionalidad. La facultad de dar un indulto no sería absolutamente discrecional para el presidente de la república. Sin embargo debemos ser cautos y señalar que en determinados casos de comprobado sufrimiento del interno, sí sería posible conceder el indulto por razones humanitarias siempre y cuando su aplicación no conduzca a la impunidad.
2. El derecho de gracia, tal como se concebía, como una prerrogativa absoluta del jefe de estado, no es viable en un estado de derecho constitucional.
3. Es posible jurídicamente que el ejecutivo sea contenido en su decisión de conceder un indulto si el órgano jurisdiccional verifica que las razones y finalidad que incidieron en su otorgamiento han sido defraudadas.
4. El indulto implica un perdón que no necesariamente trae consigo la paz y la reconciliación nacional, sino veamos el caso del Mariscal Pétain que despertó encendidas pasiones entre sus partidarios y opositores y aun hoy en día divide la opinión de los franceses.
5. ¿El presidente de la república tenía la capacidad de indultar por razones humanitarias a condenados por delitos de lesa humanidad sin expresión de causa como señalaban algunos de los partidarios del ex presidente? En el

supuesto de responder afirmativamente, estaríamos obligados a afirmar que aceptamos que es legítimo denegar un indulto sin exponer mayor razón ni justificar la negativa.

6. Las restricciones del derecho internacional de los derechos humanos a las amnistías se podrían utilizar, llegado el caso, para construir una doctrina de prohibición del indulto común, más no del indulto humanitario dadas sus especiales características de superioridad moral estatal frente a los agresores del pasado.

7. No se puede utilizar la analogía para bloquear un indulto con las razones desarrolladas por la jurisprudencia para la prohibición de las amnistías que vulneran los derechos humanos.

8. Si las condiciones de salud del ex presidente variaran notablemente en el lapso de unos años, la presentación de una nueva solicitud de indulto humanitario sería viable. La negativa reciente no tiene calidad de cosa juzgada ni mucho menos, debido a su carácter sui generis. No es difícil predecir que la familia Fujimori y sus partidarios insistirán en liberar a su líder, por lo que una nueva petición en ese sentido no debería sorprendernos de aquí a un tiempo prudencial.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

BASSIOUNI, Cherif (2003): "Crímenes contra la humanidad", GUTMAN, Roy, RIEFF, David y GARZÓN, Baltasar, *Crímenes de Guerra: Lo que debemos saber* (Barcelona, Ed. Debate) 447 pp.

CASTELLANOS, Fernando (1977): *Lineamientos elementales de Derecho Penal* (México, Editorial Porrúa) 337 pp.

ESGUERRA, Gabriel (1920): *El derecho de gracia y sus especies* (Tesis doctoral, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia) 63 pp.

HERNÁNDEZ CAMPOS, Augusto (2012): *La Corte Penal Internacional: hacia una definición del crimen de agresión en el estatuto de la Corte* (Lima, ANIGRAF).

OSSORIO, Manuel (1996): *Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales* (Buenos Aires, Editorial Heliasta) 797 pp.

VALENCIA VILLA, Hernando (2000): “El genocidio y los delitos de lesa humanidad ante la nueva corte”, *Revista de Estudios Sociales* (n° 7), disponible en <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81500709>>, fecha consulta: 28 agosto 2013.

## **NORMAS JURÍDICAS CITADAS**

Código Penal de 1991 del Perú.

Constitución Política del Perú de 1920.

Constitución Política del Perú de 1993.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 6 de octubre de 1945.

Ley n° 28.704, de 5 abril 2006.

Ley n° 28.760, de 26 de mayo de 2006.

Reglamento de la Comisión de Gracias Presidenciales, Resolución Ministerial n° 016-2010-JUS, 13 de julio de 2010.

Resolución Legislativa n° 4577, 7 de diciembre de 1922, concede indulto a Gabriel Alva Rodríguez.

Resolución Suprema n° 285-2009-JUS, 10 de diciembre de 2009, concede indulto por razones humanitarias a José Enrique Crousillat.

Resolución Suprema n° 056-2010-JUS, 13 de marzo de 2010, deja sin efecto la Resolución Suprema N° 285-2009-JUS.

Resolución (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) n° 01/03, sobre juzgamiento de crímenes internacionales, 24 de octubre de 2003.

## JURISPRUDENCIA CITADA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N° 01/03-Sobre juzgamiento de crímenes internacionales, 24 de octubre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos vs. Perú* (2001): sentencia de fondo, 14 marzo 2001, serie C n° 75.

\_\_\_\_\_, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006): sentencia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 septiembre 2006, serie C n° 154.

Corte Suprema de Justicia del Perú, *Contra Fujimori* (2009): Sala Penal Especial, 7 abril 2009, Exp. N° A.V. 19-2001.

Tribunal Constitucional, *Jalilie* (2007): sentencia 18 diciembre 2007, Exp. N° 4053-2007-HC.

Tribunal Constitucional, *Crousillat* (2011): 25 enero 2011, Exp. N° 03660-2010-HC.

# EL NUEVO PARADIGMA DE LA GARANTÍA DE LA JURISDICCIÓN

## *The new paradigm of warranty of jurisdiction*

ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ\*  
Universidad Andina del Cusco  
Cusco, Perú

**RESUMEN:** El influjo del neoconstitucionalismo ha transformado la forma de entender las distintas ramas del Derecho. Tratándose de la materia procesal, propiamente en su teoría general, se evidencia que el principalismo fundamental ha reconfigurado la naturaleza jurídica de las más medulares instituciones como la acción y la jurisdicción. Este trabajo expone la doble participación de la jurisdicción en el orden constitucional actual, es decir, tanto en su plano dogmático como orgánico, haciendo hincapié en lo que sin duda se pone a luz como un nuevo paradigma sobre la jurisdicción, que es su naturaleza de garantía y no meramente de deber.

**PALABRAS CLAVES:** garantía - jurisdicción - paradigma

---

\* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, grado académico obtenido con la máxima calificación que otorga esa Casa de Estudios (sobresaliente por unanimidad); candidato a Doctor en Derecho e Investigación por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa; especializado en Tutela Jurisdiccional Efectiva y Debido Proceso en la Pontificia Universidad Católica del Perú; Presidente de la Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas - SOPECJ. Profesor ordinario de Derecho Procesal en pre y posgrado de la Universidad Andina del Cusco; Director de Instituto de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco. <rgonzaleza@pucp.edu.pe>

**Artículo recibido el 17 de agosto de 2013 y aprobado el 10 de enero de 2014.**

**ABSTRACT:** The influence of Neoconstitutionalism has transformed the way we understand the different areas of Law. In the case of procedural matters, properly in relation to general theory, it appears that fundamental principlism has reshaped the legal nature of the most central institutions such as access to justice and jurisdiction. This paper exposes the twofold role of jurisdiction in the present constitutional order, that is, both in their organic and dogmatic aspect, emphasizing a new paradigm on jurisdiction, namely, its nature of warranty and not merely of duty.

**KEY WORDS:** warranty - jurisdiction - paradigm

## INTRODUCCIÓN

En la forma colectiva del principio supremo de justicia<sup>1</sup> la organización de la agrupación determina que cada uno disponga de una esfera de libertad, la misma que se maximiza en tanto lo demande el desarrollo de la personalidad, solo así el individuo se personaliza, es decir, se convierte en persona. La percepción de esta organización o acuerdo de agrupación o colectivización total, desde el influjo de los trabajos de Wilhelm von Humboldt (*Ideas para un ensayo de determinar los límites de la actividad del Estado* (1792), publicado en 1851) y John Stuart Mill (*Sobre la libertad*, publicado en 1859) se basa en el humanismo y la tolerancia.

El *humanismo* busca el desarrollo de la personalidad, y en ello puede manifestarse como *humanismo intervencionista* (el desarrollo de la personalidad está indicado por el dirigente del grupo, tiene funcionalidad en la infancia del ser humano en un contexto familiar, pero es disfuncional en el contexto político de la agrupación) o como *humanismo abstencionista* (asegura y maximiza el espacio de libertad individual en la organización de la agrupación, sujetándola a las ideas de *igualdad* de todos los seres humanos relacionada con la democracia y *unicidad* de cada cual relacionada con el liberalismo).

La disfuncionalidad política del *humanismo intervencionista* implica un régimen paternalista que le dice a cada cual lo que le “beneficia” autoatribuyéndose el rol de “correcto juzgador” sobre lo que le “conviene” al gobernado. El abierto quiebre de la libertad que conlleva este humanismo hace

---

<sup>1</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT (1987) pp. 439 y ss.

que deje de ser tal, en realidad desde que se hace intervencionista no tiene posibilidad de convertirse en un oxímoron, sino tan sólo en una realidad que evidencia un “totalitarismo injusto”<sup>2</sup>.

En el *humanismo abstencionista* la igualdad entre los hombres hace que cada uno tenga derecho a su esfera de libertad, es más, fundamenta el sentido de la democracia que ofrece un máximo de garantías que permitan alcanzar el liberalismo (demoliberalismo) o la consolidación de la idea de que todos los gobernados simultáneamente gobiernan. La unicidad de cada hombre (según la cual le es propia la facultad de decidir sobre sí mismo, sobre su destino, en fin, sobre lo que le conviene en tanto esto significa que no tolera coacciones que determinen su destino) determina el obrar negativo que asume el poder público frente a la zona de libertad que le es propia, es decir, fundamenta el liberalismo como contenido del poder estatal.

La *tolerancia* se vincula a la relatividad de la verdad, al convencimiento sobre ella que es la vía por la que cada uno se puede apropiarse de ella. Frente a la autoridad, que impone la creencia de algo y que por ello es propia de los dogmas de fe, la tolerancia permite efectivizar la libertad de enseñanza y de aprendizaje. En el contexto político la tolerancia se traduce en la conjunción efectiva de los principios fundamentales, ergo, en el fortalecimiento del individuo y el debilitamiento del poder público frente a este. Ese debilitamiento del poder público frente al individuo se trueca en la escisión o división de ese poder y también en su desmembración o separación.

Desde la configuración tradicional de la división de poderes con Locke (*Second treatise on civil government*, 1689) y Montesquieu (*Espíritu de las leyes*, 1748), y su consagración legislativa en la Constitución de Pennsylvania (1776), se asumió el esfuerzo por conjurar el poder concentrado que limite los derechos de los individuos y procurar, en cambio, que estos limiten a aquél. Siendo así, la presencia del principio de división de poderes fue confiada a los documentos constitucionales contemporáneos, que han permitido desarrollar su entendimiento con las consideraciones excepcionales pertinentes, de modo que el principio de división de poderes no es absoluto en tanto hay funciones constitucionalmente permitidas en las que, *v. gr.*, el Legislativo juzga o administra, el Ejecutivo legisla y el Judicial administra. Situación distinta es la del principio de separación de poderes que implica un contexto rígido de su contenido.

---

<sup>2</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 440.

## I. EL TRÁNSITO DE LA JURISDICCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ORGÁNICA A LA CONSTITUCIÓN DOGMÁTICA

La configuración de la Constitución obedece a una doble composición: estructural u orgánica y axiológica o dogmática.

a) La Constitución estructural u orgánica regula el ejercicio de los poderes públicos en forma democrático-representativa determinando su división y separación. Esto refleja la característica de la Constitución de ser cúspide o límite superior del sistema normativo, pues es acto constituyente radicado en la cima del sistema de fuentes del derecho.

b) La Constitución axiológica o dogmática establece los principios (derechos y garantías) fundamentales y sus contenidos, los cuales legitiman y limitan los poderes públicos, por ello lo constitucional de la Constitución brota de este componente.

Existe una estrecha relación entre estos componentes (estructural y axiológico) constitucionales; así la regulación de los poderes públicos por la Constitución estructural se pone al servicio de la realización de los principios contenidos en la Constitución axiológica, máxime que estos principios legitiman a aquellos poderes.

La Constitución democrática es aquella que entronca, con máxima estrechez, las nociones estructural y axiológica de la Constitución, teniendo para ello como condiciones estar dotada de *normas formales*, que determinan cómo producir normas y la distribución del poder público en su división (estructura orgánica) y separación (funcionalidad pública de gobierno o de garantía), y *normas sustanciales*, o mejor, normas principales fundamentales.

Las normas formales de la Constitución (estructural) se ocuparon del afianzamiento de los poderes públicos diferenciándolos entre sí desde sus estructuras, funcionalidad e institucionalidad orgánica, de modo que la estantería del Poder Judicial quedaba completamente erigida en la Constitución estructural u orgánica.

Aquí conviene señalar que históricamente la jurisdicción, a diferencia del Poder estatal judicial, no nace como expresión estatal a cargo de un órgano entendido como funcionario (estatal), sino, aparece como expresión privada que determina, o mejor, de (limita) el obrar del sujeto que juzga. De manera que con el tránsito de la jurisdicción al absoluto dominio estatal se identificó la función estatal judicial como jurisdiccional, amalgamándose al punto tal que las manifestaciones del poder estatal judicial -del que en un inicio se dijera que

como poder era casi nulo (Montesquieu)-, son los contenidos de la jurisdicción tradicionalmente reconocidos por su remota procedencia (*gnotio, vocatio, coercitio, iudicium* y *executio*), siendo en la actualidad lo que nadie duda que son: poderes (de conocimiento, comparecencia, documentación, decisión, ejecución y coerción) de los órganos del Poder Judicial. Con el constitucionalismo actual, las viejas y tenues conjeturas de fundamentalidad de la jurisdicción se fueron evidenciando imperceptiblemente vinculada a los derechos fundamentales, de modo que no hubo forma de entender la jurisdicción sino como garantía; pero el problema de entender la garantía de la jurisdicción es mucho más complejo, porque para comenzar no puede encajar en la Constitución estructural u orgánica, sino, pertenece por su genética principal a la Constitución axiológica o dogmática.

Siendo así, en relación a la jurisdicción, ¿qué es de la noción estructural de la Constitución y qué de la axiológica de la misma? Evitar la paradoja de una garantía que escapa de la noción axiológica de la Constitución o una perspectiva procesal que distingue<sup>3</sup> en sus interiores un aspecto estático de la jurisdicción, como emanación o atributo de la soberanía del Estado, que es patrimonio del derecho político<sup>4</sup>, y al mismo tiempo una fase dinámica de la jurisdicción en el proceso, que es la parte de la jurisdicción que corresponde ser estudiada en el derecho procesal, exige claridad en la noción de la garantía fundamental que se le atribuye a la jurisdicción. En ese sentido, y dando respuesta a la pregunta, se sienta lo siguiente:

- a) La jurisdicción nació fuera del entorno del poder político en el proceso de las *legis actionis* y *per formulas*, fue absorbida y confundida con el poder estatal de la *cognitio extra ordinem* y sufrió la ausencia (porque estuvo contaminada por la noción de poder político indiferenciable en el procesalismo científico) y la suplantación (por grotescas y vagas formulaciones de deber, poder-deber, potestad, facultad y otros harapos conceptuales) de su identidad jurídica. En la actualidad, bajo las constataciones del poder en el (neo)constitucionalismo, (i) se ha establecido que su genética procesal no es la de poder estatal traducida en potestad recaída constitucionalmente en una autoridad-sujeto que encarna orgánicamente la cuota de poder dividido, sino, de dignidad y libertad traducidas en esencia deóntica (de)limitadora de ese poder, o mejor, de esa potestad, (ii) se ha identificado su filiación normativa estructural (principalista fundamental), (iii) se ha constatado su natural adaptación al medio neoprocesalista como garantía del derecho fundamental de acción y (iv) se la ha registrado con

<sup>3</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA (1992) p. 30.

<sup>4</sup> Cfr. GUASP y ARAGONESES (1998) p. 94.

su auténtica identidad: garantía fundamental, consecuente jurídico de la estructura normativa del principio fundamental de acción.

- b) Siendo así, la *jurisdictio*, en sus orígenes fue la atribución de la facultad de decir el derecho otorgada al Estado, lo que ingresó a nutrir la concepción de poder, por hacerse expresión de soberanía estatal, con unidad y exclusividad, de manera que cuando se produjo la separación de poderes no fue sino la estructuración orgánica de ese poder para su ejercicio en tres grandes ámbitos, siendo uno de ellos el judicial, atención, no jurisdiccional sino judicial. Si bien se intentó clarificar que el judicial era una función y no un poder, pues el poder estatal es uno solo e indivisible, ello no turbó la utilidad de identificarlo como el poder para solucionar los conflictos y establecer la consecución permanente de la paz en la sociedad, pero sí dejó en claro que no se entiende ese poder sin su función, en la medida en que ella es jurisdiccional(izada). Con otras palabras, tradicionalmente se configura la jurisdicción desde la división de poderes y, por tanto, desde el poder del Estado frente al ciudadano.
- c) En el paleoprocesalismo siempre se ha configurado la noción de la jurisdicción como poder por su vinculación con el Poder Judicial, de manera que la idea<sup>5</sup> de la jurisdicción hecha poder, porque se instala en el Poder Judicial, es frecuente. En el neoprocesalismo la jurisdicción se configura desde los principios fundamentales, de manera que se reconoce en la jurisdicción una garantía y, algo más, un auténtico soporte de la democracia constitucional.
- d) Si la jurisdicción es procesalmente garantía, no puede ser poder. La configuración de la potestad jurisdiccional corresponde al derecho constitucional, propiamente a los ámbitos que abarcan la Constitución estructural u orgánica.
- e) En el derecho procesal la jurisdicción es una garantía de modo que no es sino consecuencia de una exigencia del derecho de acción; entonces, deviene en falsa por ilógica la afirmación<sup>6</sup> de que el derecho de acción se deduce de la obligación jurídica de derecho público del Estado de prestar sus servicios jurisdiccionales.
- f) La garantía de la jurisdicción se orienta a la efectividad del derecho, asegurando la permanencia y extensión del orden jurídico normativo, porque

---

<sup>5</sup> Cfr. GOZAÍNI (1992) p. 173.

<sup>6</sup> Cfr. DEVIS (1994) p. 80.

es fuente o manante jurídico de sentencias judiciales que realizan las leyes que desenvuelven la letra y espíritu de la Constitución en el caso concreto.

- g) El poder público estatal, Poder Judicial, es depositario precisamente de los poderes, mejor entendidos como potestades, que a su través se revelan y que inicialmente se describían como elementos de la jurisdicción. La jurisdicción, como garantía que es, no puede configurarse como poder, sino, como límite al poder, algo mejor, como contenido constitucional deóntico que legitima al poder, por eso su lugar es la parte axiológica de la Constitución. Hay un tránsito neoconstitucional de la jurisdicción de la noción estructural de la Constitución a la noción axiológica de ésta, claro está, dejando a salvo el poder estatal judicial en la noción estructural de la Constitución, que es donde se entienden propios los poderes de la jurisdicción, los cuales son los que precisamente padecen las limitaciones que imponen los contenidos de la garantía de jurisdicción.
- h) La jurisdicción es una garantía que se ajusta a la estructura normativa del principio de acción, propiamente como consecuente jurídico al igual que su vasto contenido, siempre en correlatividad al contenido del derecho de acción. No cabe duda que la jurisdicción pertenece a la teoría del derecho procesal en la perspectiva del neoprocesalismo. De esta manera si algo queda en el aire es la idea del concepto de jurisdicción como algo ajeno a la teoría del proceso, porque no es cierto que el derecho procesal reciba un concepto de jurisdicción prefabricado por el derecho constitucional, menos que sea un presupuesto subjetivo referido al juez como sujeto del proceso<sup>7</sup>.

Con el tránsito de la jurisdicción de la Constitución estructural a la Constitución axiológica pasa, también, de ser un concepto político a ser un concepto jurídico procesal. La jurisdicción no es poder, lo que no deteriora el sentido del Poder Judicial, es más, no implica que en el proceso no haya presencia del poder estatal como potestad ejercida por el órgano judicial, o jurisdiccional cuando queda sujeto a la garantía que propicia tal adjetivo y que en el Estado constitucional de derecho se entiende como “potestad jurisdiccional”. La jurisdicción es garantía, es límite y a la vez licencia y exigencia del obrar estatal que no es sino ese poder judicial controlado, (de)limitado, o mejor, jurisdiccionalizado, lo que en todo caso hace de ese órgano judicial un órgano jurisdiccional.

<sup>7</sup> Cfr. QUINTERO y PRIETO (1995) pp. 159 y ss.

## II. JURISDICCIÓN Y GARANTISMO JURÍDICO

El garantismo no es patrimonio de alguna vertiente del positivismo jurídico, es la lectura de las *garantías* de los *derechos* fundamentales en la tesis que ante todo los diferencia sin desvincularlos y, aquí va lo medular, reconoce la indispensabilidad de las garantías en la efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho. En el integrativismo trialista eficaz el garantismo se nutre del neoconstitucionalismo y viceversa, de manera que se trata de un garantismo que reconoce un orden normativo conformado por principios y reglas, consecuentemente abierto al tratamiento de la proporcionalidad.

Garantismo y neoconstitucionalismo son indesligables y de necesaria compatibilidad para viabilizar un espacio de abarcabilidad política, democrática, sociológica, jurídica y, en esta última, constitucional que (re)construya el subsistema principal a partir de las garantías correlativas a los derechos fundamentales.

Las garantías son correlativas a los derechos fundamentales, existen por éstos y, por tanto, fluyen de la letra y del espíritu de la Constitución, todo principio fundamental correlaciona normativo-estructuralmente una o más garantías a cada derecho fundamental para su efectividad pues esto es parte de su fundamentalidad, de modo tal que las garantías, incluidas sus clases (positiva o negativa), forman parte de una noción amplia, o mejor, principal, de derechos fundamentales y por tanto no resulta capital el esfuerzo por definir y clasificar las garantías.

El garantismo, en la estructuración jurídica integrativista trialista eficaz, es saber jurídico que (re)construye, (re)piensa o (re)define la noción y contenidos de las garantías de la efectividad los derechos fundamentales; esa naturaleza cognitiva está determinada por la trascendencia de la efectividad del ordenamiento en la *jurística* normológica y en la dimensionalidad fundamental del derecho.

La jurisdicción es garantía de la efectividad del derecho de acción, lo que significa que procura la efectiva tutela jurídica de los derechos, en el orden constitucional, comprometiendo en primera instancia su contenido de garantía de la tutela jurisdiccional; pero no sólo la tutela jurisdiccional es inmediato resorte de la jurisdicción, también lo es la efectividad de los derechos, lo que pone en primer plano de la jurisdicción la defensa y la realización de los derechos, aunque cabe reconocer que si se tratara de establecer un orden prioritario entre tutela o efectividad en relación al garantismo, sería más directa la relación con la efectividad o realización puesto que la tutela o defensa se arraiga

más al plano sociológico de la proyección neoconstitucional que se traduce en la aplicación del principio de proporcionalidad. Lo dicho, evidentemente, de ninguna manera significa escindir estas nociones, sino todo lo contrario, este cotejo da cuenta de la estrecha vinculación normativo-funcional que existe entre garantismo y neoconstitucionalismo.

- a) La jurisdicción por tanto tiene contexto material, o mejor, normativamente apreciada asume una elevada carga deóntica (de prohibición y de obligación), de manera que su condición procesal es también material y no instrumental. No es garantía el instrumento sino el cometido material que asegura el resultado del su empleo, por eso la garantía no se vincularía con la eficiencia del derecho, sino, con la efectividad del mismo. La condición procesal de la jurisdicción, en tanto por ella se entienda instrumental y no material, es equívoca. Es el proceso tiene un carácter instrumental respecto al derecho sustancial<sup>8</sup> por eso el proceso no puede ser garantía; ni una garantía, como la jurisdicción, puede ser instrumental.

Es importante diferenciar la garantía de jurisdicción del proceso, porque la garantía no existe por el mecanismo procedimental (*rectius est*, procesal) sino por el fin de este; de manera que el proceso como tal no es garantía, ésta se encuentra en el contexto material que procura la efectividad de derechos fundamentales en el proceso y en la finalidad de éste que es la sentencia. Recuérdese que la finalidad de la jurisdicción bien puede ser entendida como la solución del conflicto de intereses intersubjetivo y el logro de la paz social en justicia, fines que salen sobrando en relación al proceso porque éste no soporta el alto contexto garantista de tales fines, sino, tan solo su ordenado tránsito, o mejor, su relación (*rectius est*, interacción) metódica en línea de propiciar, aquello para lo que está llamado a servir: conseguir una sentencia. La desnaturalización del proceso en este orden es frecuente y no deja de tener presencia en ordenamientos procesales, v. gr., el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano.

---

<sup>8</sup> Cfr. PROTO (2003) p. 7, PROTO (2010) p. 33.

### **1. *La caracterización estructural de la jurisdicción en el paradigma del estado constitucional de derecho del garantismo del positivismo crítico ferrajoliano***

Ubicar la jurisdicción en el garantismo del positivismo crítico ferrajoliano<sup>9</sup> demanda comenzar por el inicio, que implica tomar contacto con el paradigma del Estado constitucional de derecho.

El poder advertido en la situación no positiva, o mejor, no sujeta a positividad o supraordenación alguna, por tanto poder originario, incalificable de (i) legítimo, realizado por un obrar de un sujeto natural constituyente, identifica no solo sujetos naturales como sujetos constituyentes, sino, de un lado, la situación constituyente y, de otro, la actividad o “facultatividad” de esa situación. Se trata del fundamento político, jurídico externo, fundante y no fundado del derecho: el poder constituyente.

Es ejercicio del poder constituyente productor de normas sobre la producción jurídica es el acto constituyente, caracterizado por ser constitutivo de instituciones jurídicas y estar imputado al sujeto constituyente democrático llamado pueblo. El acto constituyente tiene supraordenación límite por ello produce una Constitución y ese hecho es precisamente el que lo hace constituyente.

La Constitución democrática es la que articula su parte axiológica a su otra estructural y se define cohesionando las nociones de poder, acto y sujeto constituyentes, acentuando además (i) su naturaleza de estatuto, (ii) consecuentemente su configuración como conjunto de normas, (iii) de esencia productora que (iv) al tiempo de ser política es democrática porque comprende: a) la división de los poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno a través del ejercicio de los derechos políticos y la separación de estas últimas, con respecto a las funciones de garantía, como normas de reconocimiento de la esfera pública; b) la producción por obra del ejercicio de los derechos civiles de las situaciones disponibles a ella pertenecientes, como normas de reconocimiento de la esfera privada; y, c) la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales estipulados como vitales por sus normas sustantivas como razón social.

Los sistemas deónticos, el derecho es uno de ellos, son sistemas lingüísticos, lo que implica que son lenguas y lenguajes de comunicación prescriptiva, jurídica tratándose del derecho. En el Estado constitucional de derecho tanto

---

<sup>9</sup> Para todo Cfr. FERRAJOLI (2011) pp. 630 y ss. y 801 y ss; TARUFFO (2009) pp. 21 y ss.

las normas formales (sujetadas al principio de legalidad)<sup>10</sup> sobre la producción de los actos lingüísticos –signos– como las normas sustantivas (sujetadas al constitucionalismo jurídico) sobre los contenidos –significados– se hallan codificadas y reguladas, es decir la vigencia y validez formal así como la validez sustancial del derecho positivo se hallan condicionadas. Esto último, la validez sustancial del ordenamiento está supeditada a los principios positivos de justicia consagrados en la norma supraordenada a la legislación.

Siendo así, en el Estado constitucional de derecho, las normas no solo son condicionantes (en su actuación espontánea o forzosa) sino están condicionadas (esfera de lo indecible), es decir, erigidas en un derecho sobre el derecho o un sistema de normas metalegales que supeditan el poder público a una *convención* sobre las formas y lo indecible –porque no puede ser decidido o no puede no ser decidido– de las decisiones legislativas, es decir, a una Constitución democrática cuyo músculo sustancial son los derechos fundamentales.

El carácter positivo, artificial y convencional del sistema ius-constitucional, que permite la regulación de las formas de producción del derecho, se ata a la jurisdicción para hacer efectivo o aplicable el derecho hecho y que jurídicamente “debe ser”.

Pero arribar a la jurisdicción en el panorama garantista ferrajoliano no es tan simple, porque debe necesariamente recorrerse el núcleo de la composición estructural de la Constitución, es decir, (i) la *representación política* (norma de competencia que confía a ciertos sujetos la representación orgánica de función pública a través de los derechos políticos de voto), (ii) la *división del poder* (norma de competencia relativa a las funciones de una institución realizadas por funcionarios designados o que corresponden a un procedimiento) sea *orgánica* (los funcionarios son designados por otros funcionarios, presupone una organización intra-orgánica o inter-orgánica, las decisiones son consecuencia del *quién*) o *funcional* (las funciones de ciertos funcionarios requieren de las funciones de otros funcionarios, presupone un procedimiento, las decisiones son consecuencia del *cómo*); y, (iii) la *separación de los poderes* (norma de competencia relativa a las funciones de una institución que resultan excluidas de las de otras instituciones) sea *orgánica* (los funcionarios que realizan las funciones no son designados por funcionarios de instituciones diferentes) o *funcional* (los actos por los que se realizan las funciones no suponen la realización de otros actos por otros funcionarios de otras instituciones).

<sup>10</sup> Cfr. TOMMASEO (2002) pp. 12 y ss.

Se puede apreciar que estas tres necesarias rutas de la composición estructural de la Constitución, son la primera exigencia de ésta cuando se define democrática. Además, se advierte que la división y separación, sean de orden orgánico o funcional, pueden ser plenas o parciales, dependiendo de la orientación de los ordenamientos en atención a la estructura de las funciones públicas, las cuales se dividen en funciones de gobierno y funciones de garantía.

Las *funciones de gobierno* son legislativas y administrativas cuyo ejercicio es sustancialmente válido si respeta las normas sustantivas sobre su producción. Las *funciones de garantía* consisten en garantías primarias o garantías secundarias producidas legislativamente y actuadas por actos sustancialmente válidos por la aplicación sustancial de las normas sustantivas sobre su producción. Estas últimas están instituidas para la defensa de la esfera de lo indecidible<sup>11</sup>, por eso son funciones jurisdiccionales.

Las funciones de garantía primaria consisten en *garantías primarias*, que son garantías negativas de los derechos de libertad, que implican un obrar negativo por constatación o prevención de actos que amenazan su lesión, y garantías positivas de los derechos sociales, que implican un obrar positivo por constatación de los presupuestos requeridos para su satisfacción; la garantía primaria es la obligación de prestación o la prohibición de lesión dispuestas en garantía de un derecho subjetivo. Las funciones de garantía secundaria consisten en *garantías secundarias*, que son garantías jurisdiccionales o parajurisdiccionales, consistentes en la constatación y sanción o reparación de la lesión de una garantía primaria, es la obligación de anulación o de condena predisuelta en garantía de la anulabilidad de un acto inválido o de la responsabilidad por un acto ilícito.

Siguiendo la línea clasificatoria de las funciones públicas se asume, en relación a las instituciones públicas, la división de éstas en instituciones de gobierno e instituciones de garantía. Las primeras, *instituciones de gobierno*, están dotadas de normas de competencia de los órganos y de los funcionarios encargados del ejercicio de funciones de gobierno, las cuales se refieren a la esfera de lo decidible, se fundan en la voluntad popular e implican valoración discrecional o política de los intereses generales, legitimándose por la legitimidad política de la autoridad que en democracia es la voluntad popular traducida en elección política de representantes (*auctoritas non veritas facit legem*). Las segundas, *instituciones de garantía*, están dotadas de normas de competencia de los órganos y de los funcionarios que asumen el ejercicio de funciones de garantía, las cuales se refieren a la esfera de lo indecidible, se fundan en la

---

<sup>11</sup> Cfr. FERRAJOLI (2008) p. 102.

verdad e implican aplicación sustancial de la ley, legitimándose por la verdad o la aceptabilidad de la decisión judicial como verdadera (*veritas non auctoritas facit iudicium*).

Bajo este clima teórico la jurisdicción es ante todo una garantía de los derechos subjetivos, que bien puede entenderse también como una institución de garantía secundaria, por tanto, de una función de garantía secundaria que, como tal, repara el incumplimiento y disfunción de las instituciones de garantía primaria (v. gr., escuelas, hospitales, etcétera), su previsión y organización pertenece a una dimensión formal de la democracia constitucional, orientándose, al mismo tiempo, a efectivizar la dimensión sustancial de la referida democracia, lo que ayuda a configurar una definición de jurisdicción, por la que ésta consiste “siempre” en (i) el ejercicio de la función judicial, que es función de garantía secundaria que, a su turno, es la actuación de una garantía secundaria, consistente en la anulabilidad de los actos inválidos o responsabilidad por actos ilícitos objeto de juicio; (ii) una constatación, tanto de los hechos como de la aplicabilidad de normas, haciendo efectivas éstas sobre aquellos; (iii) la aplicación de normas secundarias a la inobservancia constatada de normas primarias; y, (iv) la aplicación como normas sustantivas sobre su producción, de las mismas normas cuya inobservancia constata (actos inválidos o ilícitos).

Algunas aclaraciones:

a) La noción de garantía en el pensamiento ferrajoliano transita diversas facetas que van desde su orden estrictamente deóntico hasta su colocación coherente en la teoría del derecho importando, sobremanera, en este espacio la calificación de garantías tanto de (i) las obligaciones y prohibiciones correspondientes a los derechos subjetivos, respectivamente positivos y negativos, como (ii) la obligación de anulación correlativa a la expectativa de anulabilidad de los actos inválidos y la de condena correlativa a la expectativa de la responsabilidad por actos ilícitos. Lo que se traduce en las garantías primarias (de primer grado o sustanciales) y secundarias (de segundo grado, instrumentales, procesales o jurisdiccionales), respectivamente.

b) En esta línea de pensamiento las garantías son funciones públicas (funciones de garantía) y por tanto poder público, o peor, “una clase de poder”;<sup>12</sup> entonces, si se trata de un poder público ¿cómo se entiende el orden limitador del poder que tienen las garantías o, simplemente, no lo tienen? La respuesta está en que las garantías son el mismísimo poder público y si algo limita ese poder son los derechos fundamentales; siendo

<sup>12</sup> Cfr. FERRAJOLI (2011) pp. 828.

así, en la teoría del positivismo crítico, las garantías deben limitarse por los derechos fundamentales y no por sí mismas.

c) Si la jurisdicción es, en estos términos, una garantía, también lo puede ser el proceso y en efecto lo es.<sup>13</sup>

d) Hay una acentuada instrumentalización de la jurisdicción al considerarla una garantía de segundo grado que interviene en caso de ineffectividad de las garantías de primer grado.

e) Las garantías secundarias o procesales se articulan a una compleja serie de “subgarantías”, entre ellas el derecho de acción.

Algunas observaciones correlativas a las aclaraciones:

- a) Todas las garantías son sustanciales, aun las procesales. No existen garantías procesales-instrumentales porque tienen cargas deónticas de lo obligatorio y lo prohibido. Las normas procesales son solamente rituales o formales y no materiales.
- b) Las garantías son principios, integran la estructura normativa principal en el rol de consecuente jurídico, viven en el ordenamiento principal fundamental y no en la estructura de poder, limitan las funciones del poder público, no son esas funciones. La garantía de la jurisdicción no es función pública, no es una clase de poder, sino, es límite de la función judicial, es decir, del “poder” judicial. De lo contrario no habría cómo dar respuesta disolutoria a la paradoja de la autolimitación del poder o de éste como garantía de los derechos fundamentales, si en verdad las garantías son tales es porque lo son frente al poder público estatal. Por eso la jurisdicción alimenta a la Constitución axiológica y no a la estructural y por eso legitima el obrar del poder público estatal judicial.
- c) Si las garantías secundarias, por la vinculación que tienen con las normas secundarias, implican manifestaciones deónticas de lo obligatorio y de lo prohibido, ¿cómo podría entenderse válidamente un escenario similar con relación al proceso? Evidentemente no ha respuesta que satisfaga afirmativamente la pregunta.
- d) La diferenciación entre garantías de primer grado y segundo grado coincide con la nociva, tradicional y preprocesal percepción de lo procesal

---

<sup>13</sup> Cfr. FERRAJOLI (1995) p. 603.

como únicamente ritual, o peor, como adjetivo de lo sustantivo. No se repara que existen derechos y garantías procesales sustanciales fundamentales, de ahí que se consienten lagunas, es decir, que las garantías secundarias pueden faltar y que ello no es remediable.

- e) Si el núcleo del garantismo ferrajoliano está en no confundir los derechos con sus garantías, no hay justificación para configurar el “derecho” de acción como una “subgarantía”. Esto significaría que la “garantía de acción” también se podría entender como “función pública”, o peor, como una “clase de poder público”.

### III. LA GARANTÍA PROCESAL FUNDAMENTAL DE JURISDICCIÓN

En una de las mejores visiones<sup>14</sup> paleoprocesalistas de la jurisdicción, ésta presenta un punto de vista estático y otro dinámico. Desde un punto de vista estático la jurisdicción se concibe como emanación o atributo de la soberanía del Estado, es decir, como expresión de poderes o funciones; y, desde un punto de vista dinámico la jurisdicción se entiende vinculada al proceso. Más allá de lo correcto de advertir que la perspectiva estática de la jurisdicción corresponde al derecho constitucional y la dinámica al derecho procesal, resulta claro que queda hueca la explicación de la condición dinámica de la jurisdicción, evidentemente porque en el paleoprocesalismo la concepción de la jurisdicción como garantía era impensable más aún con un contexto normativo fundamental. De ahí que si algo bueno queda de esta idea dual de la jurisdicción es que una es aquella que brota de la Constitución en el orden estructural u orgánico y otra es aquella que se puede entender en el escenario procesal que, en el neoprocesalismo, se muestra como garantía gravitante en la Constitución dogmática o axiológica.

Decir que la jurisdicción es una *garantía* no es nada nuevo, ya en el siglo XIX se advertía así<sup>15</sup> ante la posibilidad de violación de los derechos, la exigencia de una nueva institución comprendida bajo la designación de “garantía” contra esa violación: la jurisdicción como parte integrante del derecho público.

<sup>14</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA (1992) p. 30.

<sup>15</sup> Cfr. SAVIGNY (1879) p. 7.

Además, la percepción de la jurisdicción como un deber del Estado *a partir del derecho de acción* del particular fue expuesta<sup>16</sup> y consentida<sup>17</sup> sin mayor crítica, es más, resulta regular en el paleoprocesalismo avizorar<sup>18</sup> la jurisdicción como garantía reportada por el orden constitucional de un Estado, claro está porque también era regular advertir<sup>19</sup> garantías contenidas en la jurisdicción como la recusación al juez inidóneo:<sup>20</sup> la imparcialidad del juez.

De otro lado no toda consagración de la jurisdicción como garantía fue correcta; así, por ejemplo, decir que la jurisdicción es “garantía” de las normas jurídicas<sup>21</sup> o del concierto de los poderes del Estado<sup>22</sup>, tiene en la actualidad una insuficiencia semántica que la inutiliza si se atiende al contexto (procesalista científico) al que obedece, evidentemente porque se reduce, en ambos casos, a la significación de asegurar o proteger el derecho objetivo o esa creación estatal positiva de sujeción obligatoria para los ciudadanos, y ello resulta evidente porque la insuficiencia acusada no queda, ni podría quedar, supeditada al esclarecimiento de qué clase de normas se trata y, en esa ruta, esperar llegar a un destino compatible con el constitucionalismo actual, es decir, a imaginar que en el procesalismo la noción de principios fundamentales y de las normas que los consagran tuvo algún acento en la jurisdicción, resta decirlo, no tiene asidero.

Si se tratara de perfilar la jurisdicción no se dejará de anotar que (i) es una garantía fundamental correlativa al derecho fundamental de acción, (ii) que (de)limita los poderes de los que está investido el órgano judicial en proceso (*gnotio, vocatio, coercitio, iudicium y executio*), (iii) implicando un contenido de garantías tanto de obrar negativo (de prohibición) como de obrar positivo (de obligación), (iv) que efectivizan los contenidos del derecho de acción a los que se enlazan con correlatividad normativo-estructural.

---

<sup>16</sup> Cfr. CARNELUTTI (1944) p. 77.

<sup>17</sup> Cfr. COUTURE (1978) p. 39.

<sup>18</sup> Cfr. GOZAÍNI (2001) p. 342.

<sup>19</sup> Cfr. COUTURE (1978) p. 39.

<sup>20</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 41.

<sup>21</sup> Cfr. CALAMANDREI (1943) p. 134.

<sup>22</sup> Cfr. GOZAÍNI (1992) p. 175.

#### IV. LA JURISDICCIÓN Y EL PRINCIPIO SUPREMO DE JUSTICIA

La juridización de la vida humana asiste a las expresiones del principio supremo de justicia<sup>23</sup>; así, su forma colectiva da cuenta de la organización de la agrupación humana total y en ello no deja de determinarse una esfera de libertad que maximice el desarrollo de la personalidad, lo propio ocurre con su forma individual como el caso del reparto autoritario ordenancista, en el que esa esfera de libertad no deja de tener igual fuerza.

La jurisdicción se desplaza, en la estructura integrativista trialista del derecho, en la *efectividad* del orden normativo del derecho, implicando la “realización o actuación” de los derechos sustanciales sea en forma espontánea (principios procesales fundamentales) o forzosa (principios cuya efectividad son la pretensión demandada), esta última gracias a la eficiencia jurídica y en ella a través del proceso como método de interacción litigiosa para generar eficazmente un reparto autoritario específico sujeto al principio supremo de justicia.

En el contexto estructural principal el *principio de justicia* tiene un orden inicial, o de apertura, del derecho; en tanto el *principio de acción* tiene un orden final, o de cierre, del derecho. En el primer principio la garantía no es otra que la suprema de justicia y en el último la garantía es la jurisdicción, claro está, en una ordenación que en cada caso abarca un continente principal y sus contenidos, también principiales. Esto determina la funcionalidad, o mejor, la interacción principal de las garantías suprema de justicia y de jurisdicción. Se trata, pues, de las garantías límite del derecho que, como se fundamentan en la libertad y en la dignidad, tienen naturaleza dual, es decir, como garantías de autonomía (negativas) y de prestación (positivas).

Con otras palabras, el derecho por el que la violación de cualquier otro derecho debe ser “eficazmente” reparada y su garantía de asegurar a cada cual una *esfera de libertad y dignidad* dentro de la que sea capaz de desarrollar su personalidad, muestran un contenido, coincidente o alineado en orden estructural normativo, integrado por el derecho de acción y su garantía correlativa de jurisdicción. En ambas manifestaciones principales el centro nervioso o axiológico de los derechos corresponde a la *eficacia* jurídica, la concreción de sus correlativas garantías, pertenece a la *efectividad* del derecho; y, la mayor utilidad a bajo costo del método de interacción litigiosa que permite esta última –concreción de garantías y a su través de los derechos–, es expresión de la *eficiencia* del derecho.

<sup>23</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT (1976) pp. 415, 439 s., 470 ss.

Aquí corresponde recordar que en el tratamiento de la jurisdicción se diferencian dos planos: uno político que pertenece a la Constitución estructural y otro jurídico-axiológico que corresponde a la Constitución axiológica o dogmática

## V. FUNDAMENTOS DE LA GARANTÍA DE LA JURISDICCIÓN: LIBERTAD Y DIGNIDAD

Superada la autotutela por el fortalecimiento de la autoridad del Estado y traducida ésta en función jurisdiccional, la reparación de un derecho vulnerado se hizo patrimonio exclusivo, salvo algunas excepciones de autotutela legitimada por el ordenamiento jurídico, de esa función estatal, que siendo judicial se hace jurisdiccional porque queda sujeta, en grado determinante de legitimidad, a la jurisdicción. Solo así procura válidamente la efectividad de la norma material en un caso concreto para solucionar un conflicto de intereses intersubjetivo o esclarecer una incertidumbre jurídica.

La jurisdicción es garantía de libertad y de dignidad del justiciable en escenario procesal, en tanto libertad y dignidad son fundamentos del derecho fundamental de acción, de modo que la funcionalidad de la jurisdicción-poder de sustitución de la actividad y voluntad<sup>24</sup> privadas sólo es legítima y por tanto necesaria si la garantía de la jurisdicción sujeta la jurisdicción-poder (o simplemente energía del Poder Judicial para impartir justicia). Es decir, la única manera jurídica por la que la actividad y voluntad de las partes en controversia se sustituyen por la función jurisdiccional, particularizando la norma abstracta en el caso concreto, es por la garantía de jurisdicción, lo que también implica la única manera jurídica en la que la coercibilidad del ordenamiento se torna en coerción a través del proceso.

El ejercicio funcional judicial que reemplaza un accionar y una voluntad privadas, no puede ser discrecional, primario o por cuenta propia, sino, razonable,<sup>25</sup> secundario o por cuenta ajena, es decir, equilibrado, o mejor, proporcional, o mejor aún, constitucional. Este equilibrio de la autoridad no puede darse sino con la garantía de la libertad que nutre el derecho de acción: la garantía de la jurisdicción. No es raro, entonces, advertir que el derecho de acción limita el ejercicio de poder judicial, claro está, aclarando que lo hace a través de su garantía de la jurisdicción.

---

<sup>24</sup> Cfr. Dos (1944) p. 30.

<sup>25</sup> Sobre la razonable duración del proceso en la perspectiva europea Cfr. CARNEVALLI (2006) pp. 289 y ss; CONTINI (2006) pp. 315 y ss; FABRI (2006) pp. 343 y ss.

La jurisdicción como principio (garantía) fundamental implica el aseguramiento del derecho de libertad de resolver los conflictos intersubjetivos propios, no se puede imponer la función jurisdiccional a quien no la desea promover sencillamente porque ello pertenece a la esfera de la autonomía de la voluntad y, además, en el proceso civil, porque el interés en debate es para su titular plenamente disponible; consecuentemente, uno de los contenidos iniciales o de primera recepción de la garantía de la jurisdicción es el respeto de la libre iniciativa (de parte), que se asegura de dejar estática la función jurisdiccional o de hacerla dinámica cuando se considere pertinente. Siendo así, la acción es un derecho de autonomía y propicia el equilibrio entre libertad y autoridad gracias a su garantía de jurisdicción.

Pero la jurisdicción no solo está fundada en la libertad sino también el valor dignidad, de manera que, siguiendo el ejemplo anterior, no solamente asegura la libertad de resolver procesalmente los conflictos intersubjetivos propios, sino, también que esa resolución de conflictos sea eficaz; lo que compromete una prestación estatal positiva tangible no solo en el obrar judicial de impartición de justicia a través del proceso, sino, también más allá, *v. gr.*, en la observancia de las garantías positivas implicadas por la jurisdicción en la labor legislativa procesal.

Consecuentemente, si el valor libertad fundamenta la garantía de la jurisdicción es porque se trata de una garantía del derecho fundamental de acción –nada menos que la pura traducción de la libertad del justiciable en el plano procesal–, el valor dignidad como fundamento de la garantía de la jurisdicción posibilita la vinculación estructural del derecho de acción con sus garantías sociales como el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

Finalmente, es de fácil constatación que el fundamento de los derechos fundamentales y de sus correlativas garantías, también fundamentales, tiene una misma configuración basada en libertad y dignidad. Es decir, si las garantías existen para efectivizar derechos, en la idea de que derechos y garantías están unidos en su interacción y no en la idea de que una garantía deriva de un derecho, es lógico pensar que los fundamentos tanto de derechos como de garantías son también los mismos: libertad y dignidad.

## VI. NATURALEZA MIXTA DE LA GARANTÍA DE LA JURISDICCIÓN: GARANTÍA NEGATIVA Y POSITIVA

Está determinado que el derecho de acción tiene una naturaleza de autonomía y también de prestación, ello se evidencia en las consecuencias

jurídicas que tienen sus contenidos, de modo que su garantía correlativa de jurisdicción no puede dejar de obedecer el dictado normativo-estructural que determina que su naturaleza sea también consecuencia de los valores que animan el principio de acción, es decir, si de un lado la libertad solventa el principio de acción no hay mucho que ver para asegurarse que en su contenido gravita un derecho de autonomía vinculado estructuralmente a una garantía también de autonomía, que implica un obrar deóntico del orden “no permitido que” (“prohibido”); y, si de otro lado, la dignidad es también soporte valorativo del principio de acción, se esclarece la connotación de prestación que implica tanto el derecho como la garantía correlativa que estructuralmente lo conforman; en este último caso se trata de una garantía que prevé un obrar deóntico del orden “no permitido que no” (“obligatorio”).

Siendo así, con la garantía de la jurisdicción se posibilita que el *respeto* de la esfera de la libertad del individuo (en tanto éste tiene permitido el buscar la resolución del conflicto intersubjetivo en que está comprometido y participar en él según su ejercicio de voluntad lo permita) por el poder público, obligado a un obrar negativo –obrar deóntico del orden “no permitido que” (“prohibido”)– frente a él, se vea acompañado o dualizado, pero no “mezclado”, del cumplimiento de la esfera prestacional o positiva –obrar deóntico del orden “no permitido que no” (“obligatorio”)– estatal (en tanto el Estado está obligado a resolver eficazmente ese conflicto intersubjetivo y a hacer todo lo que conlleva a ello).

La jurisdicción denota, de un lado, una faz de pura garantía de libertad, como prohibición de interferir con la esfera de libertad del justiciable de resolver sus conflictos intersubjetivos propios, es decir, cuándo y cómo esa su libertad lo permita; y, de otro lado, una faz de pura garantía de prestación, como obligación de dotar todas las condiciones necesarias para que la eficacia en la obtención y cumplimiento de la resolución del litigio, en tanto dignidad e igualdad sustancial expuestas en la jurisdicción hacen que esta se proyecte como auténtica garantía social del derecho de acción como derecho social<sup>26</sup> que, como tal, exige un reparto de cargas estatales que son contenidos de la garantía de la jurisdicción, como el debido proceso y la tutela jurisdiccional.

---

<sup>26</sup> Sobre el fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales Cfr. BERNAL (2005) pp. 287 ss.

## VII. CONTENIDO DE LA GARANTÍA DE LA JURISDICCIÓN

Queda claro que la jurisdicción es garantía del derecho de acción; pero, también debe referirse que la jurisdicción satisface el contexto principal de la acción en una de sus implicancias que, recuérdese, son tres: derecho de (i) acceso a la justicia (eficacia), (ii) de acceso a la función jurisdiccional (efectividad) y (iii) de acceso al proceso (eficiencia). La función jurisdiccional está determinada por la carga potestativa de la jurisdicción que se traduce en los poderes de conocimiento –*gnotio*–, de comparecencia –*vocatio*–, de documentación, decisión –*iudicium*–, ejecución –*executio*– y coerción –*coercitio*.

Siendo así, el derecho de acción tiene un contenido conformado por otros derechos fundamentales que tienen vinculación directa con los contenidos no solo de la jurisdicción sino también de otras garantías, claro está, en un escenario de contenidos y subcontenidos que aparecen de la Constitución o de las leyes, en la medida en que también fluyen reglas de la Constitución y principios de las leyes.<sup>27</sup>

En la efectividad de la acción, la garantía de la jurisdicción participa de la libertad y dignidad que animan el principio de acción, demarcando, en sus contenidos, garantías que hacen de la acción un principio de autonomía –con la presencia de garantías que consisten en un obrar deóntico del orden “no permitido que” (“prohibido”)– y a la vez de prestación –con garantías que consisten en un obrar deóntico del orden “no permitido que no” (“obligatorio”)–; pero en ningún caso esto deja de ser consecuencia de la perspectiva del integrativismo trialista sobre el principio de acción, de manera que el ámbito del contenido que asume la garantía de la jurisdicción al tiempo de ser normativo-estructural es dimensional integrativista trialista.

Aquí conviene recordar que un derecho fundamental no solo se vincula a una garantía fundamental ni esta asiste únicamente (con exclusividad y exclusión), a un solo derecho, lo que deriva en un elenco de garantías tan numeroso como el de derechos, con otras palabras, las garantías, contenidas o no en otras garantías, no se encasillan necesariamente en los márgenes (de autonomía o de prestación) que comprende la naturaleza del principio de acción ni en un ámbito específico de trascendencia de la eficacia del objeto jurídico en los métodos *jurísticos* (dikelógico, normológico y sociológico).

Un punto clave para dilucidar el contenido de la garantía de la jurisdicción es atender a que ésta limita al poder estatal de impartir justicia, lo que

<sup>27</sup> Cfr. VILLA (2008) pp. 242 y ss.

presupone advertir la composición de ese poder que no es otro que el tradicional arsenal potestativo de conocimiento *–gnotio–*, de comparecencia *–vocatio–*, de documentación, decisión *–iudicium–*, ejecución *–executio–* y coerción *–coercitio–*. De manera que el contenido de la garantía de la jurisdicción se ordena según el contenido del poder limitado, o mejor, jurisdiccionalizado. Véase.

**TABLA N° 1**

Interacción básica del contenido de la garantía de la jurisdicción			
Derecho fundamental	Garantía fundamental		Poder público estatal
Acción como derecho de acceso al servicio de la función jurisdiccional (acceso a los jueces y tribunales) (contenido de efectividad)	Jurisdicción	Contenido de la jurisdicción Garantías de:	Función judicial-procesal
		Tutela jurisdiccional (no dejar de impartir justicia)	Poder de conocimiento
		Juez natural y técnico Debido proceso (comunicación oportuna del proceso)	Poder de comparecencia
		Motivación de sentencia Imparcialidad del juez Cosa juzgada	Poder de decisión
		Buena fe procesal Sanción de la mala fe	Poder de coerción
		Seguridad jurídica Legalidad	Poder de documentación, investigación o instrumentación
		Cosa juzgada	Poder de ejecución

El cuadro consignado no es cerrado ni acabado en el universo de garantías, pues queda abierto para más contenidos y subcontenidos en atención a las exigencias realizadoras del derecho de acción frente a las potestades de la función judicial en el proceso.

### **VIII. LA JURISDICCIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: LA JURISDICCIÓN COMO GARANTÍA DE CIERRE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

La efectividad de la normatividad jurídica está entregada a la *jurística* normológica, y en ella el principio supremo de justicia, que comprende el derecho a la justicia y la garantía suprema de justicia, se consagra reconocido en la Constitución axiológica, irradiando desde ella un complejo plexo axiológico contenido en derechos y garantías correlativas, procurando éstas la actuación espontánea de aquéllos; y, en caso de crisis de cooperación en esa empresa cobra presencia el principio de acción y en él la garantía de la jurisdicción, que como tal implica, en primer orden, una organización estructural que tenga asignada la labor de impartir justicia valiéndose de las potestades que se le atribuyen para tal efecto y sobre las que recaen sus contenidos, que son los contenidos (de la garantía de la jurisdicción) de efectividad que genera el principio de acción a partir de su contenido de derecho de acción como derecho de acceso al servicio de la función jurisdiccional (acceso a los jueces y tribunales) y de sus garantías correlativas.

El ordenamiento jurídico está conformado por lo normativo constitucional y lo normativo constitucionalizado, en ese panorama se ubica al principio supremo de justicia como el que abre la principalidad jurídica; y, al principio de acción, como el que la cierra, lo que significa que la garantía suprema de justicia se prolonga hasta la garantía de la jurisdicción, lo que bien podría denominarse el cinturón de garantías jurídicas.

Puede entenderse la condición de cierre de la garantía de la jurisdicción considerando la actuación de la norma de derecho material, propiamente la actuación forzosa de la norma principal cuando no se da la espontánea. Tomando en cuenta ello corresponde ver que si la principalidad jurídica se abre con el derecho por el que todo derecho fundamental es efectivo espontáneamente, no podría tener sentido alguno si ello quedara ahí, sin considerar el supuesto más trascendente que es el de la crisis de cooperación en la eficacia de los principios, pues el subsistema principal quedaría expuesto y condenado a quebrar. Por eso cobra trascendentalidad el principio de acción y en él la garantía de la jurisdicción, que precisamente cubre la actuación

forzosa de los principios y por tanto permite la efectividad del derecho como consecuencia de la validez de los principios jurídicos<sup>28</sup>, es decir, supera cualquier violación principal porque su pretensión es repararla con eficacia; lo que asegura que la libertad y dignidad implicadas en una carga estatal, de respetar (obrar deóntico del orden “no permitido que” (“prohibido”) y cumplir (obrar deóntico del orden “no permitido que no” (“obligatorio”) los contenidos principales, serán efectivas. Siendo así, el ordenamiento jurídico se cierra en la principalidad jurídica gracias al principio de acción, y en el orden de garantías contenido en éste gracias a la garantía de la jurisdicción, solo en esta lógica la tutela de los derechos si no es constitucional es constitucionalizada.

### ***1. Positivización de la jurisdicción en la Constitución***

Con la división del poder y la separación de los poderes estatales acogidas en la Constitución, resta poco esfuerzo para advertir que la jurisdicción, en tanto por ella se comprenda el poder jurisdiccionalizado, aparece fundada de la letra de la Constitución.

Lo que aquí importa es advertir la garantía de la jurisdicción en la Constitución, la misma que no puede entenderse sino en el mismo plano normativo del que gozan los derechos fundamentales, es decir, de reconocimiento implícito o explícito en la Constitución. Siendo así, la garantía de la jurisdicción fluye de la Constitución porque ella recoge en su texto o espíritu los contenidos (derechos y garantías) del principio fundamental de acción, a lo que se añade que el reconocimiento de las garantías fundamentales implícitas o innominadas no se excluyen de la Constitución, porque en ella se muestran sus componentes a partir de la dignidad del hombre o los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

### ***2. El contenido de efectividad de la garantía de la jurisdicción***

La estructura integrativista trialista del derecho se ocupa de esclarecer el contenido del principio de acción y en él, a su turno, el de la garantía de la jurisdicción.

---

<sup>28</sup> Sobre la validez de los principios iusfundamentales Cfr. SIECKMANN (2011) pp. 36 ss.

Por la jurisdicción se da el aseguramiento del “acceso al servicio de la función jurisdiccional”, entendiendo que la noción de ese “acceso” no se limita a la postulación sino trasciende a todo cuanto significa la función jurisdiccional, de manera que funciona como garantía de cierre del sistema, pues no es sino el aseguramiento de la efectividad de los derechos a través de su protección o tutela: la tutela jurisdiccional.

El contenido de la garantía fundamental de jurisdicción, en el plano de efectividad, comprende las garantías correlativas a los contenidos del derecho fundamental de acción, atención, con relación a la función jurisdiccional, de manera que la principal garantía que comprende frente al derecho de acción, como derecho de acceso a la función jurisdiccional, es la garantía de la tutela jurisdiccional.

La garantía de la tutela jurisdiccional es la manifestación primaria o cara visible de la garantía de la jurisdicción que hace de contraparte normativo-estructural del derecho de acción en el plano fundamental, que es el que procura la efectividad del derecho no solo de acción sino de aquellos cuya tutela se encarga a la potestad judicial para su efectividad forzosa.

La garantía de la tutela jurisdiccional no se reduce a (de)limitar la potestad de conocimiento del poder judicial, sino participa de todas las potestades del mismo, es más, su interacción principal o garantista muestra que las diversas garantías que atañen a las otras potestades del poder estatal de justicia pueden ser comprendidas como su contenido sin mayor problema. De determinar ello se ocupa precisamente la teorización garantista.

Ahora ese contacto de los principios fundamentales con la función jurisdiccional tiene un complejo andamiaje principal normativo que lo soporta eficazmente. De manera que aquí se pone en juego el tupido tejido principal de la acción, que es el formado por los derechos contenidos en el derecho de acción como derecho a la función jurisdiccional frente a las garantías contenidas en la garantía de la tutela jurisdiccional. De todo este contenido importa sobremanera esclarecer la garantía de la tutela jurisdiccional que en la actualidad sufre una suerte de “identidad perdida”, en tanto es proclamado como si fuera un “derecho” en la más abominable hipertrofia que pudo haber sufrido su naturaleza, y por tanto su contenido, dando lugar a un auténtico galimatías jurídico que intenta usurpar una identidad que no le pertenece –que es la de la acción–, que no está en su genética –que es la de una garantía y no de un derecho–, en fin, que sólo confunde y perturba.

## IX. ACTUACIÓN (ESPONTÁNEA Y FORZOSA) DE LA GARANTÍA DE LA JURISDICCIÓN

Los derechos materiales se hacen efectivos a través del proceso, lo que implica también la efectividad del principio de acción (derecho de acción y garantía de la jurisdicción comprendidos), la orientación de todo esto es la actuación, o mejor, la efectividad de la previsión normativa (subjctiva material y/o subjctiva procesal). Esta efectividad puede ser *in natura*<sup>29</sup> o por medios substitutivos (efectividad forzosa realizada verticalmente).

La efectividad de una garantía fundamental significa la del derecho al que asiste, si esto se quisiera ver en relación a la garantía de la jurisdicción la implicancia de efectividad inmediata es la que corresponde al derecho fundamental de acción. La efectividad de la garantía de la jurisdicción puede ser espontánea, de manera que no sufre vulneraciones frente a su ejercicio y sus contenidos (garantías) prosperan con regularidad, o puede ser forzosa, de modo que implica su tutela para restablecer la regularidad de sus contenidos (garantías) y del ejercicio del derecho al que efectiviza.

La actuación forzosa de la garantía de la jurisdicción exige el ejercicio del derecho al que efectiviza que es el derecho de acción, pues éste procurará dentro de proceso (mediante uno de sus contenidos que es el que permite impugnar una decisión jurisdiccional que la vulnera –vía nulidad, apelación o casación) o fuera de este (generando un nuevo proceso, pero ajustado a su naturaleza principal fundamental, lo que significa que será a través de una pretensión constitucional (amparo) y, claro está, en un proceso constitucional). Su control pasa de ser difuso a ser concentrado, se transita, entonces, de la jurisdicción civil u ordinaria a la constitucional para restablecer el contenido de la garantía de jurisdicción vulnerado que impide efectivizar el derecho de acción o el contenido de éste al cual le es correlativo en su orden normativo-estructural.

La violación de la garantía de jurisdicción, como violación de garantía que es, resulta aparente puesto que en realidad se trata de la violación del derecho al que procura efectivizar, o mejor, se trata de una violación del principio que engloba tanto ese derecho como su garantía; de manera que entender la violación de la garantía de jurisdicción o de cualquiera de sus contenidos antepone la verdad de la violación del derecho de acción o de sus contenidos comprometidos en ello. Solo considerando esto se puede asumir que el principio de acción, debido a su orden de cierre del subsistema principal, resulta

---

<sup>29</sup> Cfr. COUTURE (1978) p. 482.

por sí mismo autosuficiente para su efectividad, algo más, para su eficiente tutela, es decir, es autosuficiente tanto en su actuación espontánea como en su actuación forzosa.

### **1. Publicismo, dispositivismo y garantía de la jurisdicción**

Ni publicismo ni dispositivismo procesales participan de la línea conceptual del neoconstitucionalismo, de manera que en esos contextos advertir la jurisdicción como garantía, sería poco más que una herejía procesal. Es propio del paleoprocesalismo, y en él están atrapados el publicismo y el dispositivismo, entender la jurisdicción como un poder-deber estatal que pone en juego el concepto de “deber” involucrado cuando se vincula el ejercicio del derecho de acción frente al concepto de “poder” también involucrado. Ello podría tener alguna aproximación a la concepción de la garantía de jurisdicción y a la del poder judicial jurisdiccionalizado, o mejor, (de)limitado por dicha garantía, sobre todo si se relaciona la noción de “deber” con la de “garantía”; pero, la distancia entre una y otra idea es la misma que se advierte entre iusnaturalismo y positivismo jurídico frente al neoconstitucionalismo, porque bien se puede ubicar el pensamiento paleoprocesalista, devoto de la fórmula “poder-deber” para definir la jurisdicción, dentro de los cánones del iusnaturalismo (conforme así se ha advertido el publicismo procesal)<sup>30</sup> y del positivismo jurídico (conforme así se ha advertido el dispositivismo procesal);<sup>31</sup> y, el pensamiento neoprocesalista, que cobija la garantía de la jurisdicción, dentro de los cánones del neoconstitucionalismo recepcionado en el integrativismo trialista eficaz.

Aún cuando se tratara de ver disímiles las tendencias publicista y positivista procesales (puesto que éste intenta defender la libertad del justiciable en escenario procesal sin advertirla en el derecho de acción menos entendiendo por éste un derecho fundamental al calor del constitucionalismo actual; y, aquél, pisotea el derecho de acción por su elección de preferir la justicia a cualquier precio inclusive el de la libertad que anima a la acción) resultan parecidas en tanto están muy alejadas de la percepción constitucional actual del derecho procesal, es decir, entendido como desarrollo del principio de acción.

Siendo así, el publicismo procesal no identifica la eficiencia del proceso en la interacción principal que se desenvuelve en la conjunción de los

<sup>30</sup> Cfr. PARODI (2008) p. 315.

<sup>31</sup> Cfr. *Ibidem*.

contenidos del derecho fundamental de acción y de la garantía fundamental de jurisdicción, y esto es consecuencia de no reconocer el orden normativo principal del neoconstitucionalismo y de guardar enorme distancia del integrativismo trialista, evidenciándose en todo esto un anacrónico entendimiento los principios en la estratósfera normativa. Por su parte el positivismo procesal aplasta su interés por la eficiencia del proceso con el enorme (sobre) peso del enjuiciamiento del ordenamiento procesal actual no por su disyunción de los cánones del constitucionalismo actual, sino, por su genética de autoritarismo de algunos fétidos momentos históricos, lo que tiñe su postura de cierto anacronismo frente al contexto del constitucionalismo vigente.

## **2. Eficientismo, garantismo y garantía de la jurisdicción**

En la estructuración jurídica integrativista trialista tanto eficientismo y garantismo son ámbitos cognitivos del derecho que corresponden, el primero, a la línea del método *jurístico* sociológico y, el segundo, a la línea del método *jurístico* normológico. En este último espacio jurídico es donde se fija la dependencia de la eficiencia con relación a la efectividad del derecho atendiendo al corte fundamental del orden normativo jurídico, algo más, es donde se halla el ámbito cognitivo de la constatación neoconstitucional que en la perspectiva integrativista trialista armoniza con el garantismo jurídico y con el eficientismo del derecho.

El plano de efectividad del derecho está tejido con las garantías de los derechos fundamentales en las líneas del neoconstitucionalismo; por eso, en el Estado constitucional de derecho la efectividad de los derechos depende del garantismo, que se cerciora de superar toda crisis de actuación espontánea de los derechos haciéndolos forzosamente efectivos, restringiendo el autoritarismo y sometiendo el poder a la Constitución. En cambio, el plano de eficiencia del derecho esta nutrido por la realidad actuante que pone en marcha la funcionalidad de los principios fundamentales y en ello también de los principios procesales fundamentales, de manera que la interpretación y aplicación de los contenidos principales tienen fluidez en el contexto metodológico *jurístico* sociológico del derecho que es donde se hacen eficientes al buscar el máximo desarrollo posible al menor costo, lo que significa un reparto ordenancista autoritario que sin faltar a una justificación fundamental logra propiciar la única respuesta posible del caso concreto. Aquí ya se puede divisar el escenario integrativista trialista del que participa la garantía de jurisdicción, es decir, un escenario en el que el garantismo no es cerrado a la estructura normativa principal como el del positivismo crítico, sino, que confluye en la interpretación y aplicación proporcional y razonable de los

contenidos principales, por tanto, nada extraño será ver la proporcionalidad del contenido de la garantía de la jurisdicción.

### **3. Proporcionalidad, razonabilidad y garantía de la jurisdicción**

Al igual que los derechos fundamentales las garantías fundamentales, la jurisdicción es una de ellas, interactúan regidas por el principio de proporcionalidad y en su aplicación el empleo del criterio de razonabilidad. De manera que la ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto) determina los alcances del ejercicio del poder contenido en la impartición estatal de justicia; así, muchos de los sobredimensionamientos de la jurisdicción estatal, o mejor, del poder judicial jurisdiccionalizado, tienen la posibilidad de perfilarse procesalmente dentro de los cánones neoconstitucionales. Un ejemplo de ello es la configuración de la prueba de oficio como traducción probatoria de una de las potestades contenidas en la jurisdicción, su (in)constitucionalidad no se determina ni por su filiación publicista ni, mucho menos, por su censura garantista, sino, por la aplicación del principio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad en la decisión o norma que la asuma como objeto de su pronunciamiento.

Aquí, como ocurre con relación al derecho de acción, será la casuística del principio de acción la que dará cuenta de los anclajes problemáticos del derecho procesal civil contemporáneo en relación a la jurisdicción, de los que el publicismo y dispositivismo solo se ocuparon en evidenciar y agudizar (*v.gr.*, la prueba oficiosa, las medidas autosatisfactivas, las cargas probatorias dinámicas, los poderes discrecionales del juez, etcétera).

## **CONCLUSIONES**

La garantía de la jurisdicción busca la efectividad del derecho de acción como derecho de "acceso al proceso", como tal, es garantía de cierre del sistema, dado que hace realidad el empleo del método eficiente, pacífico y sistémico de interacción litigiosa para efectivizar derechos vulnerados.

En esta línea funcional de la garantía de la jurisdicción se constata sin mayor dificultad que su principal expresión de contenido es la garantía de eficiencia de la acción: el debido proceso. Siendo así el derecho al proceso se vincula normativo-estructuralmente con su garantía que es el debido proceso; pero debe sentarse que ello no termina ahí pues el viaje de los contenidos principales continúa de modo tal que entre el derecho al proceso y el debido

proceso se tejen contenidos muy densos y estructuralmente vinculados con carácter principal. Es decir, si la jurisdicción actúa mediante el justo proceso<sup>32</sup> es en una relación de continente a contenido.

La vinculación estructural de la norma de garantía de debido proceso a la del derecho de acción como derecho de acceso al proceso, domina el plano funcional o del método jurídico sociológico, que es el que procura la eficiencia del derecho, es decir, la garantía de debido proceso como contenido de la garantía de la jurisdicción asegura la condición de derecho de cierre del sistema normativo principal que tiene el derecho fundamental de acción. Ahora, ese contacto del derecho de acción y de la garantía de la jurisdicción, a través de sus contenidos, con el proceso, tiene un complejo andamiaje principal normativo que se desarrolla siempre en sujeción al principio de proporcionalidad, lo que implica que en el Estado constitucional de derecho el debido proceso siempre se entiende como debido proceso proporcional.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1992): *Estudios de teoría general e historia del proceso, 1945-1972* (México D. F., UNAM) Tomo I.

BERNAL PULIDO, Carlos (2005): *El derecho de los derechos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) 419 pp.

CALAMANDREI, Piero (1943): *Instituciones de derecho procesal civil* (Buenos Aires, Depalma) Tomo I.

CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de derecho procesal civil* (Buenos Aires. UTEHA) Tomo I.

CARNEVALLI, Davide (2006): "La violazione della ragionevole durata del processo: alcuni dati sull'applicazione della "legge Pinto"", GUARNIERI, Carlo y ZANNOTTI, Francesca (editores), *Giusto processo? Introduzione di diritto fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe Di Federico* (Padua, CEDAM) pp. 219-258.

---

<sup>32</sup> Cfr. TOMMASEO (2002) p. 10.

- CONTINI, FRANCESCO y SIGNIFREDI, PAOLO (2006): "L'attuazione della ragionevole durata del processo: tempi standard o obiettivi per il governo degli uffici giudiziari", GUARNIERI, CARLO y ZANNOTTI, FRANCESCA (editores), *Giusto processo? Introduzione di diritto fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe Di Federico* (Padua, CEDAM) pp. 315-342.
- COUTURE, EDUARDO J. (1978): *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires, Depalma) 524 pp.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO (1994): *Compendio de derecho procesal* (Medellín, Dike) Tomo I.
- DOS REIS, JOSÉ ALBERTO (1944): *Teoría de la acción* (Traducc. Guillermo García Máynez, México D. F., Compañía General) 155 pp.
- FABRI, MARCO (2006): "Giusto processo e durata ragionevole dei procedimenti", GUARNIERI, CARLO y ZANNOTTI, FRANCESCA (editores), *Giusto processo? Introduzione di diritto fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe Di Federico* (Padua, CEDAM) pp. 343-370.
- FERRAJOLI, LUIGI (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Traducc. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bondrés, Madrid, Trotta) 991 pp.
- \_\_\_\_\_, (2008): *Epistemología jurídica y garantismo* (Traducc. José María Lujambio, México D. F., Fontamara) 299 pp.
- \_\_\_\_\_, (2011): *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (Traducc. Perfecto Andrés Ibáñez, Luis Prieto Sanchís, Marina Gascón Abellán, Alfonso Ruiz Miguel y Juan Carlos Bayón, Madrid, Trotta) Volumen 1.
- GOLDSCHMIDT, WERNER (1976): *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes* (Buenos Aires, Depalma) 665 pp.
- \_\_\_\_\_, (1987): "Trialismo. Su semblanza", VV. AA. *Enciclopedia Jurídica OMEBA* (Buenos Aires, Driskill) Apéndice V.
- GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO (1992): *Derecho procesal civil* (Buenos Aires, EDIAR) Tomo I, Volumen 1.

- \_\_\_\_\_, (2001): "Métodos diferentes del proceso para resolver conflictos entre personas ¿es un tema procesal?" VV.AA., *Teoría unitaria del proceso* (Rosario, Juris) pp. 321-350.
- GUASP DELGADO, Jaime y ARAGONESES ALONSO, Pedro (1998): *Derecho procesal civil* (Madrid, Civitas) Tomo I.
- PARODI REMÓN, Carlos (2008): "¿Activismo o garantismo judicial?", FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (México D. F., UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons) Tomo X.
- PROTO PISANI, Andrea (2003): *Le tutele giurisdizionali dei diritti - Studi* (Nápoles, Jovene) 710 pp.
- \_\_\_\_\_, (2010): *Lezioni di diritto processuale civile* (5ª edición, Nápoles, Jovene) 935 pp.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (1995): *Teoría general del proceso* (Bogotá, Temis) 663 pp.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von (1879): *Sistema del derecho romano actual* (Traducc. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora y Cía.) Tomo IV.
- SIECKMANN, Jan-R. (2011): *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* (Madrid, Marcial Pons) 322 pp.
- TARUFFO, Michele (2009): *La prueba de los hechos* (Traducc. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta) 542 pp.
- TOMMASEO, Ferruccio (2002): *Lezioni di diritto processuale civile* (Padova, CEDAM) 324 pp.
- VILLA, Vittorio (2008) "Il "giusto processo" fra regole e principi", MANZINI, Maurizio y PUPPO, Federico, *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fran principio e regola* (Milán, Giuffrè) pp. 241-248.

# ELEMENTOS PARA UNA REFORMA JUSTA DE UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL\*

*Elements for a just Reform of an  
integrated Social Security System*

IVÁN ALBERTO DÍAZ GUTIÉRREZ\*\*

Pontificia Universidad Javeriana  
Cali, Colombia

**RESUMEN:** El carácter de sistema de la seguridad social, exige la consideración integral de sus diversos componentes y la forma como se interrelaciona cada uno de ellos con el sistema y con cada uno de los demás componentes. Una propuesta de Reforma a un sistema de seguridad social integral, en cualquiera de sus componentes, ha de incluir, así sea someramente, una información adecuada de los diferentes factores que inciden en su estado actual y cómo van a transformarse como consecuencia de la reforma que se propone. Una propuesta de reforma. Sin esta información puede generar falsas apreciaciones y graves consecuencias socioeconómicas y políticas.

**PALABRAS CLAVE:** seguridad social - aseguramiento - pensiones - salud - riesgos laborales

**ABSTRACT:** The systemic nature of Social Security, requires the comprehensive consideration of its various components and the way how each of them relates to the system and each of the other components. A proposal for reform of a system of integral Social

---

\* Este artículo se produce como efecto del proyecto de investigación adelantado en la Pontificia Universidad Javeriana de Cali en lo relacionado con el *Control participativo en las entidades promotoras de salud EPS en el Valle del Cauca* que se terminó en el año 2013.

\*\* Docente y Coordinador de la especialización en seguridad social de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali-Colombia. <iadiaz@javerianacali.edu.co>.

**Artículo recibido el 3 de octubre de 2013 y aprobado el 14 de enero de 2014.**

Security, in any of its components, has to include, however briefly, an adequate information of the different factors that affect their current status and how they will be transformed as a result of the reform being proposed. A proposal of reform without this information can generate false appreciations and serious socio-economic and political consequences.

**KEY WORDS:** social security - assurance - pension - health - occupational risks

## INTRODUCCIÓN

Antes de la aprobación de la Ley n° 100 de 1993 en Colombia, su sistema de seguridad social se encontraba desarticulado y disperso entre el aseguramiento brindado por el Instituto de Seguros Sociales, creado en 1946 mediante la Ley n° 90 de ese año, y un mayormente disperso sistema de aseguramiento oficial que se toleró, desde la Ley n° 6 de 1945 y sus reglamentaciones posteriores, aplicado especialmente a las entidades oficiales, al Estado nacional, a los Departamentos y a los Municipios, así como a sus diferentes entidades descentralizadas en los diferentes órdenes territoriales colombianos, existentes en ese entonces.

Esta realidad histórica se trató bajo la metodología de sistemas de prima media con prestación definida, que hacían inviable desde el punto de vista financiero, las prestaciones relacionadas con la edad, la invalidez que anticipa el desempleo y la muerte anterior al cumplimiento de las expectativas medias de vida. Al respecto se hacía necesario el cambio de las metodologías y políticas que amparaban la legislación protectora y benefactora vigente hasta ese momento. Sobre esta realidad comenta el tratadista colombiano Fernando Castillo Cadena lo siguiente: *“La reforma a la seguridad social colombiana introducida por la Ley 100 de 1993 no fue producto de una idea propia gestada en el país. El objetivo del Gobierno de la época era claro: seguir un modelo de capitalización individual en lugar de los múltiples regímenes de prestación definida que coexistían. Es por ello que el primer proyecto de reforma a la seguridad social se parecía demasiado al modelo implementado por la ley chilena de seguridad social mediante el Decreto Ley 3500 de 1980”*.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CASTILLO (2009) p. 25.

Tanto, empleadores particulares, como los oficiales, podían afiliar a sus trabajadores dependientes en un sistema de previsión social, o atender por su propia cuenta y riesgo los eventos que surgieran durante el trabajo o la vida ordinaria que pudieran afectar la salud o integridad de alguno de ellos.

El Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS inicialmente que después cambió su denominación y sigla por la de Instituto de Seguros Sociales ISS) nació sin la obligación de tener una cobertura total en los territorios nacionales sino que progresivamente iría ampliándola hasta que pudiera lograr la universalidad geográfica y poblacional al igual que la total cobertura en materia de prestaciones económicas, asistenciales y en especie.

Inicialmente su misión incluía no solo la afiliación de los trabajadores particulares sino igualmente la de aquellos servidores públicos que por decisión del empleador estatal, fueran inscritos en ese Instituto para su seguridad social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales, denominación esta última modificada por la de Riesgos Laborales por la Ley n° 1562 de 2012.

El Estado colombiano como empleador quedó facultado por la ley mencionada para crear a nivel nacional la Caja Nacional de Previsión para afiliar a sus servidores, sin distinción alguna, por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, igualmente la misma ley permitió que a nivel de administración descentralizada y en los órdenes departamentales y municipales, se creasen cajas de previsión territoriales o se afiliase a los servidores públicos al Instituto Colombiano de Seguros Sociales o que, el respectivo empleador oficial, asumiera por su propia cuenta los riesgos y prestaciones correlativas de la seguridad social.

La anterior circunstancia fue la que determinó la dispersión y multiplicidad de entidades y de prestaciones desarticuladas de un sistema central de seguridad social, que no fue creado con esas exigencias y que muy tempranamente reclamó una solución integral. Tanto por parte del Estado empleador, como por parte de los beneficiarios de los beneficios a cargo de empleadores particulares, se reclamó la proyección de una previsión social real y que en realidad no lo había sido en un principio, prueba de ello es la liquidación obligatoria en que debieron incurrir la gran mayoría de ellas por razones de tipo financiero y de la organización inadecuada como ineficiente de las mismas resultado, de una ausencia en el aprovisionamiento de recursos presentes para la atención y satisfacción de las necesidades sociales para los cuales habían sido creadas.

Así fue como durante más de cuarenta y siete años subsistieron paralelamente al seguro social, entidades de previsión social oficiales como la caja

nacional de previsión, otras cajas públicas departamentales y municipales sin dejar de mencionar a las más diversas entidades creadas por los empleadores particulares, cuando estos, no asumían directamente los riesgos y sus prestaciones económicas y asistenciales correlativas. Esta última circunstancia fue más notoria en las entidades públicas territoriales en las que proliferaron las cajas institucionales de previsión o la asunción directa de riesgos y prestaciones.

Al dictarse la Ley n° 100 de 1993, se pretendió dar el orden reclamado por la sociedad y el Estado a la anómala situación anotada y a su vez, crear un supuesto sistema único integral de seguridad social que prometía resolver las ineficiencias denunciadas desde la misma presidencia de la República y por destacados parlamentarios que además encontraron eco en algunas centrales obreras como la Confederación General del Trabajo (CGT), aunque hay que decirlo, fue objeto, fundamentalmente de la oposición y de la crítica de la mayoría de las otras centrales sindicales en ese entonces.

Sobre la visión integral de la seguridad social como elemento de la protección social, expresa Juan Carlos Cortés en su obra *Fundamentos, naturaleza y alcances de la protección social*: “Se tiene entonces que los sistemas de protección social, que proveen estándares mínimos para cubrir servicios apreciados socialmente, habrán de estructurarse para los seres humanos, como sus destinatarios materiales, a partir de decisiones políticas que se expresan en reglas sociales, por las cuales se formalizan, bajo responsabilidad de la sociedad y del Estado, siendo este último su garante y ejecutor final y cuya finalidad se concreta en la realización de condiciones de bienestar individual y social, que hagan efectiva la dignidad del ser humano en la colectividad”<sup>2</sup>.

La reforma que se aprobó con la Ley n° 100 de 1993 fue total, en cuanto cambió estructuralmente la conceptualización y naturaleza de la seguridad social colombiana como un servicio público a cargo del Estado por un modelo pluriestructurado en el que compartirían funciones, responsabilidades y recursos tanto entes estatales como particulares pero, fundamentalmente se permitió la participación del capital financiero privado como actor y promotor administrador de los diferentes componentes de la seguridad social. La solidaridad como principio y eje de la Seguridad Social pasó a considerarse más como un negocio que como un principio altruista pues la relación entre el recaudo y el gasto aún sigue siendo asimétrica, como debe serlo en todo sistema de aseguramiento.

---

<sup>2</sup> CORTÉS (2009) p. 15.

Se debe prever, bajo la óptica de las grandes cifras, que el recaudo supere amplísimamente a los costes de los servicios de la seguridad social. Esto está suficientemente garantizado por el plan de ampliación de cobertura parcial inicialmente hacia la universalización en busca del mayor número de afiliados sean contribuyentes o subsidiados por el Estado, para garantizar a las entidades prestadoras de los beneficios y aseguradoras de riesgos una utilidad económica por parte del Estado y de la Sociedad.

La universalidad o cobertura horizontal total de la población es desde ese punto de vista un fin altruista si se cumple con la provisión de que el gasto sea inferior al ingreso y así las reservas permiten además de una adecuada ganancia una previsión adecuada hacia el futuro.

El autor colombiano Leonardo Cañón nos ilustra sobre la horizontalidad en los siguientes términos: *“La cobertura horizontal de la seguridad social para toda la población y en todo el territorio nacional o en el exterior- cobertura poblacional y geográfica- deberá combinarse con el concepto de cobertura vertical, que determina los niveles de profundidad e intensidad en el cubrimiento de todos y cada uno de los riesgos y contingencias de manera que se busque atender las necesidades sociales con prestaciones y servicios sociales, empezando por las carencias básicas relacionadas con la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, la reparación y recuperación de la salud o del ingreso que se afectan, para continuar con aquellas actividades prioritarias que contribuyan al mejoramiento del bienestar y la calidad de vida de las personas”*<sup>3</sup>.

La solidaridad entendida bajo la conceptualización del Autor Colombiano Gerardo Arenas Monsalve puede concebirse de la siguiente forma: *“(…) la idea de la seguridad social, los autores parten del conjunto de necesidades del hombre en la sociedad y de los mecanismos con los cuales intenta superar esas necesidades. Se señala, entonces que, el ser humano intenta atender a sus necesidades, en primer término, acudiendo a su propio esfuerzo, principalmente a través del trabajo, que le proporciona los recursos para satisfacerla. Pero también la capacidad de previsión del individuo, así como la solidaridad humana ofrecen mecanismos adicionales para la atención de las necesidades sociales”*<sup>4</sup>.

Pero, debe advertirse que en la promoción, de esta nueva ley no se anunciaron ni se incluyeron en su texto, todos los factores que influyeron en su

<sup>3</sup> CAÑÓN (2013) p. 59.

<sup>4</sup> ARENAS (2011) p. 4.

transformación y que en el fondo eran los determinantes de la reforma, entre otros el traslado del beneficio social y del Estado de los ingentes recursos generados por el recaudo de las cotizaciones, a las entidades privadas financieras y de aseguramiento, que a partir de la ley serían las responsables de su recaudo, utilización y explotación, es decir se desplazó al sector financiero, así como al asegurador, la administración y explotación de estos recursos.

Ese desplazamiento de los recursos implicaba e implica también, el desplazamiento de las obligaciones de tipo económico para la atención y otorgamiento de las prestaciones económicas, asistenciales, en especie y en servicios que anteriormente debía de asumir el Estado centralizador y garante de la Seguridad Social de sus pobladores, a los aseguradores particulares, así mantuviera su función de garante en el tema de pensiones y de Salud, como lo ordenó en su momento la nueva ley.

Es curioso y dicente que en los análisis de las reformas introducidas a la Ley n° 100 de 1993 posteriormente, poco o nada se menciona acerca de esta obligación de las aseguradoras de afrontar los déficits con su propia gestión o búsqueda de nuevos recursos que no provengan de las cotizaciones. Uno de los más respetables y conocedores del sistema de salud es el ya mencionado autor Juan Carlos Cortés que alrededor de la reforma introducida a la Ley n° 100 de 1993 mediante la Ley n° 1438 de 2011, se refiera a la *Financiación y flujo de recursos*<sup>5</sup> no haga referencia en sus 12 puntos a la gestión de las aseguradoras pues se refiere a la gestión que debe reforzarse de las empresas sociales del Estado pero no a la diversificación del negocio del aseguramiento orientada a la financiación de las precariedades que pueda padecer alguno o algunos de los subsistemas de la seguridad social colombiana.

Obligado es reconocer que las afiliaciones al régimen contributivo de pensiones, salud y riesgos profesionales, se ha visto afectado no solamente por la demografía sino por otros factores que, como la deslaboralización, la informalidad y la flexibilización salarial disminuyen el número de afiliados obligatorios o manteniendo las afiliaciones se rebajan las cotizaciones en su cuantía al desalarizar un considerable número de factores que antes se reputaban como salarios y ahora a través de los llamados pactos de flexibilización salarial, se tendrán como no salariales para efectos de las liquidaciones de prestaciones sociales, descansos obligatorios remunerados, vacaciones, indemnizaciones por terminación unilaterales e injustas de los contratos de trabajo y las cotizaciones a la seguridad social.

---

<sup>5</sup> CORTÉS (2011) p. 442.

Acerca de la informalidad y el trabajo no decente nos ilustra sobre lo que acaece en el Perú pero que podría predicarse para toda Ibero América, el profesor Ángel Guillermo Ruiz Moreno en la compilación de artículos de su libro *Exclusión, Desprotección social e injusticia laboral en Iberoamérica*, en el escrito de Mario Pasco Cosmopolís de la siguiente forma: *“Decir que las micro y pequeñas empresas constituyen la absoluta e inmensa mayoría de empresas en el país, es un lugar común, también lo es el que en esa mayoría absoluta esté concentrado casi todo el empleo. Y finalmente, el mayor de los lugares comunes es que, en especial en la microempresa, el empleo es informal, porque las propias empresas lo son. Todas estas son notas nada novedosas, simples datos de la realidad. Pero allí están, así son. Ese es nuestro país”*<sup>6</sup>. Debería agregarse esa es Iberoamérica.

Además de lo anterior es preocupante el bajo nivel cultural que en materia de conocimientos y participación en los asuntos relacionados con la seguridad social padece la población colombiana. La escasa información y el secretismo con que se tratan los asuntos financieros de las diferentes entidades de seguridad social, no permiten concluir con certeza su verdadera situación crítica o de bonanza económica. Con el fin de afrontar lo anterior se promovió la expedición de la Ley n° 1502 de 2011. Esta ley promueve la celebración anual de la semana de la seguridad social y se señala el día 26 de abril de cada año como el día de la seguridad social, con el fin de promover durante este período la cultura de seguridad social en los habitantes del país. Para lograr lo anterior se comisionan a los Ministerios de Salud y de Trabajo para que conjuntamente con el sector académico organicen eventos y actividades en este sentido: *“Se trata de una declaración política de máxima importancia, cuyos desarrollos efectivos están llamados a impactar profundamente la estructura y la sostenibilidad del sistema de seguridad y protección social. La tarea queda en manos del Gobierno Nacional, de los actores de la seguridad social, del sector educativo y de las organizaciones sociales”*<sup>7</sup>.

La autofinanciación a la que se destinó cada subsistema y la prohibición para que los recursos de cada uno de ellos pudieran trasladarse excepcionalmente para satisfacer las necesidades y déficits de los otros, extinguió el carácter de sistema integral, que se pretendía con la nueva ley, para ser reemplazado por un “sistema” que solo tiene de sistema su nombre puesto que cada uno de sus componentes actúa de forma autónoma y descoordinada de los otros.

<sup>6</sup> PASCO (2011) p. 67.

<sup>7</sup> CORTÉS (2012) p. 306.

Los autores Mejjicanos Nora Inés Marasco con Miguel Ángel Fernández Pastor al referirse una de tantas veces a la solidaridad como fuente de seguridad, certeza y fortaleza financiera nos recuerdan que ésta es pilar fundamental de la Seguridad Social en los siguientes términos: *“El modo típico de expresión de la solidaridad social está representado por la seguridad, por la certeza en la percepción de la cobertura ante la presencia de una contingencia social. Esta situación es la principal motivación para la participación activa del ciudadano en la sociedad y, en muchos casos, la que la justifica. Las actitudes empáticas hacia los otros y la confianza en ellos contribuyen a la cohesión dentro de cada comunidad y promueve el deseo de sus integrantes de participar en los asuntos locales y de cooperar en cuestiones cotidianas. A partir de esa comunión conjunta de esa cohesión social se construye el ‘Capital Social’ de una comunidad, el cual se asocia con el (...) sentimiento de pertenecer a un barrio, de preocuparse por la gente que reside en él y por creer que esta gente se preocupa a su vez por los demás”*<sup>8</sup>.

Establecer un sistema de seguridad social como el estatuido a partir del año 1993 en Colombia con la limitación de solidaridad entre sus tres regímenes es condenar a la desaparición o liquidación de los más débiles que requieren de la solidaridad del más fuerte para su existencia. Así las cosas, parece que la norma que establece la prohibición de trasladar recursos de un subsistema a otros, se hubiera dictado como garantía para que el sector asegurador de los riesgos laborales, el más rentable de los tres, no tuviera riesgo de afectar sus grandes utilidades con los futuros (hoy muy cercanos) déficits de pensiones y de salud, como si lo preveía la normativa anterior.

No es posible analizar la anterior apariencia sin los datos financieros que demuestren si las condiciones del aseguramiento “pactado” entre el Estado Colombiano y el sector Asegurador se han cumplido en lo relacionado con la obligación de mantener un nivel adecuado patrimonial y de negocios que expresen el cumplimiento de los requisitos técnicos, que debe demostrar toda compañía o empresa de aseguramiento que además debe estar totalmente vigilada y controlada por el Estado y por los Usuarios o asegurados que es la comunidad a través de sus representantes participativos.

Es por lo anterior que cualquier reforma que se proponga desde el Gobierno o desde el Congreso, debe de incluir la información sobre el estado financiero de los entes que administran los recursos provenientes de las cotizaciones obligatorias o voluntarias de los afiliados, pero también y, más necesaria aún, es la información sobre los ingresos y rendimientos del negocio

---

<sup>8</sup> MARASCO y FERNÁNDEZ (2009) pp. 60 y 61.

asegurador a cargo de los Fondos de Pensiones, de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) como entes aseguradores de la salud y de las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL), antes administradoras de Riesgos Profesionales (ARP). Es lamentable que en este aspecto la información sea tan precaria y a veces secreta, bajo la aparente garantía de datos sometidos a reserva por tratarse de entes privados a los cuales no se les obliga a exhibir públicamente su información financiera, salvo cuando sea requerida por intervención judicial o requerimiento de tutela al derecho de la información, lo cual solo es posible mediante la proposición de un proceso dentro del cual se solicite esa información por parte de un juez de la república.

Proyectos de investigación anteriores han pretendido acceder a esta información dirigiéndose a las Administradoras de Riesgos Profesionales en el año 2010, obteniéndose como respuesta la negación de información con fundamento en un derecho de reserva por tratarse de entes particulares. Sin embargo por tratarse de un servicio público a cargo de los particulares, la Corte Constitucional Colombiana mediante Sentencia T-261 de 1995, interpretó, ante la negación de información sobre los datos de las direcciones y teléfonos de los usuarios de una ARP, que estos no eran objeto de reserva y que se podía proceder a suministrarlos con fines de investigación. La negativa fue reiterada a pesar de la contundencia de la decisión constitucional anotada.

Autores destacados en materia de seguridad social y de seguros, como Ángel Guillermo Ruíz Moreno, reclaman igualmente la necesidad de una legislación Penal que apunte a la sanción de los evasores de la obligación de afiliación o evada el pago de las cotizaciones de sus trabajadores, bien sea de manera directa o de manera simulada, como cuando mediante contratos civiles o comerciales o administrativos pretenden ocultar el trabajo dependiente de sus servidores. Se denuncia la ausencia de esta legislación y de literatura especializada al respecto: *“(...) Justificamos la publicación de esta obra (Los delitos en materia del Seguro Social) afirmando que si bien nuestra especialidad lo es el Derecho de la seguridad social y no la materia Penal, dada la carencia de bibliografía especializada y la ausencia casi absoluta de estudios jurídicos serios sobre el tópico, creemos nuestro deber opinar sobre un tema tan trascendente del que nadie antes se había ocupado, analizando a profundidad y desde el punto de vista académico desde la inclusión de delitos especiales en la Ley del Seguro Social y como, a vuelta de poco menos de un lustro, se amplía el catálogo de conductas punitivas intentando obligar a patrones, asegurados, derechohabientes y funcionarios a cumplir con sus responsabilidades legales, todo ello tramado sin respeto a un marco teórico*

*básico que sirviese siquiera de nueva referencia al legislador federal y con una ausencia total de las razones del cambio adoptado en este rubro (...)*<sup>9</sup>.

Este artículo pretende ilustrar, al estudioso de la seguridad social como sistema en Colombia, acerca de los diferentes factores que se deben tener en la cuenta para una posible reforma a cualquiera de los subsistemas de salud, pensiones o riesgos laborales, y destaca cómo, el último mencionado, a fuerza de una excelente previsión económica pero ante todo a una excelente funcionalidad hacia la seguridad industrial en primer lugar, luego hacia la salud ocupacional y ahora hacia un sistema de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo, es hoy en día, no solo, autosuficiente sino que cuenta con sobrada potencialidad para compensar los déficits de los otros regímenes de salud y de pensiones, si en realidad se hubiera hecho una verdadera integralidad o integración de los subsistemas de la seguridad social y no una división desarticulada de los mismos, como lo expresa su resultado actual.

## **I. EXPONENCIALIDAD DE LA SOLIDARIDAD**

Se destaca, ante los problemas de la seguridad social, su papel en la satisfacción de las necesidades sociales y su carácter progresivo que le permite iniciar en niveles bajos o medios para orientarse a una cobertura universal futura o como punto de llegada estratégico que requiere de la aportación de recursos de todos los miembros de una sociedad determinada, iniciándose en el tiempo, en un primer período, de contribución por parte de quienes tienen capacidad de cotización para brindarse posteriormente a otros sectores a manera de asistencia pública pero con los recursos resultantes de unas cotizaciones generalizadas que permiten atender no solo a los aportantes sino a los sectores sin capacidad de pago.

Lo anterior es posible si el nivel de cotizaciones supera al nivel de costes que implica la atención de la población afiliada, puesto que ello significa que hay recursos en superávit que permiten atender a otros sectores poblacionales de bajos recursos o sin recursos.

La planeación de la Seguridad Social como servicio que atiende necesidades económicas, asistenciales, en especie y en servicios, debe prever, de acuerdo con los datos estadísticos de mortalidad y morbilidad, si los recursos previstos para ello son o no suficientes para suplir los déficits que resulten del

---

<sup>9</sup> Ruiz (2004) pp. 31 y 32.

recaudo de las cotizaciones, mediante la realización de actividades económicas adicionales que garanticen recursos complementarios para así poder atender a los asegurados como clientes preferenciales y proyectar, en cuanto se lo permitan, los nuevos recursos, la extensión de sus beneficios a la población no asegurada pero que es sujeto beneficiario de la seguridad social como persona o habitante de un país o sistema de aseguramiento social.

Lo anterior parte del supuesto teórico que concibe a la persona como sujeto beneficiario de la Seguridad Social y no solo al aportante, visión universal que surge de las visiones internacionales de la OIT.

Cuando el Estado decide trasladar su obligación de asegurador social a los particulares, debe entenderse que lo hace no solamente en lo que representa su derecho de recaudar las cotizaciones del aseguramiento social sino también en el cumplimiento de sus deberes como Estado, es decir que ante la llamada privatización de la seguridad social, el Estado traslada a los particulares aseguradores el derecho a recaudar las "primas" pero igualmente las obligaciones de atender los eventos que surjan a partir de esa subrogación y con los recursos resultantes de su recaudo.

Es indudable que el sector asegurador privado o particular, al aceptar el cubrimiento de los riesgos anteriormente a cargo del Estado, como son los de la seguridad social, debe realizar toda una actividad de previsión financiera tendiente a establecer reservas para contingencias catastróficas que de seguro no van a ser atendidas de manera suficientemente satisfactoria con el recaudo ordinario de las cotizaciones, o, por lo menos debe asegurar que parte de este recaudo se reserve con el fin de atender esas eventualidades imprevistas y no esperar que por simple peso muerto, el Estado asuma como obligación a cargo de sus contribuyentes, el aumento de los valores de las primas o la disminución de los valores asegurados, como lo viene solicitando el sector asegurador que soporta a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y a los fondos privados del Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad en Pensiones (RAIS) en Colombia.

Cuando una ley determina que el aseguramiento se amplíe de cubrir al trabajador dependiente para cobijar a toda la población, de igual manera se ampliará el número de cotizantes y consecuentemente los valores del recaudo, siempre y cuando se afinen los mecanismos de identificación de los sectores de la población que deban aportar y de sanción para quienes lo eludan o se nieguen a realizarlo.

En una población, que a mediados del siglo anterior, se presentaba en crecimiento demográfico continuo, era de esperar que esta consecuencia se

presentara de manera permanentemente y por ello los recursos de la seguridad social crecieran de manera igualmente permanente.

Se debe tener en la cuenta que el crecimiento demográfico a pesar de su decrecimiento notorio a partir de 1978, no ha llegado a cifras de disminución absoluta de la natalidad. Ha disminuido la tasa porcentual de nacimientos lo que implica que cada año hay nacimientos en número superior a los años anteriores pero a una tasa porcentual inferior, se mide el crecimiento pero con trazabilidad de varios años anteriores, lo que conlleva a que los porcentajes de crecimiento sean vistos aparentemente de manera decreciente pero en realidad no expresan disminución del número de nacimientos sino aumento de los mismos en porcentajes que son arrojados por trazabilidad de dos o tres años anteriores. Lo anterior indica un crecimiento desacelerado pero que incrementa las bases anteriores a pesar de que sus expresiones porcentuales sean de menor expresividad.

Siendo lo anterior así, es posible afirmar que si el crecimiento cuantitativo de la población va en aumento, igualmente va en aumento el fenómeno de afiliaciones a la seguridad social, en todos sus subsistemas y ello significa que habrá recursos suficientes para atender a la población asegurada y económicamente activa.

## II. LA DEMOGRAFÍA Y EL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN

Es lógico que si la población esperada en un ciclo económico no cumple con las expectativas de crecimiento planeadas, la economía se afectará si no se compensara el exceso de producción alcanzada para satisfacer necesidades, que ahora se ven reducidas por la baja poblacional, con el incremento de las exportaciones o con la disminución del nivel de precios de las mercancías para ampliar el consumo per cápita de los pobladores. Igual fenómeno se manifiesta con los recursos de la seguridad social en pensiones y Salud pues la ausencia de población joven, disminuye igualmente el recaudo de las cotizaciones e impacta los niveles de mortalidad y morbilidad que se disparan hacia guarismos superiores a los expresados estadísticamente para los años anteriores, pero igualmente aumenta el número de jubilados o pensionados y el valor de los recursos que deben destinarse a la atención de estas personas.

¿Cómo debe afrontar un sistema de seguridad social el problema del envejecimiento y el incremento de las enfermedades de la vejez? Son tantos los factores que influyen en la financiación de la Seguridad Social Integral que no habría espacio suficiente para referirse a todos ellos, pero si es posible

mencionar dentro de una lógica aritmética elemental, que la financiación de un sistema de seguridad social integral, depende, por lo menos, de seis factores fundamentales a saber: El número de cotizantes; la población a atender estadísticamente probable; el valor de la cotización; el tiempo de cotización previsto para financiar el sistema; la edad de los cotizantes; los ingresos compensatorios y los adicionales para atender las expectativas que superen las provisiones aseguradas.

### **1. El número de cotizantes**

Si el comportamiento en el crecimiento demográfico se mantuviera constante, no habría riesgo de descapitalización o afectación de las reservas para atender la población a pensionarse o cuyas enfermedades los afecten al llegar a determinadas edades dado que los recursos generados por la población joven en aumento, no solo permitiría la atención de la población pensionada y por pensionarse y sus enfermedades sino que incrementaría el valor de las reservas para la atención de futuras generaciones o eventualidades inesperadas o catastróficas.

Sobre la disminución de la tasa de crecimiento poblacional y sus efectos nos menciona el autor Miguel Eduardo Cárdenas, haciendo referencia a Peter Drucker lo siguiente: *“Los cambios fundamentales en la población de los países desarrollados y en buena parte de los del Tercer Mundo, debido a que su tasa de natalidad es muy baja e insuficiente para mantener la misma población actual: La población anciana está creciendo (...) Esto implica que en este período de transición la sociedad se volverá más importante que la economía (...)”*<sup>10</sup>.

Está por determinarse que tanto ha afectado al sistema de recaudos en pensiones y salud la realidad demográfica en los últimos años pues en riesgos laborales la demografía no es un factor determinante en la atención de sus eventos. Pero si el impacto de este factor fuere elevado, el sistema debe equilibrarse por la incentivación de los otros cuatro factores o por algunos de ellos y es en ese punto en el que debe detenerse el análisis de cualquier reforma a los subsistemas de seguridad social.

La afectación de un elemento del sistema afecta a todo el sistema y por ello el análisis de los factores mencionados debe hacerse de manera total y no aislada al igual que las fórmulas de solución que se planteen. A este

<sup>10</sup> CÁRDENAS (2004) p. 113.

respecto nuevamente Ruezga citando a Darvelio A, Castaño nos trae la siguiente afirmación: “(...) *No cabe duda que el modelo socio técnico tiene grandes ventajas conceptuales y prácticas respecto a otras formas parciales de aproximarse a las organizaciones. Por un lado, permite concebir a la entidad organizativa como un todo en el que sus partes constitutivas se influyen constantemente y, por otro lado, acepta la importancia de la interacción del medio ambiente con la organización. Además, esta concepción permite comprender la importancia de la interacción entre el factor tecnológico y el humano social (...)*”<sup>11</sup>.

## **2. La población a atender estadísticamente probable**

Dice Rubén S. Stiglitz en su obra *Temas de Derechos de Seguros* que: “*El contrato de seguros se funda en la mutualidad y la estadística. La estadística se apoya o explica en que el riesgo afrontado se verifique (siniestro) con cierta frecuencia en relación a la masa asegurada*”<sup>12</sup>, esta condición material y real del contrato de seguros corresponde igualmente a lo que se conoce como condición o requisito técnico de una empresa de seguros. La relación entre la *masa asegurada* y la frecuencia del siniestro es lo que permite determinar la probabilidad del mismo en el tiempo y difuminar o diluir en ese mismo tiempo los efectos de los siniestros probables, de no poder hacerse esta previsión estadística porque el siniestro se repite con mayor constancia a la medida inicialmente, el sistema de aseguramiento fracasaría sino se introducen modificaciones oportunamente. Es lógico que si una población tiende al envejecimiento y a la disminución de su población asegurada por depresión demográfica, el siniestro de la pensión por cumplimiento de la edad y del tiempo se acercan al pago de las primas o capital a manera de pensión contratada por el asegurado.

Lo anterior implicaría, para resolver este incremento de los siniestros, sin tener que afectarse el capital ni las reservas, un esfuerzo para que se reestructure una estrategia de incremento del valor de las cotizaciones o aumento del tiempo de cotización o aumento de la edad para pensionarse o ingresos compensatorios o adicionales que equilibren o mejoren las expectativas de pensión o de atención de los siniestros asegurados o de disminución del valor de las pensiones próximas y futuras.

---

<sup>11</sup> RUEZGA (2009) p. 38.

<sup>12</sup> STIGLITZ (2010) p. 40.

El aumento de los ingresos, como medida complementaria y para justeza de las decisiones políticas, ante una crisis, es el aspecto que debe abordarse, antes que una afectación mayor a la población por aumento de su edad o de sus cotizaciones o de sus semanas por cotizar y en ello el papel del Estado como controlador del aseguramiento es fundamental. Uno de los temas que Stiglitz destaca para ser asumidos por parte de la nación y su función de control sobre las empresas de seguros es el que tiene que ver con la garantía de que ellas sean *“suficientes para el cumplimiento de las obligaciones del asegurador y su permanente capacitación económica financiera”*<sup>13</sup>; continúa Stiglitz al respecto con la siguiente afirmación: *“Lo contrario, la insuficiencia del fondo de primas, importaría un grave compromiso a la solvencia de la entidad controlada y, con ello a su función específica: la de afrontar las indemnizaciones o prestaciones convenidas, con la consiguiente pérdida de confianza de los interesados, que improbablemente adviertan o reparen en la estabilidad de la empresa dado su complejo mecanismo”*<sup>14</sup>.

El análisis de la seguridad social como un sistema integral que recauda para la atención de riesgos diferentes a través de entidades de aseguramiento también diferentes, lleva a la conclusión de que existe un desequilibrio generado por la desarticulación de los sistemas de pensiones, de salud y de riesgos laborales que se consideran teóricamente como *“integrales”* pero en la práctica desagregados en sus métodos de recaudo y organización. Sin embargo, dentro de la misma teoría de la integralidad, deben articularse para lograr la finalidad de atender los siniestros con criterios de unidad de caja y de responsabilidad, asunto imposible de asumir en la actualidad desde el momento en que se previó en la Ley n° 100 de 1993, prohibir el traslado de recursos de un subsistema a otro pero que la lógica y naturaleza de la seguridad social indican y reclaman en la actualidad lo contrario, en el sentido de que si deben de estar integrados para compensarse mutuamente, hacer mutualidad entre sistemas de tal forma que los déficits de unos componentes se compensen con los superávits de los otros componentes y así la propuesta de una reforma a partir del aumento del valor de las cotizaciones, no tendría soporte desde la óptica de una supuesta crisis financiera.

### **3. El aumento del valor de la cotización**

Esta alternativa ha estado prevista desde la aprobación de la Ley n° 100 de 1993, ya en la exposición de motivos del proyecto debatido en el Congreso

<sup>13</sup> *Ídem.*, p. 57.

<sup>14</sup> *Ibidem.*

de la República de Colombia, se enfatizó en la necesidad de incrementar paulatinamente y en períodos determinados y señalados en el texto del proyecto, con el fin de mantener el equilibrio financiero de los tres sistemas, especialmente los de pensiones y salud.

No obstante esta previsión, el alto coste político, que representa la propuesta de elevar el valor de las cotizaciones, para el gobierno y los parlamentarios, ha impedido una definición franca hacia este propósito y es así como en la actualidad el régimen de salud como el de pensiones, permanecen con un nivel de cotizaciones que sumadas corresponden a un 28% del ingreso del afiliado pero distribuido en un aporte patronal del 20% y un aporte del afiliado del 8%, los prospectos del proyecto de ley mencionado se acercaban para el año 2010 a una cotización por afiliado en estos dos sistemas entre el 35 y el 40% que responderían a estudios e investigaciones que deberían haberse realizado antes de ese año.

El aumento de las cotizaciones será el camino menos apropiado en la opinión del sector laboral de empleadores y de trabajadores pero es el más apetecido por las aseguradoras.

Un propósito ideal será, de un lado, el de incrementar el esfuerzo de las aseguradoras por mejores negocios financieros y del lado del gobierno, el pago de la deuda que aún mantiene con la seguridad social desde la creación del seguro social en 1946 cuando se auto obligó a aportar una tercera parte de las cotizaciones y nunca lo hizo.

No debe dejarse de lado lo relacionado con el control necesario sobre las finanzas y actividades de las compañías aseguradoras y en especial de las entidades privadas cuya misión desde la Ley n° 100 de 1993 ha sido la de atender las prestaciones económicas y asistenciales de los tres subsistemas de la seguridad social Integral. Este control corresponde teóricamente al Estado y a la Sociedad a través de los sujetos beneficiarios y sus organizaciones sociales. Es derecho fundamental constitucional en Colombia la participación de los habitantes en todos los asuntos que puedan afectarlos y en desarrollo de este derecho principio, las leyes y reglamentos de las mismas incluyen a los miembros de los fondos de pensiones, a los usuarios de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y a los trabajadores que hacen parte de los comités de salud ocupacional como integrantes o con derecho a elegir a sus representantes en los órganos directivos de estas entidades.

La falta de control Estatal y Social ha permitido que los recursos de la seguridad social se utilicen de manera negligente y abusiva por parte de los administradores privados y por ello vale la pena destacar la denuncia que al

respecto se hace en la contraportada del libro *Financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Seguimiento y Control Preventivo a las políticas públicas en los siguientes términos: "Otra hipótesis que se construye de la presente crisis es que en el sector hay suficiencia de recursos: circulan aproximadamente 40 billones de pesos, cifra que parece significativa a la luz del gasto en salud en América Latina. Por lo tanto, los actuales acontecimientos se atribuyen al manejo inadecuado de los recursos financieros del sector, más que a su escasez. Lo anterior se evidencia por los hechos de corrupción públicamente conocidos, que son la consecuencia de un ineficiente sistema de inspección, vigilancia y control con el fin de evitar el uso indebido de los recursos financieros del sector salud"*<sup>15</sup>.

#### **4. El aumento del tiempo (semanas) de cotización al sistema general de pensiones**

Tanto en el punto anterior como en este, la incertidumbre es un común denominador, de cara a la sustentación de la necesidad de una reforma en materia de pensiones y de salud.

Si bien es cierto que los fondos privados de pensiones y las Entidades Promotoras de Salud, han presentado cifras concretas sobre la utilización de los recursos provenientes de las cotizaciones y de la redistribución de los recursos de la seguridad social en salud, no existen informes ni del estado ni de estas entidades sobre el funcionamiento de las mismas como empresas con ánimo de lucro.

Es que el cambio del modelo de aseguramiento estatal por el modelo de aseguramiento privado o mixto, implicaba igualmente un giro del sistema contributivo sin ánimo de lucro al sistema contributivo negocio lucrativo, no es imaginable un sector financiero representado por los bancos y compañías de seguros particulares, dedicado a la loable actividad de aseguramiento social sin ánimo de lucro.

La exponencialidad de las cotizaciones de los tres subsistemas, fueron suficientemente atractivas para que se modificara el modelo a la mayor velocidad posible en el congreso de la República en el año 1993 y ello respondió a las necesidades del capital financiero colombiano, ávido de obtener las mejores posibilidades de crecimiento de su capital, por vía de la captación de las cotizaciones del sistema de Seguridad Social obligatorio.

---

<sup>15</sup> PEÑALOSA (2011) p. 9.

Aún no se ha analizado a fondo el nivel de enriquecimiento de las entidades privadas de seguridad social pero, año tras año, en los meses de febrero se conocen las noticias poco difundidas sobre los resultados más que positivos del gran negocio de las pensiones y del aseguramiento de las empresas en riesgos laborales, pero sin la publicación de balances ni estados financieros que le den un soporte y credibilidad.

Fue en el IV Congreso mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad la Gran Colombia realizado en Bogotá Colombia en febrero de 2013, que el presidente de uno de los Fondos de Pensiones privados más sólidos en Colombia, reconociera públicamente ante la pregunta de uno de los participantes en ese evento, que *“Las pensiones no son un mal negocio, es uno de los mejores negocios en el mundo pero sus ganancias se ven afectadas por un conjunto de factores que debe asumir el Estado y no el sector financiero”*.

Pero el fenómeno de la privatización del sistema de pensiones es mundial y con características similares, como lo expresó en su libro *Nuevo Derecho de la Seguridad Social* el segurólogo mejicano Ángel Guillermo Ruiz Moreno, refiriéndose a los cambios introducidos a la legislación mejicana al apenas iniciarse el siglo XXI: *“Vistas las circunstancias, a partir de ahora debemos acostumbrarnos a la incertidumbre y a la inquietud que todo cambio provoca, porque el nuevo contenido financiero y económico nacional en que se halla inmerso el nuevo esquema de pensiones, resulta ser tan complejo y sofisticado que se tuvo que modificar y adicionar 5 leyes federales para darle cabida al nuevo modelo de los sistemas de ahorro y pensiones. Parece que la información financiera y política es ausente o insuficiente para poder respaldar cualquier información sobre esta temática”*<sup>16</sup>.

## **5. El incremento de la edad para acceder al derecho de una pensión de vejez**

Esta es una propuesta que se ha planteado desde el sector asegurador y no ha sido incluida hasta el momento en ninguno de los argumentos presentados por el Ministerio del Trabajo de Colombia para sustentar algún propósito de reforma anunciado desde hace más de dos años pero no presentado hasta el momento al Congreso de la República.

---

<sup>16</sup> Ruiz (2003) p. 6.

Nuevamente, sin estar acompañado de soporte informativo técnico ni financiero alguno, se propone desde el sector asegurador y de ASOCAJAS (Asociación de Fondos de Pensiones) incrementar las edades para acceder a una pensión, parece que como argumento distractor que haga dirigir la mirada a la afectación del derecho a la pensión sin mirar la posible solución por vía de los aseguradores que están obligados a cumplir con su compromiso de atender lo asegurado cuando se cumplan las condiciones que se pactaron para que ello sucediera.

Y es que los seguros de la seguridad social, si bien son una superación de la visión del seguro privado, siguen siendo en esencia de la misma naturaleza técnica y por ello deben no solo planificarse de igual manera como lo hacen las empresas particulares de seguros sino cumplir con todos sus condicionamientos técnicos, que las obligan a realizar estudios estadísticos, para la ejecución de actividades que garanticen, no solo desde su patrimonio adecuado, sino mediante actividades lucrativas, a los asegurados, el cumplimiento del objeto del contrato de seguros que es el pago del precio pactado como consecuencia del siniestro asegurado.

Permitir que el asegurado sea el que cubre el futuro siniestro que ha venido asegurando mediante el pago de una prima elevada, es darle vía al enriquecimiento sin causa o por torticeros del sector asegurador.

El asegurador debe ingeniarse las formas de afrontar el acercamiento de un siniestro que, como el envejecimiento de la población asegurada, históricamente parecía lejano pero que por circunstancias imprevistas (decrecimiento demográfico, mejoramiento de la calidad de vida, etc...) se acerca de manera impactante de manera intensa en los recursos previstos para atenderlo, que resultan ser inferiores a lo exigible. Pero igualmente se debe tener en la cuenta que el reaseguramiento es una forma que permite la disminución de esos impactos si se ha realizado de manera oportuna y suficiente y sobre todo con la responsabilidad de diversificación del negocio cuando el riesgo asegurado parece no solo cercano sino evidente.

## **6. Los ingresos compensatorios para atender las expectativas que superen las previsiones aseguradas**

*“La seguridad social implica la aceptación de la responsabilidad de toda la sociedad de garantizar la seguridad económica a sus miembros. Supuesta la elección de equitativas formas de financiación, la seguridad social viene a representar una solidaridad institucionalizada entre los miembros de la comunidad nacional. Solidaridad no representa una gracia sino un derecho de*

*todos y para todos*".<sup>17</sup> El hecho de ser, la seguridad social un sistema que implica e incluye a toda la sociedad, cuyos elementos interactúan entre ellos y con el sistema mismo, exige que cualquier mirada se extienda sobre el todo y sus partes y las relaciones entre ellas y no a una sola de sus componentes. *"El conjunto de elementos interrelacionados, interdependientes e interactivos que forman una unidad o un todo coherente y que tienen un objetivo común, es un sistema: es el conjunto de partes interdependientes o interactivas, cuyas relaciones entre sí o entre sus atributos determinan un todo unitario para realizar determinado objetivo"*.<sup>18</sup>

Plantear una reforma a la seguridad social que solamente se oriente a afectar a los usuarios o beneficiarios de sus servicios sin incluir a sus administradores y garantes, es no solo injusta sino anti técnica si se tiene en la cuenta que los recursos de los aportantes han venido siendo utilizados con fines lucrativos por parte del sector asegurador y que no se han publicitado los resultados de dicho negocio asegurador pero que, desde luego, apuntan a que, de acuerdo con las noticias provenientes del mismo sector asegurador, sus niveles de utilidad son muy altos y no se afectarían mucho con la continuidad del aseguramiento en las mismas condiciones vigentes; lo que si exige, para una mayor ganancia de ellos, como de los asegurados, es una mejor planificación y diversificación de sus actividades lucrativas con el fin de cumplir con los requerimientos técnicos del sector asegurador y del contrato social pactado inicialmente.

## CONCLUSIONES

1. La seguridad social como sistema, debe mirarse como una integralidad en la que sus elementos interactúan entre sí y con el sistema mismo. No es adecuado ni técnico promover la solución de los problemas de la seguridad social a través de la afectación de uno solo de sus elementos constitutivos o estructurales sin prever una transformación de la estructura como totalidad.
2. El sistema de Seguridad Social debe recuperar su integridad no solo como sistemas de servicios y atención de prestaciones económicas, asistenciales y en especie sino que debe regresar al concepto de aseguramiento compensado financieramente por los principios de unidad de

---

<sup>17</sup> RUEZGA (2009) p. 33.

<sup>18</sup> *Ídem.*, p. 9.

caja, unidad de responsabilidad y unidad administrativa pues la desagregación de sus subsistemas como lo ordenó la Ley n° 100 de 1993 no ha tenido efectos benéficos para todos sus elementos sino que ha servido para el enriquecimiento de los sistemas de aseguramiento privado dentro del sistema financiero.

3. El sistema General de Riesgos Laborales por su eficiencia y eficacia, genera recursos exponenciales, gracias al cumplimiento de su misión previsional y de atención que ha disminuido la siniestralidad ocupacional. Lo anterior debe de compensar los déficits de los subsistemas de salud y de pensiones como se impone desde una visión justa y equitativa del sistema de seguridad social como una totalidad sin dejar de considerar ninguno de sus elementos.
4. Las pretendidas crisis de los sistemas de Salud y Pensiones deben ser objeto de una demostración real mediante la presentación de los estados financieros del negocio asegurador de los Fondos y de las EPS, no basta la mera información del uso de los recursos provenientes del recaudo de cotizaciones o de recobros o del valor de la UPC (Unidad de Pago por Capitación en salud), sino del negocio mismo del asegurador pues debe demostrar, no solo capacidad patrimonial adecuada, sino el cumplimiento de las condiciones o requisitos técnicos del aseguramiento. Esto implica capacidad de gestión del negocio del aseguramiento y estudios estadísticos sobre los riesgos y su siniestralidad.
5. La población no volvió a crecer demográficamente en las mismas proporciones y porcentajes que lo hacía en 1960<sup>19</sup> cuando se inició el declive de la curva de nacimientos hasta llegar en la actualidad (2013) a tasas de decrecimiento demográfico<sup>20</sup>. La natalidad en el mundo pasó de un 3% en el año 1960 al 1,36% para el año 2011 según datos del BID, lo que significa que ni siquiera las parejas se reproducen a sí mismas en la proporción mínima de dos a dos sino de 2 a 1.36. De continuarse en esa regresión, llegará el momento en que la población ya no crecerá

<sup>19</sup> Datos del Banco Mundial a Junio de 2013.

<sup>20</sup> En 1960 el crecimiento poblacional en el mundo era del 3% anual, según el Banco Mundial para el año 2011 en Colombia el porcentaje fue de 1,36% lo que expresa una tasa de crecimiento negativo del 220.58% de acuerdo con las cifras del Banco Mundial al año 2011 en comparación con el año 1960. Datos del *Banco Mundial*, disponible en <[http://www.google.com.co/publicdata/explore?ds=d5bncppjof8f9\\_&met\\_y=sp\\_pop\\_grow&idim=country:COL&dl=es&hl=es&q=crecimiento%20poblacional%20en%20colombia](http://www.google.com.co/publicdata/explore?ds=d5bncppjof8f9_&met_y=sp_pop_grow&idim=country:COL&dl=es&hl=es&q=crecimiento%20poblacional%20en%20colombia)>, fecha consulta: 10 septiembre 2013.

más sino que decrecerá y entonces cabrá la pregunta de ¿cómo afrontar las necesidades sociales pues la solidaridad en los términos en que ha sido expresada históricamente no podrá seguir actuando de manera compensatoria?

6. El Papa Juan Pablo II citado en la compilación de artículos de Ángel Guillermo Ruíz Moreno por Román Velasco González, expresa sobre el futuro de la humanidad: *“No se construye una sociedad justa sobre la injusticia. No se construye una sociedad que merezca el título de humana, dejando de respetar al otro y peor todavía, negándole a los seres las libertades fundamentales. En solidaridad con vuestros hermanos de diferentes naciones, razas y culturas es posible para ustedes cambiar el mundo y construir un futuro mejor para todos. Un futuro en que las personas serán más importantes que las ganancias, en el que los recursos del planeta estén repartidos con justicia y en el que las negociaciones pacíficas sustituyan a las amenazas de guerra”*.<sup>21</sup>

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARENAS, Gerardo (2011): *El Derecho colombiano de la seguridad social* (3ª edición, Bogotá, Legis editores S.A.) 799 pp.
- CAÑÓN, Leonardo (2013): *La seguridad social en la Constitución colombiana* (2ª Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia) 125 pp.
- CÁRDENAS, Miguel (2004): *Justicia pensional y neoliberalismo. Un estudio de caso sobre la relación derecho y economía* (Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA) 280 pp.
- CASTILLO, Fernando (2009): *Problemas actuales de seguridad social: Los Bonos Pensionales* (Bogotá, Grupo editorial Ibáñez) 225 pp.
- CORTÉS, Juan C. (2009): *Derecho de la Protección Social* (Bogotá, Legis Editores S.A.) 599 pp.
- \_\_\_\_\_ (2011): *Reforma al Sistema de Salud. Comentarios a la ley 1438 de 2011*, (Bogotá, Legis Editores S.A.) 551 pp.

---

<sup>21</sup> VELASCO (2011) p. 211.

- \_\_\_\_\_ (2012): *Estructura de la Protección Social en Colombia. Reforma a la administración Pública* (Bogotá, Legis Editores S.A.) 399 pp.
- FERNÁNDEZ, Miguel y MARASCO, Nora (2009): *La solidaridad en la Seguridad Social. Hacia una ciudadanía social* (México, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social CIESS) 89 pp.
- PASCO, Mario (2011): “Un Derecho Laboral para los trabajadores informales”, RUIZ, Ángel (coordinador académico), *Exclusión, desprotección social e injusticia laboral en Iberoamérica* (Jalisco-México, Instituto Jalisciense de investigaciones jurídicas) pp.67-93.
- PEÑALOSA, Rolando (2012): *Financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Seguimiento y control preventivo a las políticas Públicas.* (Bogotá, ECOE EDICIONES LTDA) 121 pp.
- RUIZ, Ángel (2003): *Nuevo Derecho de la Seguridad Social* (México, editorial Porrúa) 861 pp.
- RUIZ, Ángel (2004): *Los Delitos en Materia de Seguro Social* (México, editorial Porrúa) 241 pp.
- STIGLITZ, Rubén (2010): *Temas de Derecho de Seguros* (Bogotá, Grupo editorial Ibáñez) 329 pp.
- VELASCO, Román (2011): “El impacto de la crisis económica y el derecho laboral: el caso de Puerto Rico”, RUIZ, Ángel (coordinador académico), *Exclusión, desprotección social e injusticia laboral en Iberoamérica* (Jalisco-México, Instituto Jalisciense de investigaciones jurídicas) pp. 193-212.

## NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Decreto Ley n° 3500 de 1980 (Chile), establece nuevo sistema de pensiones: Régimen de Previsión social derivado de la capitalización individual. *Diario Oficial*, 13 noviembre 1980.
- Ley n° 6 de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. *Diario Oficial* n° 25.790.

Ley n° 90 de 1946, Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. *Diario Oficial* n° 26322, 7 enero 1947.

Ley n° 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de Seguridad Social integral y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* N° 41.148, 23 diciembre 1993. Consultado, VALENCIA, Fabio y MAYA, Néstor (1995): *La Ley 100 de seguridad social y sus decretos reglamentarios. Guía Metodológica de Consulta* (2ª edición, Bogotá, editado por sus autores) 1132 pp.

Ley n° 1438 de 2011, por la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n° 47957, 19 enero 2011.

Ley n° 1502 de 2011. Por la cual se promueve la cultura en Seguridad Social en Colombia, se establece la semana de la seguridad social, se implementa la jornada nacional de la seguridad social y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n° 48.298, 30 diciembre 2011.

Ley n° 1562 de 2012. Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional. *Diario oficial* n° CXLVIII N. 48488, 11 julio 2012.

## **JURISPRUDENCIA CITADA**

Corte Constitucional colombiana (1995): Sentencia T-261 de 1995.

COMENTARIOS DE  
JURISPRUDENCIA



# ON 'OBLIGATIONS ERGA OMNES PARTES' IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW: 'ERGA OMNES' OR 'ERGA PARTES'?

## A COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF 20 JULY 2012 OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE QUESTIONS RELATING TO THE OBLIGATION TO PROSECUTE OR EXTRADITE (BELGIUM V. SENEGAL) CASE

*Sobre 'obligaciones erga omnes partes' en  
derecho internacional público: 'erga omnes' o  
'erga partes'?*

*Un comentario de la Sentencia de 20 de julio  
de 2012 de la Corte Internacional de Justicia  
en el caso Cuestiones Relativas a la Obligación  
de Procesar o Extraditar (Bélgica v. Senegal)*

DIEGO GERMÁN MEJÍA-LE MOS\*  
National University of Singapore  
Singapore, Singapore

---

\* Associate, National University of Singapore Centre for International Law; Graduate Research Scholar, National University of Singapore Faculty of Law; PhD (c), LLM (National University of Singapore), LLM and B Mallal Scholar (New York University), PGDip and LLB (Universidad Nacional de Colombia). <diego.g.mejia.lemos@nus.edu.sg>, <dml413@nyu.edu>.

**Artículo recibido el 14 de agosto de 2013 y aprobado el 14 de enero de 2014.**

**ABSTRACT:** The International Court of Justice, in its 2012 judgment in the *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* case, found that Belgium had *ius standi* to claim Senegal's responsibility for the alleged breach of its obligations under Articles 6(2) and 7(1) of the Convention Against Torture and that such claims were admissible. Also, it concluded that it was not necessary to determine whether Belgium was 'specially affected' or 'injured'. The Court based these findings on the concept of 'obligations *erga omnes partes*', which it defined as obligations in the compliance of which states have an 'interest', which, in the case of the above provisions is a 'common interest'. Several members of the Court rejected the above findings as inconsistent with the law of international responsibility, and state practice and, for other reasons, ill-grounded. The present paper assesses the Court's definition and use of the concept of 'obligations *erga omnes partes*' in light of public international law. It also analyses the views expressed by other judges sitting on the Bench for the case. The present paper's main contentions are three. First, the characterisation of obligations in the performance of which all the states parties to a treaty have an 'interest' -arguably a 'common' one- as 'obligations *erga omnes partes*' is unnecessary. Secondly, such obligations, as defined, by the Court, remain merely '*erga partes*', binding on the parties to the treaty constituting their source *qua* parties to the treaty and subject, as any other conventional obligation, to the rule *res inter alios acta* and to the rules on reservations, which may prevent an 'obligation *erga omnes partes*' from becoming binding on states that have made a reservation to the provision setting out the terms of the obligation and on those accepting such reservations. In this connection, it is demonstrated that 'obligations *erga omnes partes*' are only of significance if they are 'obligations *erga omnes*' proper, primarily in the form of customary obligations under general rules customary international law, binding on the parties to the treaty *qua* custom and regardless of any reservation, in addition to being binding on non-parties to the respective treaty to which the customary rule is opposable. Thirdly, the legal consequences of the use of the concept give further indication of the redundancy of the concept.

**RESUMEN:** La Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 2010 en el caso *Cuestiones Relativas a la Obligación de Procesar o Extraditar (Bélgica v. Senegal)*, concluyó que Bélgica tenía legitimación procesal para pretender la responsabilidad de Senegal por la presunta violación de sus obligaciones conforme a los Artículos

6(2) y 7(1) de la Convención contra la Tortura y que tales pretensiones eran admisibles. Igualmente, concluyó que no era necesario que Bélgica fuera ‘especialmente afectada’ o ‘lesionada’. La Corte basó sus conclusiones en el concepto de ‘obligaciones *erga omnes partes*’, que definió como obligaciones en el cumplimiento de las cuales los estados tienen un ‘interés’, que, en el caso de las citadas disposiciones, es un ‘interés común’. Varios miembros de la Corte rechazaron las citadas conclusiones dada su inconsistencia con el derecho de la responsabilidad internacional y la práctica estatal y, por otras razones, infundadas. El presente artículo evalúa la definición de la Corte y su uso del concepto de ‘obligaciones *erga omnes partes*’ a la luz del derecho internacional público. Igualmente, analiza las opiniones manifestadas por otros jueces que participaron en la decisión del caso. Tres son los principales argumentos del presente artículo. En primer lugar, la caracterización de obligaciones en el cumplimiento de las cuales todos los estados partes tienen un interés –presuntamente uno ‘común’– como ‘obligaciones *erga omnes partes*’ es innecesaria. En segundo lugar, tales obligaciones, conforme a la definición de la Corte, son meramente ‘*erga partes*’, obligatorias para las partes del tratado que constituye su fuente en tanto partes al tratado y conforme, como es el caso de cualquier obligación convencional, con la regla *res inter alios acta* y las reglas sobre reservas, que pueden impedir que una obligación ‘*erga omnes partes*’ devenga vinculante respecto de Estados que han hecho una reserva en relación con la disposición que establece los términos de la obligación al igual que respecto de los que aceptan la reserva. En este sentido, se demuestra que las ‘obligaciones *erga omnes partes*’ sólo tienen importancia si son ‘obligaciones *erga omnes*’ en sentido estricto, particularmente obligaciones consuetudinarias conforme a reglas generales consuetudinarias de derecho internacional, obligatorias para las partes del tratado en tanto costumbre y sin perjuicio de cualquier reserva, además de ser vinculantes respecto de terceros Estados, a los cuales les es oponible la regla consuetudinaria. Finalmente, las consecuencias del uso del concepto proveen más indicios de la redundancia del mismo.

## INTRODUCTION

This paper studies the nature of so-called ‘obligations *erga omnes partes*’ in public international law, with a particular focus on issues arising out of or in connection with claims brought before international courts on the basis

of alleged breaches of such obligations. In this connection, it comments on the propositions made in this regard by the International Court of Justice in its Judgment of 20 July 2012 in the *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* case as well as on the stances taken by several judges sitting on the Bench for this case, as set out in their declarations and separate or dissenting opinions.

In the above judgment, the Court found, in essence, that: (a) a party to a treaty creating obligations in the compliance of which all the parties to the treaty have a 'common interest', which are characterised as 'obligations *erga omnes partes*', has standing for the purposes of bringing claims arising out of the breach of such obligations, including, most prominently, an entitlement to invoke international responsibility; and (b) such claims are admissible, even in the absence of a special interest on the part of the party bringing the claim, which the Court needs not determine.

The main contentions of the present paper may be summarised as follows:

First, it is not necessary to characterise obligations in the performance of which all the parties to a treaty allegedly have a 'common interest' as 'obligations *erga omnes partes*'. The main reason for this proposition is that conventional obligations, in principle, are not 'obligations *erga omnes*' proper.

On the one hand, 'obligations *erga omnes partes*' are merely 'obligations *erga partes*', binding on the parties to the treaty constituting their source *qua* parties to the treaty and subject, as any other conventional obligation, to the rule *res inter alios acta* and to the rules on reservations, which may prevent an 'obligation *erga omnes partes*' from becoming binding on states that have made a reservation to the provision setting out the terms of the obligation and on those accepting such reservations.

On the other hand, so-called 'obligations *erga omnes partes*' are only of significance if they are 'obligations *erga omnes*' proper, primarily in the form of customary obligations, if the source of such customary obligations is a general custom, binding on the parties to the treaty *qua* custom, independently of the treaty and the reservations they may have made, as well as on non-parties to the treaty to which the customary rule is opposable. In this latter sense, 'obligations *erga omnes partes*' are '*erga omnes*' regardless of their binding effect '*erga partes*'.

Secondly, the characterisation of an obligation as 'obligation *erga omnes partes*' is not necessary for the purposes of determining (a) whether a party to a treaty bringing a claim on the basis of the breach of such obligations has

*ius standi* and (b) whether such claims are admissible. The legal basis for *ius standi* and admissibility of claims is the existence of a legal interest under the treaty.

Thirdly, and in addition to the fact that such characterisation is not necessary for the above purposes, the legal consequences of such characterisation provide further evidence of the redundancy of the concept.

The present paper is divided into four parts. The present part, Part I, provides an introduction. Part II primarily analyses the propositions made by the Court, particularly those setting out the concept of 'obligations *erga omnes partes*' and the legal consequences of this characterisation as to the claimant's *ius standi* and the admissibility of the respective claims. Part III assesses the Court's propositions in relation to these matters. Part IV concludes.

The scope of the present analysis and assessment of the Court's position, particularly in Parts II and III, excludes, in principle, the Court's considerations in relation to the merits of the dispute or other issues in connection with the Court's findings as to jurisdiction and admissibility in the specific case. The above analysis is confined to considering the Court's use and definition of the concept of 'obligation *erga omnes partes*' and references to other propositions or arguments is made only tangentially, if at all. Also, the present analysis is not fully reviewing the vast literature in which the notion has been used, as this task cannot be appropriately carried out here, given the paucity of space, and given that the present paper is concerned mainly with the use of the Court of the above concept, not that made by commentators in other instances and in relation to other areas.<sup>1</sup>

## **II. 'OBLIGATIONS *ERGA OMNES PARTES*' AND THE QUESTIONS RELATING TO THE OBLIGATION TO PROSECUTE OR EXTRADITE (BELGIUM V. SENEGAL) CASE**

This part of the paper summarises the Court's propositions made in connection with 'obligations *erga omnes partes*' as well as the positions of several

---

<sup>1</sup> The views of some commentators, and, in particular, the use of the concept in the ILC Commentaries to the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts are briefly reviewed in the section on the nature of 'obligations *erga omnes parte*' as defined by the Court in the case at hand.

judges sitting on the Bench for the above case, as set forth in their dissenting or separate opinions.

### **1. *The Court's propositions as to the concept and legal consequences of 'obligations erga omnes partes' in its Judgment of 20 July 2012***

In its 2012 Judgment in the *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* case, the Court unanimously found that it had "*jurisdiction to entertain concerning the interpretation and application of Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1, of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984*".<sup>2</sup>

The Court considered the question of whether the position of party to the Convention is a sufficient condition for the existence of *ius standi* to bring claims "*concerning the cessation of alleged violations by another State party of its obligations under that instrument*".<sup>3</sup>

Thus, the Court found that "*standing to invoke the responsibility of Senegal for the alleged breaches of its obligations under Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1, of the Convention in the present proceedings*".<sup>4</sup>

Hence, the Court found that "*the claims of Belgium based on these provisions are admissible*".<sup>5</sup> Furthermore, the Court found that "*there is no need for the Court to pronounce on whether Belgium also has a special interest with respect to Senegal's compliance with the relevant provisions of the Convention*".<sup>6</sup>

In this connection, the Court made the following propositions: a) The parties to the Convention have a 'common interest to ensure, in view of they shared values' the prevention of acts torture and the prosecution of responsible of such acts<sup>7</sup>; b) That common interest implies that the obligations in

---

<sup>2</sup> ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (2012) para. 122(1).

<sup>3</sup> *Ídem.*, para. 67.

<sup>4</sup> *Ídem.*, para. 70.

<sup>5</sup> *Ibidem.*

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

<sup>7</sup> *Ídem.*, para. 68.

question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention<sup>8</sup>; c) That common interest' is a "... legal interest" in the protection of the rights involved"<sup>9</sup> In support of this proposition, the Court cites its Judgment in the *Barcelona Traction* case<sup>10</sup>; d) These obligations may be defined as "obligations *erga omnes partes*" in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case.<sup>11</sup> This proposition is illustrated by the Court by a reference to the obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

In this connection, the Court further pointed out, through a citation of its Advisory Opinion on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, that the parties to the above category of treaty have a 'common interest', namely, an interest which is not 'of their own', but an interest in "the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the Convention".<sup>12</sup>

(a) The parties' 'common interest' "implies the entitlement of each State party to the Convention to make a claim concerning the cessation of an alleged breach by another State party".<sup>13</sup> In this connection, the Court puts forward that, were the parties required to have a 'special interest', "in many cases no State would be in the position to make such a claim."<sup>14</sup> Thence the Court's finding to the effect that it need not establish the existence of a 'special interest' on the part of the claimant.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*, stating: "All the States parties "have a legal interest" in the protection of the rights involved (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33*)".

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*, citing ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, Reports 1951, p. 23.

<sup>13</sup> *Ibidem*, stating: "The common interest in compliance with the relevant obligations under the Convention against Torture implies the entitlement of each State party to the Convention to make a claim concerning the cessation of an alleged breach by another State party".

<sup>14</sup> *Ídem.*, para. 69, stating: "If a special interest were required for that purpose, in many cases no State would be in the position to make such a claim".

(b) The parties to the Convention, thus, “may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations erga omnes partes ... and to bring that failure to an end”.<sup>15</sup>

## **2. The position of several judges sitting on the Bench for the case in relation to the concept and legal consequences of ‘obligations erga omnes partes**

This section analyses the stances taken by judges sitting on the Bench for the case in relation to the main question analysed in this paper, as set out in their respective dissenting and separate opinions and declarations.

### *A) DECLARATION OF JUDGE OWADA*

Judge Owada, in his declaration attached to the Court’s judgment, clarifies that his vote in favour of the finding in Subparagraph (3), Operative Paragraph 122, of the Court’s judgment was made on the basis that, in his view, “Belgium’s entitlement to this standing derives from its status as a State party to the Convention, and nothing else”.<sup>16</sup> Three aspects of his considerations are of relevance to the present paper.

First, in his opinion, there is a “divergence of views on the methodology” as to “how the Court should appreciate the nature of the present dispute and define its subject-matter”, which has a particular impact on the manner in which it addressed issues of jurisdiction and admissibility.<sup>17</sup>

In particular, as to admissibility, in his view, there was a ‘difference of views’ between the parties to the case as to the claimant’s standing to bring the claim, which consisted of two elements, namely the status of Belgium as a party to the Convention and its special interest, which would give it *ius standi* in the present case.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, stating: “It follows that any State party to the Convention may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations erga omnes partes, such as those under Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1, of the Convention, and to bring that failure to an end”.

<sup>16</sup> ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Declaration of Judge Owada, para. 15.

<sup>17</sup> *Idem.*, para. 1.

<sup>18</sup> *Idem.*, para. 16, directly quoting para. 66 of the Judgment.

The Court, in his view, did not address this element of the difference of views between the parties, which “*admittedly relates to an issue that belongs to the merits of the case*”, and which, in his view, was “*a more contentious claim*”<sup>19</sup>. as it focused only on one of the elements of the difference, namely, the status of Belgium as a party to the Convention.<sup>20</sup>

Secondly, the Court’s approach, in his opinion, “*will inevitably have its legal consequences upon the scope of the subject-matter of the dispute that is admissible before the Court and upon the nature and the scope of the claims on which Belgium can seize the Court in this dispute*”.<sup>21</sup> Particularly, it would entail that Belgium “*is in a legal position neither to claim the extradition of Mr. Habré ... nor to demand an immediate notification*” pursuant to Articles 5(2) and 6(4) of the Convention, respectively, but merely to “*insist on compliance*”, “*like any other State party to the same Convention*”.<sup>22</sup>

Lastly, Judge Owada does not seem to fully agree on the Court’s proposition that the Convention creates obligations *erga omnes partes*, as he considers that the Convention would only ‘allegedly’ do so.<sup>23</sup> On this point, which he considers to be an “*arguably controversial basis for entitlement of a State party to the Convention*”, he apparently concurs with Judge Skotnikov’s views, indicating that the issue as to its plausibility is not directly addressed in his considerations.<sup>24</sup>

#### B) SEPARATE OPINION OF JUDGE SKOTNIKOV

Judge Skotnikov considered that the Court “*erred as to the grounds on which*” it made its finding of admissibility of Belgium’s claims pursuant to Articles 6(2) and 7(1) of the Convention.<sup>25</sup> Indeed, he concludes, for the reasons commented on below in further detail, that the Court’s finding does not “*seem to be founded in law, be it conventional or customary*”.<sup>26</sup> In particular, he put forward the following propositions.

<sup>19</sup> *Ídem.*, para. 18.

<sup>20</sup> *Ídem.*, para. 17.

<sup>21</sup> *Ídem.*, para. 21.

<sup>22</sup> *Ídem.*, para. 22.

<sup>23</sup> *Ídem.*, para. 19.

<sup>24</sup> *Ídem.*, para. 21.

<sup>25</sup> ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Declaration of Judge Skotnikov, para. 1.

<sup>26</sup> *Ídem.*, para. 22.

First, *“Belgium did not seise this Court simply as a State party to the Convention”*.<sup>27</sup> Accordingly, the Court, in his view, failed to fulfil its *“duty under its Statute to settle disputes”*, *“by reducing”* Belgium’s *“status in the present proceedings to that of any State party to the Convention”*.<sup>28</sup>

Secondly, the Court’s finding that Belgium has *ius standi* to invoke Senegal’s responsibility for the alleged breach of the obligations set out in Articles 6(2) and 7(1) of the Convention is, in his view, a finding which *“is not properly explained, nor is it justified”*.<sup>29</sup>

In this connection, he enquires whether the parties’ ‘common interest’ amounts to *“a right of any State party to invoke the responsibility of any other State party before this Court, under the Convention against Torture, for an alleged breach of obligations erga omnes partes”*.<sup>30</sup>

The implication of such a right in the parties’ ‘common interest’ was not explained by the Court, in his view.<sup>31</sup>

Also, he posits that the Court’s finding is not sufficiently demonstrated, as it is not based on interpretation of the Convention, but merely relies only on a citation of the Convention’s Preamble and the characterization of it *“as being similar to the Genocide Convention”*.<sup>32</sup>

In particular, he considers that the Court’s equation of a ‘common interest’ to the above ‘procedural right’ would require, in order to be proved, to address the following issues, which the Court failed to address: (a) The question of *“how such treaties could simultaneously envisage the right of a State party to make reservations to its jurisdiction”*<sup>33</sup>; (b) The existence of

---

<sup>27</sup> *Ídem.*, para. 5.

<sup>28</sup> *Ídem.*, para. 9.

<sup>29</sup> *Ídem.*, para. 10.

<sup>30</sup> *Ídem.*, para. 12.

<sup>31</sup> *Ídem.*, para. 18, stating: *“By contrast, in the view of the Court, an entitlement of each State party to the Convention against Torture to make a claim concerning the existence of an alleged breach by another State party is implied in the common interest of the States parties’ compliance with the relevant obligations under the Convention against Torture (see Judgment, paragraph 69). No explanation is offered in support of this statement”*.

<sup>32</sup> *Ídem.*, para. 13.

<sup>33</sup> *Ídem.*, para. 14.

*“opt-out or opt-in clauses”*<sup>34</sup> in relation to the Court’s jurisdiction and the Committee against Torture’s competence, which remains optional<sup>35</sup>; (c) The inexistence of an express grant of a right to invoke responsibility, as illustrated by the European Convention on Human Rights, which expressly provides for such a right in Article 33 and *“[i]nterestingly, and most logically”* does not allow for reservations to the European Court of Human Rights’ jurisdiction.<sup>36</sup>

In this connection, he further stated that the Court had failed: (1) To demonstrate *“in respect of the same –and rather important– entitlement”*, how the inexistence of an express provision can lead to the same results as those under a treaty which includes such a provision<sup>37</sup> and whether the inclusion or exclusion by the drafters of such a provision is of no consequence<sup>38</sup>; (2) To take into account the ILC Articles on State Responsibility, *“which do not support the Court’s position”*, particularly in light of the commentaries to Article 48 thereof, according to which the entitlement to invoke responsibility granted to ‘any state party’ to a treaty is only predicated of treaties expressly allowing for it, *“without in any way implying that such an entitlement is allowed in treaties which do not contain a specific provision to that effect”*. Indeed, the ILC’s commentaries, in his opinion, are not ambiguous, as it expressly pointed out that states ought to have a specific ‘right of action conferred by a treaty’ or be ‘considered an injured state’ in order to be able to invoke responsibility<sup>39</sup>; (3) To cite any relevant precedent or mention facts indicating the inexistence of state practice providing authority for the Court’s ‘propositions’.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> *Ídem.*, para. 16, stating: *“If the logic adopted by the Court were correct, no such opt-out or opt-in clauses would have been allowed in the Convention. The simple truth is that the Convention does not go as far as the Court suggests”*.

<sup>35</sup> *Ídem.*, para. 15, stating: *“Furthermore, under the Convention against Torture, any State party has the right to shield itself not only from accountability before the Court but also from the scrutiny of the Committee against Torture. This scrutiny is based on the erga omnes partes principle but, tellingly, remains optional”*.

<sup>36</sup> *Ídem.*, para. 17.

<sup>37</sup> *Ídem.*, para. 19, stating: *“Accordingly, it does not offer its view as to how that which is expressly provided for in one treaty could simply be implied in another, in respect of the same –and rather important– entitlement”*.

<sup>38</sup> *Ídem.*, further stating: *“If one accepts the logic of the Judgment, it would make no difference whether such an express provision were included in or excluded from a treaty by its drafters. This cannot be right”*.

<sup>39</sup> *Ídem.*, para. 21 (emphasis added not reproduced).

<sup>40</sup> *Ídem.*, para. 20.

C) *SEPARATE OPINION OF JUDGE CAÑADO TRINDADE*

Judge Cañado Trindade expresses the view that obligations *erga omnes partes* “ensue” from “the absolute prohibition of torture, belonging to the domain of *jus cogens*”, set out in the Convention.<sup>41</sup> This, in his view, is acknowledged by the parties to the dispute.<sup>42</sup>

Furthermore, he characterizes the obligations under the Convention as obligations of result, as opposed to “simple obligations of means or conduct”, given that “we are here in the domain of peremptory norms of international law, of *jus cogens*, generating obligations *erga omnes partes* under the Convention against Torture”.<sup>43</sup>

Lastly, it is interesting to point out that Judge Cañado Trindade has used the concept ‘obligation *erga omnes partes*’ to refer to obligations which he had characterised as being ‘*erga omnes*’ in separate opinions in his previous capacity as Judge of the Inter-American Court of Human Rights.<sup>44</sup>

D) *DISSENTING OPINION OF JUDGE XUE*

Judge Xue expresses her disagreement with the Court’s findings “on a number of important issues”.<sup>45</sup>

In her opinion, the Court, by basing “its reasoning on the notion obligations *erga omnes partes*”, failed to address the question<sup>46</sup> of “whether Senegal owes an obligation to Belgium to extradite”.<sup>47</sup>

The existence of this obligation, in her view, “first and foremost, depends on whether Belgium has entitlement to exercise jurisdiction in accordance

---

<sup>41</sup> ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (2012), *Separate Opinion of Judge Cañado Trindade*, paras. 104 and 175.

<sup>42</sup> *Ídem.*, para. 104.

<sup>43</sup> *Ídem.*, para. 175.

<sup>44</sup> See, for instance, Inter-American Court of Human Rights, *Mapiripán Massacre vs. Colombia* (2005, Serie C n° 134), *Separate Opinion of Judge A.A. Cañado Trindade*, para. 17.

<sup>45</sup> ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (2012), *Dissenting Opinion of Judge Xue*, para. 1.

<sup>46</sup> *Ídem.*, para. 12.

<sup>47</sup> *Ídem.*, para. 11.

with Article 5 of the Convention”, which the Court should have had interpreted in order to properly address “this crucial issue presented by Senegal in the judgment”.<sup>48</sup>

She pointed out that the Court’s findings, based on this ‘notion’, that Belgium has standing to invoke Senegal’s responsibility and that the former’s claims are admissible, are “*abrupt and unpersuasive*”.<sup>49</sup> In this connection, she further affirms that this “*entitlement to monitor the implementation of any State party on the basis of [sic] erga omnes partes, certainly goes beyond the legal framework of the Convention*”.<sup>50</sup>

First, the ‘notion’ of ‘obligation *erga omnes partes*’, which is based on what she characterises as an *obiter dictum* taken from the Court’s judgment in the *Barcelona Traction* case<sup>51</sup>, “*goes far beyond treaty interpretation, deviating from the established jurisprudence of the Court*”.<sup>52</sup>

In relation to the Court’s use of the above *dictum*, she expresses the view that the Court ‘misused’ it “*in several aspects*”, as in the above *dictum*, namely: (a) The Court only drew “*the distinction between obligations owed to the international community as a whole and those arising vis-à-vis another State*”; (b) the Court did not address “*the question of standing in respect of obligations erga omnes*”, having confined itself to set out “*the conditions for the breach of obligations in bilateral relations*”; (c) The Court only considered “*substantive law rather than procedural rules*”; (d) The Court gave “*no indication to change the state of the law in the sense that there is no general standing resident with each and every State to bring a case in the Court for the vindication of a communal interest*”.<sup>53</sup>

As for other instances of references by the Court to ‘obligations *erga omnes*’, Judge Xue considers that in none of them has the Court “*pronounced that the existence of a common interest alone would give a State entitlement to bring a claim in the Court*”.<sup>54</sup>

<sup>48</sup> *Ídem.*, para. 12.

<sup>49</sup> *Ídem.*, para. 14.

<sup>50</sup> *Ídem.*, para. 39.

<sup>51</sup> *Ídem.*, para. 13.

<sup>52</sup> *Ídem.*, para. 12.

<sup>53</sup> *Ídem.*, para. 15.

<sup>54</sup> *Ídem.*, para. 16.

Secondly, the Court's finding as to obligations *erga omnes partes* is inconsistent, particularly in light of the law of state responsibility, for the following reasons:<sup>55</sup> (a) The obligations to prosecute or extradite set out in the Convention "are treaty rules, subject to the terms of the Convention", without prejudice to the fact that the prohibition of torture "has become part of *jus cogens* in international law"<sup>56</sup>; (b) The parties' 'common interest' in the "observance, by virtue of treaty law, of the above rules is without prejudice to "the mere fact that a State is a party to the Convention", as, "[u]nder international law", "an interest in the compliance with" an obligation is different from the "standing to bring a claim against another State for the breach of such obligations in the Court"<sup>57</sup>; (c) The law of state responsibility, as set out in Article 42, ILC Articles on State Responsibility, sets out a "procedural rule", which requires a state to "show what obligations that another State party owes to it under the Convention have been breached. Such "injury", to use the language in Article 42 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility, distinguishes the State from other State parties as it is "specially affected" by the breach"<sup>58</sup>; (d) The applicability of the above "procedural rule" is not prevented by the *ius cogens* character of the prohibition of torture<sup>59</sup>; (e) The adoption of the "the notion *erga omnes partes* ... has blurred the distinction between the claimant State and the other State parties by prescribing a general right to invoke international responsibility in the Court"<sup>60</sup>; (f) The Court's finding has "no support of State practice in the application of the Convention".<sup>61</sup>

Thirdly, the Court's finding as to admissibility, particularly its proposition that, were a special interest required, state parties would not be in a position to make claims "concerning the cessation of an alleged breach by another State" is unfounded<sup>62</sup> and inconsistent with the law of treaties<sup>63</sup>, for the fo-

---

<sup>55</sup> *Ídem.*, paras. 17 and 18.

<sup>56</sup> *Ídem.*, para. 17.

<sup>57</sup> *Ibidem.*

<sup>58</sup> *Ibidem.*

<sup>59</sup> *Ibidem.*

<sup>60</sup> *Ídem.*, para. 18.

<sup>61</sup> *Ídem.*, further stating: "As a matter of fact, the dispute between the Parties arose over the interpretation and application of the principle *aut dedere aut judicare* under Article 7, paragraph 1. In other words, Belgium's Application rests on the terms of the Convention rather than the existence of a common interest".

<sup>62</sup> *Ídem.*, para. 19.

<sup>63</sup> *Ídem.*, para. 23, stating: "In accordance with treaty law, any interpretation and application of the object and purpose of the Convention should not contradict, or even override the

llowing reasons: (a) The Convention created a “reporting and monitoring system”, under Articles 17 to 20, and a “communication mechanism”, pursuant to Article 21, which “are designed exactly to serve the common interest of the State parties in the compliance with the obligations under the Convention”<sup>64</sup>; (b) The existence, and conditions for the operation, of the above conventional mechanisms<sup>65</sup>, particularly those of the communications mechanisms<sup>66</sup>, and the fact that states parties may make reservations pursuant to the Article 30(2) of the Convention, regarding, *i.a.*, the Court’s jurisdiction under Article 30(1), *idem*,<sup>67</sup> indicate that “the State parties in no way intended to create obligations *erga omnes partes*” in Articles 6(2) and 7(1). Indeed, in her opinion, “[o]bviously, if the State parties had intended to create obligations *erga omnes partes*, as pronounced by the Court, Articles 21 and Article 30, paragraph 1, should have been made mandatory rather than optional for the State parties”.<sup>68</sup>

#### E) DECLARATION OF JUDGE DONOGHUE

In her Declaration, Judge Donoghue expresses her agreement with the Court’s decision and exposes in further detail her views as to “the meaning of” Articles 6(2) and 7(1) of the Convention.<sup>69</sup>

She points out that “[t]he question of whether Senegal complied with” its obligations under Articles 6(2) and 7(1) “is at the heart of this case”<sup>70</sup> and that she agrees with the findings of the Court for the following reasons: (a) Articles 4 and 5 “unquestionably impose a duty on States parties to put in place legislation”<sup>71</sup>; (b) The “adherence” of the obligations set out in Articles 4 and 5 “is of consequence to all other State parties, so it is difficult to see why the duty would be owed to some State parties but not to others”<sup>72</sup>; (c) Article 6 sets forth an obligation to “to place the individual in custody and immediately

---

clear terms of the treaty”.

<sup>64</sup> *Ídem.*, para. 19.

<sup>65</sup> *Ídem.*, para. 20.

<sup>66</sup> *Ídem.*, para. 21.

<sup>67</sup> *Ídem.*, para. 22.

<sup>68</sup> *Ídem.*, para. 23.

<sup>69</sup> ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Declaration of Judge Donoghue, para. 1.

<sup>70</sup> *Ídem.*, para. 2.

<sup>71</sup> *Ídem.*, para. 10.

<sup>72</sup> *Ibidem.*

to make a preliminary inquiry, whenever an individual allegedly responsible for torture is present in its territory, without limitation as to the location of the alleged offence or the nationality of the victim or alleged offender"<sup>73</sup>; (d) The "breach of these obligation" under Article 6 "[o]nce again, is of consequence to all States parties"<sup>74</sup>; (e) Article 7(1) does not set out an obligation to extradite, but only "to submit a case for prosecution"<sup>75</sup>; (f) The obligations under Articles 6(2) and 7(1) arise in the event that an alleged offender is present in a state party's territory,<sup>76</sup> independently of an extradition request<sup>77</sup>; (g) Article 7(1), which "requires submission for prosecution "in cases contemplated in Article 5", "might be seen to suggest that the duty to submit a case for prosecution is owed only to States that fit within Article 5: the State in the territory of which the offence allegedly occurred; the State of the offender's nationality; and the State of the victim's nationality (if that State exercises jurisdiction based on a victim's nationality)"<sup>78</sup>; (h) The interpretation of Article 7(1) in the sense that its confined to the three cases contemplated in Article 5, as noted above, is a "more parsimonious approach would greatly reduce the potency of the related obligations in Articles 4 to 7 of the Convention", as this would imply that "the alleged offender will enjoy precisely the sort of safe haven that the Convention was intended to eliminate".<sup>79</sup>

The consequence of the 'parsimonious approach' would arise in the two following situations which are, in her view, "hypothetical, but ... not far-fetched":<sup>80</sup> (1) On the one hand, if "the State where the alleged offender is located owes no duty to any other State in a situation in which the alleged torture occurs in its territory and the victim and alleged offender are nationals of that State" "[t]he territorial State would be free to accord impunity to the alleged offender"; (2) On the other hand, "[t]he problem would persist if the alleged offender fled to the territory of another State. The State in the territory of which the alleged offence occurred (which, in this example, is also the State of nationality of the alleged offender and of the victim) might decide not to invoke the responsibility of the State in the territory of which the alleged offender is located".

---

<sup>73</sup> *Ibidem.*

<sup>74</sup> *Ibidem.*,

<sup>75</sup> *Ídem.*, paras. 3 and 4.

<sup>76</sup> *Ídem.*, paras. 8 and 9.

<sup>77</sup> *Ídem.*, paras. 6 and 8, in relation to Article 7(1) and the two provisions in question, respectively.

<sup>78</sup> *Ídem.*, para. 11.

<sup>79</sup> *Ibidem.*

<sup>80</sup> *Ibidem.*

Hence, the obligations set out in Articles 6(2) and 7(1) are “owed to all States parties”, as was the case in relation to Mr Habré’s case. In her opinion, for the reasons summarised above, “[h]ere, it is again important to bear in mind the combined package of obligations comprising Articles 4 to 7 of the Convention”.<sup>81</sup>

Therefore, in light of the above, “[f]or each of these provisions, therefore, it can be said that the State in the territory of which the offender is found has duties that correspond to rights on the part of all other States parties”.<sup>82</sup>

The Court’s finding that the obligations set out in Articles 6(2) and 7(1) are *erga omnes partes* and that, hence, Belgium is entitled to invoke responsibility for their alleged breach, in her view, “integrates into a single step its understanding of the primary rules specified in the Convention; their *erga omnes* character; and the secondary rules of State responsibility (i.e., that Belgium may invoke Senegal’s responsibility). In all respects, the Court’s analysis turns on substantive law”.<sup>83</sup>

Furthermore, Judge Donoghue clarifies that, in spite of the above, the “characterization” of “duties” as “*erga omnes partes*” “may not fit every provision of the Convention”.<sup>84</sup>

Lastly, in her view, the fact that Article 30(2) provides for a “*compromissory clause of the Convention permits States to opt out of the jurisdiction of this Court*” does not “*detract from the erga omnes partes character of particular obligations*”. In this connection, Judge Donoghue expresses her view that it is unclear “*how flexibility as to dispute resolution mechanisms could erode the substance of a State’s duties under a treaty*”<sup>85</sup>, which “*would apply to many human rights treaties that permit flexibility as to dispute resolution mechanisms*”.<sup>86</sup>

On the one hand, in her opinion, the Court’s finding would find support in the proposition that “*the erga omnes character of a norm could not itself be the basis for the Court’s jurisdiction*”, set out in the 1995 and 2006 judgments on the merits and on jurisdiction and admissibility in the *East Timor*

<sup>81</sup> *Ídem.*, para. 9.

<sup>82</sup> *Ídem.*, para. 10.

<sup>83</sup> *Ídem.*, para. 13.

<sup>84</sup> *Ídem.*, para. 12.

<sup>85</sup> *Ídem.*, para. 17.

<sup>86</sup> *Ídem.*, para. 16.

and *Armed Activities on the Territory of Congo* cases, respectively.<sup>87</sup> On the other hand, “[t]he *erga omnes partes* character of provisions of the Convention against Torture defines the duties of all States parties, as a matter of substantive law”, and “[a]ll States parties have an obligation to implement those duties in good faith, regardless of the dispute resolution mechanisms associated with the particular treaty”. The two abovementioned matters “are, once again, ‘two different things’”.<sup>88</sup>

#### F) DISSENTING OPINION OF JUDGE AD HOC SUR

Judge *ad hoc* Sur expresses the view that the reference to *ius cogens* “is entirely superfluous and does not contribute to the settlement of the dispute”.<sup>89</sup> In his view, the admissibility of Belgium’s claim “is at the heart of the dispute”<sup>90</sup> and “by contrast” to prior instances of references to *erga omnes* obligations, “the *erga omnes partes* effect is crucial to admissibility, and thus must be considered carefully”.<sup>91</sup> In his opinion, the obligation of Senegal “to seise the competent authorities for the purpose of prosecution ... is not owed to Belgium”, and the latter’s claim is inadmissible.<sup>92</sup>

In particular, he puts forward the following propositions: (a) The Court substituted “the Parties’ apparently convergent positions with its own interpretation of the Convention” as to, *i.a.*, the *erga omnes partes* character of obligations thereunder<sup>93</sup>; (b) The interpretation of the Convention by the Court fails to demonstrate “that the Convention establishes an *erga omnes partes* obligation to submit the case to the competent authorities for the purpose of prosecution”<sup>94</sup>, which the Court merely “asserts”, given “the weakness, if not lack, of legal bases in the Convention itself”, of the Court’s proposition”.<sup>95</sup>

In particular, he points out that the Court did not interpret the treaty in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, as it “it

---

<sup>87</sup> *Ídem.*, para. 17.

<sup>88</sup> *Ibidem.*

<sup>89</sup> ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (2012), *Dissenting Opinion of Judge ad hoc Sur*, para. 4.

<sup>90</sup> *Ídem.*, para. 5.

<sup>91</sup> *Ídem.*, para. 29.

<sup>92</sup> *Ídem.*, para. 44.

<sup>93</sup> *Ídem.*, para. 12.

<sup>94</sup> *Ídem.*, para. 13.

<sup>95</sup> *Ídem.*, para. 25.

*has adopted a teleological interpretation, constructing, on the basis of a purpose which is said by it to govern all of the provisions, an obligation erga omnes partes which is not substantiated by the text or the intention of the parties, and even less so by their practice. Furthermore, the Court does not even attempt to consider the above directives, confining itself to unfounded assertions of principle*".<sup>96</sup>

He characterizes the parties' obligation "to submit the case to their competent authorities for the purpose of prosecution" as a procedural one and submits that the Court's proposition is based on "three general and undifferentiated principles or presuppositions, none of which is truly demonstrated, and which even appear to be contradicted by an examination of the Convention".<sup>97</sup> These three presumptions are as follows:

(1) "First, there are certain treaties establishing obligations erga omnes partes".<sup>98</sup> In connection with this first presumption, he considers that the two obiter dicta<sup>99</sup> invoked by the Court are irrelevant, for the following reasons:

(i) The dictum in the 1970 Judgment in the *Barcelona Traction* case is irrelevant, for "it pertains to obligations of conventional, not customary origin and because, moreover, the Court has ruled that it does not have jurisdiction to take cognizance of customary rules in the context of the present dispute".

(ii) The dictum in the 1951 Advisory Opinion on *Genocide*, while concerning "concerned a treaty ... and therefore obligations erga omnes partes", is irrelevant, as "the rules in question were customary ones that were obligatory irrespective of participation in the Convention", the character as erga omnes partes of obligations subject to reservations being disregarded as a result of the paradoxical invocation of "some form of international public order so as to justify making reservations to it".

<sup>96</sup> *Ídem.*, para. 35, further stating: "The object and purpose of the Convention, as determined by the Court, have superseded and removed all other considerations. In this respect, the Court seems anxious to appear up to date, in touch with certain courts, notably the international criminal courts, and not outmoded by comparison. However, what is involved here is interpreting a convention, not conducting a trial".

<sup>97</sup> *Ídem.*, para. 26.

<sup>98</sup> *Ídem.*, para. 27.

<sup>99</sup> *Ídem.*, para. 29, stating: "These two cases involved either an obiter dictum or a finding that was not essential to the settlement of the dispute or the response to the question".

(2) "*Second, the Convention against Torture is one of these, because it falls into a particular category of treaties, a category which, incidentally, is overlooked by the Vienna Convention on the Law of Treaties codifying customary law on the subject*".<sup>100</sup>

(3) "*Third, all of the obligations contained in the Convention fall into this category, in particular the obligation to submit the case to the competent authorities for the institution of criminal proceedings*".

With respect to this third presumption, he further states that, if the first assertion is "*true in positive law, it would in no way imply that the Convention against Torture, particularly the Convention in its entirety, meets the conditions that are laid down*".<sup>101</sup>

Indeed, although the Court found that it lacks jurisdiction to rule on "*whether the rule invoked by Belgium was customary as well as conventional*", he affirms that "*obligations should be distinguished from their normative, conventional or customary framework*".

Also, he considers that the obligations set out in a treaty may differ in nature "*and the erga omnes partes character of a treaty as a whole cannot be presumed or inferred from the presence of an erga omnes partes obligation therein*".

In this latter regard, he further posits that "*regarding the Convention as a unit ... has no legal basis*", particularly taking into account that some provisions are subject to reservation, including the definition of torture, and some may or may not be declarative of customary law<sup>102</sup>, and that "*[t]he legal issue is thus the interpretation of the Convention against Torture and not its inclusion by declaration of the Court in a specific category of treaties said to create erga omnes partes obligations by their nature*".

---

<sup>100</sup> *Ídem.*, para. 27.

<sup>101</sup> *Ibidem.*

<sup>102</sup> *Ídem.*, para. 30, stating, in this regard: "*In my view, regarding the Convention as a unit—even though reservations may be made to it, including in respect of the very definition of torture, even though some requirements are optional and others discretionary, and even though certain stipulations reflect customary rules while others do not—has no legal basis*".

The Court fails to “justify in any way” that an obligation *erga omnes partes* is “another basis of admissibility”, the foundation of which is, in his view, “is doubtful to say the least”.<sup>103</sup>

The Court’s proposition that obligations under the Convention have an *erga omnes partes* character may be attaining a different goal, namely that of establishing “the admissibility of a questionable Belgian Application” and of giving, ultimately, “give the Convention against Torture the status of an *erga omnes norm*”, “a sort of sacralization of the Convention”.<sup>104</sup>

The “existence of an obligation *erga omnes partes* ... was invoked only belatedly”.<sup>105</sup>

The proposition that “a complaint by an individual which has not resulted in proceedings being brought is necessary for an inter-State dispute to exist and for implementation of the Convention” would amount to “privatizing” an *erga omnes partes* obligation which, if it exists, must be borne directly and exclusively by the States parties.<sup>106</sup> In this connection, he further states that “*erga omnes partes* jurisdiction takes effect immediately and is not dependent on individual complaints”.<sup>107</sup>

In addition, he considers that the Court’s implicit reliance on the ILC Articles on Responsibility is not justified, as, in his view, it is unclear that they reflect customary law and, in particular, “the articles relating to “States other than injured States” fell within the realm of progressive development, i.e., that they were not part of customary law as *lex lata*”.<sup>108</sup>

To conclude, he posits that, while “[t]he universal prohibition of torture is thus a customary rule”, which he prefers to characterize as setting out an “an

<sup>103</sup> *Ídem.*, para. 20.

<sup>104</sup> *Ídem.*, para. 13.

<sup>105</sup> *Ídem.*, para. 20; see also para. 23, in which Judge *ad hoc* Sur expresses his views that Belgium “should have made that request as soon as it became a party to the Convention, in 1999” or “since Belgium considers that the alleged breach dates back to 2000, that is to say, to the point when complaints against Hissène Habré failed in Senegal, it should have raised the matter then”.

<sup>106</sup> *Ídem.*, para. 24.

<sup>107</sup> *Ibidem.*

<sup>108</sup> *Ídem.*, para. 31.

*intransgressible obligation*" rather than *ius cogens*<sup>109</sup>, "the same is not true of the obligation to prosecute" as the former "does not automatically apply; nor does it extend in either law or fact to all other obligations in the Convention".

### III. 'OBLIGATIONS ERGA OMNES PARTES' AND PUBLIC INTERNATIONAL LAW

This part of the paper sets out propositions in relation to the concept of 'obligations *erga omnes partes*' and the legal consequences of its use. The propositions made in this part intend to analyse the concept and the legal consequences it may have in light of a number of branches of public international law. Also, this part seeks to analyse the cogency of the propositions set forth by the Court in relation to the concept of 'obligations *erga omnes partes*'. It is divided into three sections, concerning, respectively, the nature and concept as well as the source of 'obligations *erga omnes partes*' and the legal consequences of the characterisation of an obligation as such.

#### 1. *The nature and concept of 'obligations erga omnes partes'*

This section analyses the Court's 'definition' of 'obligations *erga omnes partes*' and demonstrates the following propositions:

First, in light of the definition of 'obligations *erga omnes partes*' set out in the Court's judgment, the only property of such obligations is the existence of 'an interest', which need not even be 'common', in the performance of the obligation. There would be, therefore, 'obligations *erga omnes partes*' in the performance of which there are individual interests or a 'common interest'. In this connection, the characterisation of the former type of obligation as an 'obligation *erga omnes partes*' would be a redundancy, as the existence of an interest, predicated individually of subjects to which the obligation is owed, is a property of any obligation.

---

<sup>109</sup> *Idem.*, paras. 32 and 33, stating, respectively, that "there is no question that the prohibition of torture is also an intransgressible obligation, in the sense of the Court's Advisory Opinion on the Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (I.C.J. Reports 1996 (I))" and that "the notion of an 'intransgressible obligation' is certainly preferable to a reference to *jus cogens*, since the latter is supposed to render incompatible treaties null and void".

Secondly, ‘obligations *erga omnes partes*’ may be of no significance, unless they are regarded as ‘obligations *erga omnes*’. Indeed, ‘obligations *erga omnes partes*’ can only be conventional obligations, ‘*erga partes*’, or ‘obligations *erga omnes*’ proper, primarily in the form of customary obligations. Hence, in the only aspect in which ‘obligations *erga omnes partes*’ would be significant, this characterisation proves to be redundant.

A) THE ‘DEFINITION’ OF ‘OBLIGATIONS *ERGA OMNES PARTES*’ SET FORTH BY THE COURT

The Court seemed to have expressly sought to set out a ‘definition’ of ‘obligations *erga omnes partes*’ in the following sentence, contained in paragraph 68 of its considerations:

*“These obligations may be defined as “obligations *erga omnes partes*” in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case”.*<sup>110</sup>

First, the Court uses the nominal phrase “[t]hese obligations”. The use of this phrase, and, in particular, of the demonstrative adjective ‘these’ is unclear, as it may be understood either as delimiting the types of obligation which “may be defined” as ‘obligations *erga omnes partes*’, or as characterising the obligations referred to by the nominal phrase, namely those set out in Articles 6(2) and 7(1) of the Convention, as ‘obligations *erga omnes partes*’. The latter possibility is adopted in the present analysis. In this sense, the above sentence serves as ‘definition’ and as ‘characterisation’.

Secondly, the Court uses the verbal phrase “may be defined”. This use of the past participle ‘defined’ implies that the Court sought to set out a definition in the same sentence in which it characterised the obligations in the terms of the definition in question, as noted above.

Thirdly, the Court sets out the properties ascribed to ‘obligations *erga omnes partes*’ (*definiens*) in the definition through the use of a clause introduced through the prepositional phrase introduced by “in the sense ...”.

Fourthly, the above clause only assigns one property to ‘obligations *erga omnes partes*’, namely that of being an obligation in the performance of which “each State party has an interest”. In this sense, the type of interest which must exist for an obligation to be an ‘obligation *erga omnes partes*’

<sup>110</sup> *Ídem.*, para. 68.

must not necessarily be a 'common interest', as predicated of the obligations set out in Articles 6(2) and 7(1) of the Convention. Indeed, what is required is 'an interest'.

Therefore, there would be two types of 'obligation *erga omnes partes*', namely, obligations in the performance of which the interest is not 'common', and obligations in the performance of which the interest is common. Hence, the characterisation of an interest as 'common' is not necessary, provided that the interest in question is 'an interest' predicated of each party.

It seems, in this connection, that the Court's characterisation of the interest in the performance of the obligations set out in Articles 6(2) and 7(1) of the Convention as 'common' would only be relevant to the extent that the obligations of each state party to the Convention pursuant to those provisions would, through that qualification, correspond to each (the '*erga partes*' element) and all (the '*erga omnes*' element, arguably) the states parties to the Convention.

Furthermore, it must be noted that, interestingly, in all of the statements made by judges sitting on the Bench for the case in question, both those who are in favour of as well as those who oppose to the use of the concept of 'obligations *erga omnes partes*', it seems to be assumed that the existence of a 'common interest' is an element of the definition of 'obligations *erga omnes partes*'. None of them identified the futility of characterising an obligation as *erga omnes partes* if there is an interest of each party in the performance of the obligation, as such interest is arguably predicable of every party without the need for a concept in addition to that of obligation.

The following sub-section analyses the nature of 'obligations *erga omnes partes*' in light on the foregoing commentaries on the Court's definition and elaborates further on some of the implications of the only element which constitutes the *definiens* of the definition of an 'obligation *erga omnes partes*', namely, 'an interest' of 'each State party' to the treaty in the performance of the obligation.

#### B) THE NATURE OF 'OBLIGATIONS *ERGA OMNES PARTES*' IN ACCORDANCE WITH THE COURT'S DEFINITION AND IN LIGHT OF RELEVANT PRACTICE AND LITERATURE

The nature of 'obligations *erga omnes partes*', in accordance with the Court's definition, is that of being (i) a conventional obligation (ii) in the performance of which 'each State party' has 'an interest'.

First, its nature as a ‘conventional obligation’ is implicit and arises not only from the fact that, in the case at hand, it is predicated of obligations under Article 6(2) and 7(1) of the Convention, but also from the fact that the definition of ‘obligations *erga omnes partes*’, analysed above, refers to the interest in its performance on the part of ‘each State party’. The contradictions raised by the conventional nature of ‘obligations *erga omnes partes*’ is analysed in further detail below, in relation to the fact that this aspect of their nature flows from the fact that their source is a treaty.

Secondly, the only property explicitly predicated of ‘obligations *erga omnes partes*’ is the existence of an interest of each party to the treaty individually is predicable of any obligation. The attribution of this property to ‘obligations *erga omnes partes*’ is, as noted above, redundant, as regardless of whether it is ‘*erga omnes partes*’ or not, there may always be ‘an interest’ of ‘each State party’ to the treaty in the performance of the obligation, which arises, in particular, when the obligation is owed to that state party. This aspect is studied in further detail below, in the section concerning the legal consequences of the characterisation of an obligation as an ‘obligation *erga omnes partes*’.

The Wimbledon case is regarded as having involved an obligation *erga omnes partes*.<sup>111</sup> The International Criminal Tribunal (ICTY), in the Blaskic case, expressly stated that Article 29 of the ICTY Statute “*was valid erga omnes partes*”.<sup>112</sup>

Further instances of ‘obligations *erga omnes partes*’ are, according to commentators, certain treaties in the fields of human rights, such as the European Convention on Human Rights, international humanitarian law, such as the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Protocols thereto, international environmental law, such as the *Biodiversity Convention or the Ozone Protocol*, law of the seas, such as Article 218 in the United Nations Convention on Law of the Seas, and trade law, most prominently WTO agreements.<sup>113</sup>

The nature of ‘obligations *erga omnes partes*’ has also been the object of a large number of academic materials in which commentators often comment on the concept and its use in certain areas of public international law, particularly in light of the use of the term in Commentary 6 to Article 48(1)

<sup>111</sup> United Nations International Law Commission, *Third Report on State Responsibility*, p. 53, footnote 206.

<sup>112</sup> TAMS (2010) p. 120.

<sup>113</sup> Cfr., *Ibidem*,

(a) of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA).<sup>114</sup>

In this connection, there seems to be consensus among commentators and certain institutions, such as the ILC, that 'obligations *erga omnes partes*': (a) 'Obligations *erga omnes partes*' are a type of "multilateral obligation";<sup>115</sup> and, therefore, are, primarily, "treaty-based", as opposed to obligations *erga omnes*, which presumably derive from "general international law"<sup>116</sup>, often equated to general customary international law<sup>117</sup>; (b) 'Obligations *erga omnes partes*' derive from 'specific legal regimes'<sup>118</sup> and are owed to "the particular community of treaty parties"<sup>119</sup>, i.e., "all the parties to a particular

---

<sup>114</sup> United Nations International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission*, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para. 393.

<sup>115</sup> United Nations International Law Commission, *Third Report on State Responsibility*, p. 50

<sup>116</sup> TAMS (2010) pp. 121 and 122, noting that "[c]ourts and commentators differentiating between obligations *erga omnes* and obligations *erga omnes partes* usually assume that the former derive from general international law – hence the need to distinguish them from treaty-based obligations". See, *Ídem.*, p. 120, footnote 23, stating: "commentators have asserted the existence of treaty-based obligations *erga omnes* (not: *erga omnes partes*) without clarifying that they would only be owed to the treaty parties".

<sup>117</sup> This seems to be assumed by certain commentators. See, for instance, TAMS (2010) p. 310, restating the view that obligations *erga omnes* arise under general international law and further specifying that "a treaty-based counterpart" would be in the form of "so-called 'obligations *erga omnes partes*'", the former being assumed, therefore, to be customary.

<sup>118</sup> SICILIANOS (2002) p. 1139.

<sup>119</sup> This view is partially accepted by the ILC in its definition of obligation *erga omnes partes* for the purposes of identifying are which should be addressed in order to attain more consistency in the field of treaty law, *de lege ferenda*. United Nations International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission*, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, p. 251. See, also, TAMS (2010) p. 122, stating, in relation to the use of the *dictum* in para. 34 of the judgment in the *Barcelona Traction* case, "[c]ommentators interpreting para. 34 as an implicit recognition of obligations *erga omnes partes* do so with the proviso that these obligations would be owed not to the international community as a whole but to the particular community of treaty parties. This, however, is not what the Court said: it did not mention communities of treaty parties, but quite clearly stated that all States (members of the international community) have a legal interest in seeing obligations *erga omnes* observed".

regime"<sup>120</sup>, which have "a common legal interest" "in the maintenance and implementation" of the regime establishing the obligation<sup>121</sup>; such interest would be a "public interest of all States parties"<sup>122</sup>, "of all of them jointly"<sup>123</sup>; (c) 'Obligations *erga omnes partes*', which are regarded to have been taken into account in Article 48(1)(a), ILC ARSIWA, are analogous to 'interdependent' or 'integral' obligations, which are considered to be recognised in Article 60(2)(c), VCLT.<sup>124</sup> In addition, they are considered to be "collective", the relationships which they create not being susceptible of separation "into bilateral components"<sup>125</sup>; (d) 'Obligations *erga omnes partes*' give rise to a "legally protected interest, for the purposes of State responsibility, in the legal relations of third States *inter se*", alongside 'integral obligations'<sup>126</sup>, which would be a sub-category of 'obligations *erga omnes partes*'<sup>127</sup>; It must be noted, in any case, that injuries arising from the breach of the obligation would not be to the exclusion of being injured in other manners and in relation of other obligations through the same "breach"<sup>128</sup>; (e) 'Obligations *erga omnes partes*' would have, arguably, a degree of significance and universality arguably lesser than obligations *erga omnes*, even if arising in the same field, as illustrated by "human rights obligations".<sup>129</sup>

<sup>120</sup> United Nations International Law Commission, *Third Report on State Responsibility*, p. 49.

<sup>121</sup> *Ídem.*, p. 49.

<sup>122</sup> *Ibidem.*

<sup>123</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Las Palmeras vs. Colombia*, *Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade* (2000, Serie Cn° 67), para. 12, further stating that such an obligation would also be "of direct interest of each State party".

<sup>124</sup> PELLET A., (2002), p. 10

<sup>125</sup> See, PAUWELYN (2002) p. 1, arguing that obligations under the WTO agreements are bilateral.

<sup>126</sup> United Nations International Law Commission, *Third Report on State Responsibility*, p. 48

<sup>127</sup> *Ídem.*, p. 49, footnote 195.

<sup>128</sup> It would be more accurate to say that the same 'conduct' amounts to as many breaches as obligations are so breached and, therefore, that a state affected by these breaches is injured in as many forms as obligations are breached as a result of the same 'conduct'. This idea is expressed using the concept of breach in *ídem.*, p. 50, illustrating the proposition that "it is possible for a State to be injured – for its legal interests to be affected – in a number of different ways in respect of the same breach", through the reference to the single breach of an obligation *erga omnes*, namely being "the victim of an unlawful armed attack" and an obligation *erga omnes partes*, i.e., being the State of the vessel which is "denied the right of transit through an international waterway".

<sup>129</sup> United Nations International Law Commission *Third Report on State Responsibility*, p. 43, footnote 182.

C) THE CONDITIONS FOR CHARACTERISING AN OBLIGATION AS AN 'OBLIGATION *ERGA OMNES PARTES*'

Thus, in light of the foregoing, the conditions for the existence of, and, hence, for characterising an obligation as, an 'obligation *erga omnes partes*' would be, according to the Court, three: (1) The existence of a treaty; (2) The existence of an obligation under the treaty; (3) The existence of 'an interest' in the performance of the obligation under the treaty on the part of 'each State party'. The question as to the 'common' or 'general' character of such interest is discussed in further detail below, in connection with the legal consequences of the characterisation of an obligation as 'obligations *erga omnes partes*'.

The two first conditions, as noted above, are implicit, the second one flowing from the Court's statements. The third condition is the only property explicitly predicated of 'obligations *erga omnes partes*' in the Court's definition.

The following sub-section studies the sources of 'obligations *erga omnes partes*' and the issues which may arise in this particular regard.

## **2. The source of 'obligations *erga omnes partes*'**

This section deals with issues which arise in relation to the source of 'obligations *erga omnes partes*', including some of the problems discussed above, in relation to the definition and nature of such obligations.

A) TREATIES AS A SOURCE OF AN 'OBLIGATION *ERGA OMNES PARTES*' AND THE LAW OF TREATIES

The Court, in its definition of, and in the statements made in connection with the characterisation of the obligations under Articles 6(2) and 7(1) of the Convention as, 'obligation *erga omnes partes*', implies that the source of such obligations are treaties.

The fact that the source of an 'obligation *erga omnes partes*' are rules provided for in treaties implies that the scope of the obligation is determined by and coextensive with the scope of application of the relevant conventional rule. The scope of application of the latter, in turn, is determined by the law of treaties, as codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). In this sense, as has been stressed elsewhere, the primary nature of an 'obligation *erga omnes partes*' is conventional and so is its legal

regime.<sup>130</sup> Thus, ‘obligations *erga omnes partes*’ are, first and foremost, ‘*erga partes*’.

This is without prejudice to the fact that, insofar as Article 48(1)(b), which is regarded as adopting the concept of ‘obligation *erga omnes partes*’, does not expressly refer to treaties as a source of such obligations, it would be possible to posit the existence of customary ‘obligations *erga omnes partes*’, in which case the source would be a special customary rule, particularly of regional character.<sup>131</sup>

In particular, there are questions which arise in relation to the fact that treaties are the source of ‘obligation *erga omnes partes*’, including, *i.a.*: (a) whether both bilateral and multilateral treaties can create ‘obligations *erga omnes partes*’; (b) whether a treaty providing for reservations can create ‘obligations *erga omnes partes*’; and (c) whether the existing law of treaties, as codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), provides a basis for the concept of “*community of States parties as a whole*”, as noted by the ILC on its Final Report on Fragmentation of International Law.<sup>132</sup>

The ILC, in its Final Report on Fragmentation of International Law, suggests that divergence in the field of treaty law could be “*mitigated*”, *i.a.*, through the use of the distinction between “*synallagmatic*” and “*integral or interdependent*” treaties, the latter being characterised as “*concluded erga*

<sup>130</sup> It has been further suggested, in relation to ‘obligation *erga omnes partes*’, that such a legal regime would be set out by the ‘express and implied terms of the treaty of which they form part’. See, in this connection, TAMS (2010) p. 125.

<sup>131</sup> Indeed, special customary rules of a regional character can create obligations “*owed to a group of states*”, including a state other than the one injured by a breach, and establish such obligations “*for the protection of a collective interest of the group*”.

<sup>132</sup> United Nations International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682*, 13 April 2006, p. 251, stating: “*In general, the VCLT gives insufficient recognition to special types of treaties and the special rules that might go to interpret and apply them. More work here seems necessary. It is proposed to give guidelines on how the Vienna Convention provisions might give recognition to the wide variation of treaty types and normative implications of such types and whether it might be possible to set up informal guidelines on how to deal with treaty conflicts. At least the following themes might be part of such an effort: ... (e) What it means for obligations to be owed “to the international community as a whole” (erga omnes obligations) or to the “community of States parties as a whole” (obligations erga omnes partes) should be further elaborated*”.

*omnes partes*".<sup>133</sup> The ILC, nonetheless, does not specify whether such 'integral or interdependent treaties' are only multilateral or may also extend to those that are bilateral.

Nevertheless, the ILC, in its work on the responsibility of states, as noted in the reports submitted by the Special Rapporteur Crawford, accepted the proposition that, *de lege lata*, obligations *erga omnes partes* would only arise subject to two conditions, namely, "first to express stipulations, and second to such stipulations in multilateral treaties", without prejudice to the fact that "general international law", which is presumably of a customary nature only, "parallels and reinforces a multilateral treaty provision in the public interest".<sup>134</sup>

#### B) CUSTOM AS A SOURCE OF 'OBLIGATIONS ERGA OMNES' PROPER AND THE CONCEPT OF 'OBLIGATION ERGA OMNES PARTES'

There is consensus that the concept of 'obligations *erga omnes*' was set out in the Court's judgment in the *Barcelona Traction* case.<sup>135</sup> 'Obligations *erga omnes*' proper are defined, according to this judgment, as obligations owed by all states and other subjects of international law to the community.

In this regard, they may be considered as arising, primarily, under customary rules opposable to the entire community, namely 'universal' or 'general' customary international law. This is usually not expressly pointed out, as

---

<sup>133</sup> United Nations International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para. 472, stating: "The risk of divergence - a commonplace in treaty law - would be mitigated by making the distinction between "reciprocal" or "synallagmatic" treaties (in which case mere "divergence" in interpretation creates no problem) and "integral" or "interdependent" treaties (or treaties concluded *erga omnes partes*) where the use of that other treaty in interpretation should not be allowed to threaten the coherence of the treaty to be interpreted".

<sup>134</sup> United Nations International Law Commission, *Third Report on State Responsibility*, p. 43.

<sup>135</sup> FROWEIN (2008); see also the ILC, describing it as the *locus classicus* in this subject, United Nations International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para. 387.

customary international law is often assumed to be general and referred to, simply, as 'general international law'.

The ILC, in its Final Report on Fragmentation of International Law, notes that the "*distinction between "bilateral" and erga omnes obligations seems analogous to the domestic distinction between contracts and public law obligations*".<sup>136</sup>

Nonetheless, in spite of the primarily customary nature of obligations *erga omnes* proper, it has not been ruled out that such obligations may be created by treaties. This is, indeed, acknowledged by the ILC and the *Institut de Droit International*.<sup>137</sup>

Indeed, while, in practice, during and in connection with the process of conclusion of such multilateral treaty, customary rules may be formed and come into force before the multilateral treaty is concluded and enters into force, it cannot be excluded that the effect of the treaty, once it is universal, would create obligations '*erga partes*' equal in their effects to obligations *erga omnes* proper.

In this regard, it must be noted that, to the extent that even universal treaties may be withdrawn from, the obligation would, still, remain merely '*erga partes*', its '*erga omnes*' effect being only a matter of degree and, in particular, of the degree to which the treaty remains universal or general, which is contingent.

Hence, the most prominent source of obligations *erga omnes* is, thus, custom, as noted above. Interestingly, Judge Tomka, in his previous capacity as member of the ILC, noted that "[t]he examples of obligations *erga omnes partes* given by the Special Rapporteur, particularly obligations in the field of the environment in relation to biodiversity or global warming, were *par excellence* obligations for the benefit of all States, irrespective of whether they were parties to the relevant multilateral treaties".<sup>138</sup>

<sup>136</sup> United Nations International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682*, 13 April 2006, para. 395.

<sup>137</sup> *Ídem.*, para. 403.

<sup>138</sup> United Nations International Law Commission, *Summary record of the 2622nd meeting*, para 50.

### **3. The legal consequences of the characterisation of obligations as 'obligations erga omnes partes'**

The legal consequences of the Court's use of the characterisation of an obligation as an 'obligation *erga omnes partes*' are twofold, in the context of the judgment in the case at hand.

(a) First, the right to bring claims on the basis of the breach of an 'obligation *erga omnes partes*' is predicated of any state party to the treaty, which implies that no other requirements must be fulfilled. This latter aspect, in particular, has two related, yet separate, implications, as follows:

(i) As for the invocation of responsibility, any state party to the treaty which constitutes the source of an 'obligation *erga omnes partes*' is entitled to invoke responsibility. This right to invoke responsibility encompasses, but is not exclusively, confined to, the right to bring a claim on the basis of the breach of such obligation before a given international court or tribunal.

(ii) As for the *ius standi* to bring a claim in which responsibility is invoked for the breach of an 'obligation *erga omnes partes*', any state party to the treaty which constitutes the source of an 'obligation *erga omnes partes*' has *ius standi*.

(b) Secondly, a claim arising from the breach of an 'obligation *erga omnes partes*' is admissible in relation to any party to the treaty, regardless of whether it was 'specially affected' or 'injured'.

To the extent that issues of *ius standi* and admissibility of claims, leaving aside specificities governed by the applicable procedural rules, depend on the finding as to whether there is (1) a legal interest, or, in the Court's terms, 'an interest', in the performance of an obligation and (2) a right to invoke responsibility, this part will be confined to the study of these two latter elements.

A) THE EXISTENCE OF 'AN INTEREST' AS AN ELEMENT OF THE DEFINITION OF, AND A CONDITION FOR THE CHARACTERISATION OF A CONVENTIONAL OBLIGATION AS, 'OBLIGATION ERGA OMNES PARTES' AND ITS RELEVANCE TO THE LEGAL CONSEQUENCES OF SUCH CHARACTERISATION

The right to react against breaches of treaty obligations is regarded by some commentators as arising from the respective treaty, not from the nature

of the obligation breached, particularly its alleged character as an ‘obligation *erga omnes partes*’.<sup>139</sup>

This would be illustrated, as noted by some of the judges sitting in the Bench for the case in their statements, analysed above, by the lack of relevant state practice in the field of, for instance, inter-state proceedings before the Human Rights Committee, as states need not demonstrate that their obligation is an ‘obligation *erga omnes partes*’, but simply that the treaty allows them to institute such proceedings.<sup>140</sup>

Indeed, some commentators have expressed that the question of identifying an ‘obligation *erga omnes partes*’ and distinguishing it from ‘obligations *erga omnes*’ is irrelevant, insofar as ‘a treaty expressly recognises a general legal interest or confers specific rights of protection’.<sup>141</sup>

In this connection, Judge Tomka, in his previous capacity as member of the ILC, pointed out that “*the existence of a legal interest would be a question of the interpretation or application of the relevant primary rules*”.<sup>142</sup>

B) THE RIGHT TO INVOKE RESPONSIBILITY FOR THE BREACH OF AN ‘OBLIGATION *ERGA OMNES PARTES*’ OF ANY STATE PARTY TO THE TREATY WHICH CONSTITUTES THE SOURCE THEREOF AND THE SCOPE OF SUCH RIGHT OF INVOCATION UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY

Article 48 of the ILC ARSIWA is regarded as establishing the right to invoke responsibility for the breach of “an obligation *erga omnes* or *erga omnes partes*”.<sup>143</sup>

<sup>139</sup> TAMS (2010) p. 125.

<sup>140</sup> *Ídem.*, p. 125, stating: “*Their right to react against treaty breaches exists because the respective treaties say so, not because of some special status of the obligation breached*” (footnotes in the original omitted).

<sup>141</sup> *Ídem.*, p. 125.

<sup>142</sup> United Nations International Law Commission, *Summary record of the 2622nd meeting*, para. 50

<sup>143</sup> GAJA (2010) p. 12, stating: “*Article 48 of the same Articles adds that in the case of breach of an obligation *erga omnes* or *erga omnes partes* any state is entitled to invoke the responsibility of another state; performance of the obligation to make reparation may then be requested ‘in the interest of the . . . beneficiaries of the obligation breached’. It is clear that those beneficiaries include individuals, for example when their human rights are infringed*”.

The scope of “*legal consequences legal consequences of the responsibility of a State*” “*which differently affected States*”, namely, those which are not “*specially affected*”, “*may invoke*” if the obligation breached is an “*obligation erga omnes partes*” or an “*obligation erga omnes*” proper is almost identical.<sup>144</sup>

Indeed, the scope of the right encompasses the same legal consequences, except for the fact that in the event of “*well-attested gross breaches*” of “*obligations erga omnes*”, a “*differently affected state*” would be entitled to invoke the legal consequences of responsibility and adopt countermeasures “*individually*”, *i.e.*, not on behalf of the specially affected state or by agreement between all states.<sup>145</sup>

On the one hand, “*injured states*”, as a result of the breach of a bilateral obligation, and “*specially*” as well as “*differently affected states*” as a consequence of the breach of a multilateral obligation, are entitled to directly seek “*cessation*” and “*assurances of guarantees*”,<sup>146</sup> the minimum component of which is “*the right to a declaration by a competent court or tribunal in respect of the breach*”.<sup>147</sup>

On the other hand, while “*injured states*”, in the event of breach of a bilateral obligation, and “*specially affected*”, in the case of breach of a multilateral obligation, may also directly seek the other elements of responsibility, namely restitution, compensation and satisfaction, and even have resort to countermeasures under the applicable conditions, “*differently affected states*” may only seek these other elements of responsibility “*on behalf of the specially affected state*” or “*by agreement between the States parties*”.<sup>148</sup>

The only distinction between states “*differently affected*” by the breach of an obligation *erga omnes* proper as opposed to states “*differently affected*” by the breach of an ‘obligation *erga omnes partes*’ is whether the type of breach is a “*well-attested gross breach*”, which would only be predicable, in principle, of obligations *erga omnes*.

---

<sup>144</sup> United Nations International Law Commission, *Third Report on State Responsibility*, particularly “Table 2”, p. 56, which allows to graphically appreciating the above proposition.

<sup>145</sup> *Ídem.*, p. 56.

<sup>146</sup> *Ibidem.*

<sup>147</sup> *Ídem.*, footnote 213.

<sup>148</sup> *Ídem.*, p. 56.

The difference, nonetheless, only arises in relation to resort to counter-measures individually, *i.e.*, not necessarily on behalf of the state specially affected or with the agreement of all the states.

## CONCLUSIONS

The present paper has sought to demonstrate that the concept of ‘obligations *erga omnes partes*’, which it analysed in terms of its definition, nature, sources and legal consequences of characterisations of an obligation as such, is, at best, redundant. In this sense, the present writer concurs with Judge Higgins observation that “[t]he Court’s celebrated dictum in *Barcelona Traction ... is frequently invoked for more than it can bear*”.<sup>149</sup>

Indeed, as discussed above, ‘obligations *erga omnes partes*’ are only of significance if they are ‘obligations *erga omnes*’ proper, primarily in the form of customary obligations under general rules customary international law, binding on the parties to the treaty *qua* custom and regardless of any reservation, in addition to being binding on non-parties to the respective treaty to which the customary rule is opposable.

Therefore, as noted above, while the concept of obligation *erga omnes* proper, as set out in the dictum of the Court’s judgment in the *Barcelona Traction* case is predicable of obligation in the performance of which all the states have a common interest, the existence of a ‘common interest’ in relation to conventional obligations, particularly those of a multilateral character may lead to the same consequences to which the existence of an obligation *erga omnes* proper leads, particularly as to *ius standi* and admissibility of claims, yet does not turn the respective obligation into a new form of obligation *erga omnes*, nor is it the legal basis for findings as to *ius standi* and admissibility of claims, which remain to find their legal basis on the existence of a common

<sup>149</sup> Cited in United Nations International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para. 398, footnote 559. It has been suggested that the concept of ‘obligations *erga omnes partes*’ is, in a way, the outcome of a commonly held view whereby obligations *erga omnes* are regarded as unique in nature, leading to the extension of their apparently unique quality of empowering ‘States to vindicate general interests’ to other areas. TAMS (2010) p. 308, referring to the above explanation for the use of the concept as ‘the myth of uniqueness’.

interest in accordance with the provisions of the treaty. Indeed, should such a legal basis exist under the treaty, the use of the concept of 'obligation *erga omnes partes*' is devoid of purpose, as the rationale for the use of the concept of *erga omnes* was to "close an enforcement gap", which "is hardly necessary where a treaty expressly provides for standing in the public interest".<sup>150</sup>

Hence, the question is not whether an obligation is '*erga omnes partes*', which is likely to remain merely binding '*erga partes*', or properly *erga omnes*, in which case there is no any need for a further characterisation, but whether the treaty, in practice always multilateral, although the Court did not expressly rule out bilateral treaties from its definition, as noted above, accords the "each" and, in addition to the Court's definition, "every", state party a legally protected interest in the performance by each and every other state party of obligations under the treaty.

## BIBLIOGRAPHY CITED

FROWEIN, J.A. (2008-): "Obligations *erga omnes*", WOLFRUM, R. (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, online edition, available at <[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)>, visited on 28 February 2013.

GAJA, G. (2010): "The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective", *European Journal of International Law* (vol. 21 n° 1): pp. 11-14.

PAUWELYN, J. (2002): "*The Nature of WTO Obligations*", *Jean Monnet Working Paper*, n° 1, available at <<http://www.centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/02/020101.rtf>>.

PELLET, A., (2002): 'Les Articles de la C.D.I. sur la Responsabilité de l'État pour Fait Internationalement Illicite Suite – et Fin?', *Annuaire Français de Droit International* (vol. 48): pp. 1-23.

SICILIANOS, L.A. (2002): "The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility", *European Journal of International Law* (vol. 13 n° 5): pp. 1127-1145.

---

<sup>150</sup> TAMS and TZANAKOPOULOS (2010) p. 794.

TAMS, C.J. and TZANAKOPOULOS, A. (2010): "Barcelona Tractionat 40: The ICJ as an Agent of Legal Development", *Leiden Journal of International Law* (vol. 23 n° 4): pp. 781-800.

## CASE LAW CITED

Inter-American Court of Human Rights, *Las Palmeras vs. Colombia* (2000): Preliminary Objections, february 4, 2000, Serie C n° 67, *Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade*, available at <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc\\_cancado\\_67\\_ing.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_67_ing.doc)>, visited on 28 February 2013.

\_\_\_\_\_, *Mapiripán Massacre vs. Colombia* (2005): Judgment, eptember 15, 2005, Serie C n° 134, *Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade*, available at <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc\\_canca-do\\_134\\_ing.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_canca-do_134_ing.doc)>, visited on 28 February 2013.

International Court of Justice (ICJ), *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*: July 20, 2012, Judgment (Merits), available at <[www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf)>, visited on 28 February 2013.

\_\_\_\_\_, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*: July 20, 2012, *Declaration of Judge Donoghue*, available at <[www.icj-cij.org/docket/files/144/17078.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17078.pdf)>, visited on 28 February 2013.

\_\_\_\_\_, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*: July 20, 2012, *Declaration of Judge Skotnikov*, available at <[www.icj-cij.org/docket/files/144/17070.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17070.pdf)>, visited on 28 February 2013.

\_\_\_\_\_, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*: July 20, 2012, *Dissenting Opinion of Judge ad hoc Sur*, available at <[www.icj-cij.org/docket/files/144/17082.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17082.pdf)>, visited on 28 February 2013.

\_\_\_\_\_, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*: July 20, 2012, *Dissenting Opinion of Judge Xue*, available at <[www.icj-cij.org/docket/files/144/17076.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17076.pdf)>, visited on 28 February 2013.

\_\_\_\_\_, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*: July 20, 2012, *Separate Opinion of Judge Cançado Trindade*, <[www.icj-cij.org/docket/files/144/17072.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17072.pdf)>, visited on 28 February 2013.

# CONFLICTOS NORMATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: LEY VS. REGLAMENTO

## *Administrative policy conflict in the decisions of the General Comptroller of the Republic: Statute vs. Decree*

ÁLVARO ROBERTO DELGADO LARA\*  
Carabineros de Chile  
Santiago, Chile

**RESUMEN:** En este texto se examina cómo la Contraloría General de la República (C.G.R. en adelante), aplicando exclusivamente el criterio de solución de antinomias de la jerarquía normativa ha resuelto en forma distinta un mismo conflicto normativo<sup>1</sup>, suscitado entre dos disposiciones reglamentarias idénticas, contenidas en los

---

<sup>1</sup> Como bien lo señala la Profesora HENRÍQUEZ (2013) p. 462, una definición clásica es la de Norberto Bobbio, para quien *“la antinomia es aquella situación de incompatibilidad que se produce entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tiene el mismo ámbito de validez, en virtud de la cual la aplicación de una de las normas conduce a resultados contrarios a los que se generan con la aplicación de la otra”*.

En el mismo sentido, aunque con otras palabras y luego de un análisis etimológico, AUSÍN (2005) p.132, concluye: *“...llamamos colisiones normativas o conflictos normativos a aquellos que se dan entre normas o reglas... Estos es, cuando dos o más normas se oponen o son incompatibles...”*.

\* Abogado, Magister en Derecho, mención Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Asesor Jurídico y Profesor de Carabineros. <alvaro.delgado17@gmail.cl>.

**Artículo recibido el 28 de agosto de 2013 y aprobado el 14 de enero de 2014.**

Decretos Supremos n° 118 de 1982 y n° 900 de 1967, sobre sumarios administrativos y procedimientos disciplinarios, respectivamente, de Carabineros de Chile, con el artículo 15 de la Ley n° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, texto legal que entró en vigencia con posterioridad a las anteriores<sup>2</sup>. En suma, como luego se advertirá, para la C.G.R. las disposiciones reglamentarias, en un principio, establecerían reglas contradictorias con respecto a la norma legal, para luego innovar sobre el asunto y considerar, en otros dictámenes, que aun cuando el criterio de la jerarquía sí es el correcto no habría la antinomia.

**PALABRAS CLAVE:** antinomia - criterios o principios de solución de conflictos normativos - jurisprudencia administrativa - Ley de procedimientos administrativos - reglamentos

**ABSTRACT:** In this paper we examine how the General Comptroller of the Republic (CGR onwards), using only the criterion of antinomies' solution of legal hierarchy, has resolved differently the same regulatory conflict arisen between two identical regulatory provisions contained in Supreme Decree No. 118 of 1982 and No. 900 of 1967, on administrative inquiries and administrative discipline respectively, of Carabineros de Chile, with Article 15 of Law No. 19,880 of Bases of Administrative Procedures, legal rule that came into force after the formers. In brief, as we will note, for C.G.R. the decrees' regulations, initially, established conflicting rules in relation with the statute, and then in innovated on the matter and considered, that even if the criterion of the hierarchy itself is correct, there would be no contradiction between the norms.

**KEY WORDS:** antinomy - criteria and principles of regulatory conflict resolution - administrative decisions - Administrative Procedure Act - regulations

## I. REFERENCIAS AL CONFLICTO NORMATIVO

Se debe comenzar señalando que con fecha 31 de diciembre de 2008 la C.G.R. emitió su Dictamen n° 62.396, a petición de un ex funcionario de Carabineros, quien fue eliminado de la Institución por la comisión de determinadas

---

<sup>2</sup> Ley n° 19.880, de 2003.

faltas administrativas, las que habrían sido acreditadas mediante un sumario administrativo. En el requerimiento al organismo contralor se solicitó, entre otras cosas, un pronunciamiento jurídico respecto a si le asistía el derecho a ejercer el recurso administrativo de reposición dentro del mencionado sumario, fundado en que aun cuando el artículo 98 del Reglamento de Sumarios Administrativos de Carabineros n° 15, contenido en el Decreto Supremo n° 118 de 1982, niega esa oportunidad de impugnación<sup>3</sup>, sí la contempla el artículo 15 de la Ley n° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.<sup>4</sup>

Ante lo anterior la C.G.R. resolvió, reiterando su Dictamen n° 42.639 de 2007, que como la Ley n° 19.880, en virtud del *principio de jerarquía normativa*, rige en plenitud deroga aquellos preceptos reglamentarios incompatibles con ella, como a continuación se transcribe: “(...) *corresponde la aplicación directa de la Ley n° 19.880 en aquellos procedimientos especiales desarrollados en normas de jerarquía infra legal, como son las de carácter reglamentario, aun cuando su existencia obedezca al hecho de haber sido convocada expresamente la potestad reglamentaria por la norma de rango legal. Ello, debido a que la aludida ley de procedimientos prima, en el ámbito de materias que regula, por sobre otra fuente normativa que no sea de su misma jerarquía, exigencia que, por lo demás, es plenamente concordante con la reserva legal que consagra el artículo 63, n° 18, de la Constitución Política de la República.*”

*De este modo, tratándose de procedimientos desarrollados en disposiciones reglamentarias, como el contenido en el mencionado Decreto n° 1.825, de 1998, la Ley n° 19.880 rige en plenitud, incluso produciendo la derogación de aquellos preceptos de ese texto reglamentario que sean incompatibles con las disposiciones de este cuerpo legal, en virtud de la aplicación del principio de jerarquía normativa (...).<sup>5</sup>*

<sup>3</sup> Artículo 98: “*En todo caso, cuando en el dictamen se resuelva la eliminación o retiro de las filas de la Institución, el afectado podrá ejercer el recurso de reclamo, sucesivamente, siguiendo el conducto regular, hasta llegar al General Director de Carabineros, quien conocerá y resolverá en última instancia, sin ulterior recurso.*”

*También podrán recurrir hasta el General Director de Carabineros, las partes que tengan subordinado al sumario el reconocimiento de algún beneficio o derecho, siempre que hayan ejercido este recurso en las instancias anteriores”.*

<sup>4</sup> Artículo 15. “*Principio de Impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley (...).*”

<sup>5</sup> CGR. *Dictamen n° 42.639 (2007)*. Asimismo, es pertinente señalar que el mismo criterio, y con semejantes fundamentos, fue aplicado en otro requerimiento sobre similar conflicto normativo, según consta en el C.G.R. *Dictamen n° 44.851 de 2009*.

Siguiendo con el estudio en cuestión, el aludido criterio cambia con la emisión del Dictamen n°40.242 de 2010, el que se pronuncia por la inquietud del Sr. General Director de Carabineros de Chile sobre si la ya mencionada norma reglamentaria (artículo98), así como también de la norma contemplada en el artículo 43 del Reglamento n°11, contenida en el Decreto Supremo n° 900 de 1967<sup>6</sup> (la que presenta un contenido normativo idéntico a la anterior, en el sentido que tampoco contempla el ejercicio del recurso de reposición después de ejercer la última instancia administrativa en los procedimientos disciplinarios) se debían entender derogadas tácitamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 19.880 y en mérito de los precedentes dictámenes.

En respuesta de la nueva petición, la C.G.R. efectuando un cambio a su criterio anterior, pero sin desatender el principio de jerarquía normativa, como dentro de un momento se explicará, innova dictaminando que: *“(...) corresponde precisar que el referido artículo 15 establece el principio de impugnabilidad, en virtud del cual, el afectado por una decisión administrativa se encuentra facultado para solicitar que ésta se deje sin efecto o se modifique, ante la misma autoridad que dispuso la medida de que se trata, y, en los casos que corresponda, de manera subsidiaria ante su superior jerárquico, conforme a lo dispuesto en los artículos 59 y siguientes de la ley 19.880.*

En tales condiciones, es dable indicar que las normas contenidas en los reglamentos disciplinarios de Carabineros de Chile que se consultan no se oponen a lo establecido por la ley.

*En efecto, los referidos preceptos reglamentarios establecen la posibilidad de reclamar de la decisión del órgano que sancionó, no sólo ante su superior jerárquico inmediato, sino que, de manera sucesiva, ante los demás superiores, llegando incluso al General Director de esa institución policial*

*En tales condiciones, la resolución que adopta esta última autoridad, en la medida que resuelve en última instancia una reclamación deducida en contra de un acto administrativo sancionatorio, no es susceptible de impugnarse mediante recurso alguno.*

---

<sup>6</sup> Artículo 43: *“En todo caso, cuando la medida determine el retiro o la eliminación de las filas de la Institución, el afectado podrá ejercer el recurso de reclamo siguiendo el conducto regular hasta llegar al General Director, quien conocerá y fallará en última instancia, sin ulterior recurso.*

*Igual derecho tendrá el personal cuando le afecte una medida disciplinaria que implique su clasificación en lista de eliminación”.*

*Atendido lo expuesto, la decisión del General Director de Carabineros, que resuelve los recursos de reclamo interpuestos conforme a lo señalado en los artículos 98 de su reglamento de sumarios administrativos y 43 de su reglamento de disciplina no es susceptible de impugnarse mediante el recurso de reposición, de manera que las citadas disposiciones deben entenderse vigentes (...)*.<sup>7</sup>

Como se puede observar la C.G.R. ha empleado el mismo criterios de la jerarquía para solucionar el conflicto normativo expuesto, pero resolviendo de maneras opuesta. Lamentablemente los dictámenes en exposición son bastante lacónicos en cuanto a los razonamientos efectuados para alcanzar sus respectivas decisiones. Por ello se buscará evidenciar si las soluciones adoptadas por la C.G.R. son las más adecuadas o cuál de ellas lo es, junto con extraer y diferenciar las normas de las proposiciones normativas, y en fin determinar si hay una real antinomia.

## II. ANÁLISIS DE LAS SOLUCIONES APLICADAS POR LA CONTRALORÍA

En primer lugar, llama la atención que la C.G.R. en su pronunciamiento inicial, antes de haber dictaminado de plano que se producía la derogación del precepto reglamentario por aplicación del Principio de Jerarquía Normativa, no hubiese determinado primero si había o no un conflicto normativo, como sí luego hizo en el Dictamen n°40.242 de 2010, en el que se concluye que no había antinomia alguna, como se pasa a analizar.

Pero para un adecuado cumplimiento del cometido, preliminarmente, hay que distinguir entre lo que se entiende por lo que es *la norma* de aquello que es *la proposición normativa* que las contiene.

En este sentido, se entenderá por norma a “una prescripción emitida por un agente humano, denominado autoridad normativa, dirigida a uno o varios agentes humanos, denominados sujetos normativos, que obliga, prohíbe permite determinadas acciones o estados de cosas”<sup>8</sup>, es decir la norma es el mandato, el imperativo jurídico, o sea lo que se debe o puede hacer. En cambio la proposición normativa “es un enunciado descriptivo que refiere a

<sup>7</sup> CGR. Dictamen n° 40.242 (2010).

<sup>8</sup> HENRÍQUEZ (2012), citando a BULYGIN y MENDONÇA.

*una o varias normas jurídicas*"<sup>9</sup>. Por consiguiente, se desglosa que sólo entre normas o prescripciones pueden existir conflictos normativos.

En segundo lugar, y también previo a dilucidar cuál es el verdadero sentido de las normas en potencial colisión, hay que precisar los respectivos elementos que estructuran a la norma, que como expone Suarez<sup>10</sup>, haciendo alusión a las ideas de von Wright, entre otros más, corresponden: al carácter, al contenido y la condición de aplicación.

Ciertamente, siguiendo al precedente autor, se puede entender que el *carácter* es aquello que ordena o dispone la norma, es decir: si manda, prohíbe o permite; el *contenido* es la acción o la conducta afectada por el carácter o con otra idea sería la descripción del hecho; y la *condición de aplicación* corresponde a las circunstancias que deben darse para la aplicación de la norma. Esta última, a su vez, permite distinguir entre normas categóricas e hipotéticas, siendo la primera aquella norma cuya condición surgen del mismo contenido, y es hipotética aquella norma que establece una condición adicional que se infiere del contenido.

Ahora bien, de los preceptos reglamentarios en estudio, uno contenido en el artículo 98, que expresa: "*En todo caso, cuando en el dictamen se resuelva la eliminación o retiro de las filas de la Institución, el afectado podrá ejercer el recurso de reclamo, sucesivamente, siguiendo el conducto regular, hasta llegar al General Director de Carabineros, quien conocerá y resolverá en última instancia, sin ulterior recurso*", y el otro en el artículo 43, que a su vez señala: "*En todo caso, cuando la medida determine el retiro o la eliminación de las filas de la Institución, el afectado podrá ejercer el recurso de reclamo siguiendo el conducto regular hasta llegar al General Director, quien conocerá y fallará en última instancia, sin ulterior recurso*", se puede extraer el carácter, el contenido y las condiciones de aplicación.

Primero se observa que en ambas disposiciones hay dos normas: Una de las normas consiste en una facultad, en un poder hacer, por ello su carácter es permisivo, pues el afectado puede interponer sucesivamente los recursos jerárquicos que estime pertinente (y esto sería el contenido). Y la segunda norma que se extrae tiene un carácter prohibitivo, pues impide ejercer otro recurso en contra de lo resuelto por el General Director (contenido), quien es la última instancia. Respecto a la condición, para ambas normas consiste en que el respectivo proceso administrativo se esté disponiendo la eliminación

---

<sup>9</sup> SUÁREZ (2004) p. 70.

<sup>10</sup> *Ídem.* (2004) pp. 15 y 16.

del afectado de la Institución, y para precisar aún más se trata de normas hipotéticas, ya que exigen una condición adicional a ser parte de un procedimiento administrativo.

Por su parte el artículo 15 de la Ley n° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, nos dice: "*Principio de Impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnable por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley*". Se puede entender que el carácter de la norma no es otro que una permisividad, nuevamente un poder hacer, cuyo contenido consiste en que el afectado, frente a actos administrativos, pueda interponer los recursos de reposición y jerárquico. Apreciándose que no existe condición adicional, es decir se trata de una norma categórica, pues siempre se podrá ejercer tales recursos en un procedimiento administrativo y sin importar la existencia de circunstancia anexa alguna.

### III. DETERMINACIÓN DE SI HABRÍA CONTRADICCIÓN NORMATIVA

En este orden de ideas, se puede decir que no habría un conflicto normativo, pues no concurre al caso uno de los requisitos necesarios para estimar que se está ante una antinomia, tal como bien lo señala Henríquez<sup>11</sup>, siguiendo a Bobbio, para que se produzca un conflicto normativo: (a) deben existir a lo menos dos normas que contemplen comportamientos incompatibles entre sí; (b) las normas deben pertenecer al mismo ordenamiento jurídico; (c) y ambas deben tener igual ámbito de validez.

Así que en los casos en estudio, se hace evidente, que el requisito que no concurre es el primero, pues tanto las normas permisivas reglamentarias (poder ejercer recursos jerárquicos sucesivamente) como la norma permisiva legal (poder ejercer recurso de reposición y jerárquico) consisten en lo mismo, aun cuando contengan proposiciones normativas distintas. Es decir, las normas no hacen otra cosa que establecer que el funcionario afectado tenga la posibilidad de impugnar un acto administrativo.

Todo lo anterior subsiste aun cuando la norma reglamentaria prohibitiva impida ejercer un nuevo recurso después de agotar la última instancia ante el Sr. General Director, toda vez que igualmente no se estaría contradiciendo a la norma legal, y por ello resultaría del todo ilógico considerar lo contrario, ya

---

<sup>11</sup> HENRÍQUEZ (2009) p. 10.

que esa última instancia ante el Sr. General Director se debe entender como el equivalente al recurso jerárquico que establece la norma legal. Por ello, al resolverse que no hay contradicción normativa, se estima que tal decisión adoptada por la CGR. es la más acertada.

Por otro lado, se puede advertir que si bien no hubo una antinomia o contradicción normativa, la C.G.R. si tuvo efectivamente que solucionar un conflicto normativo, pero precisando que se trataría de aquellos denominados de segundo grado<sup>12</sup>, pues -aunque no fue de modo expreso y categórico- sí se planteó por parte del órgano contralor la disyuntiva de solucionar el asunto con la aplicación del principio de la jerarquía en vez del principio de la especialidad. Dirimiendo que, en atención a que cuando el trance normativo se suscita entre disposiciones de distinta jerarquía, es el principio de la jerarquía normativa el que se debe emplear, tal como se desprende claramente del párrafo que se transcribe: “(...) *corresponde la aplicación directa de la Ley... en aquellos procedimientos especiales desarrollados en normas de jerarquía infra legal (...)*”<sup>13</sup>, lo que en opinión del suscrito estaría correcto.

Efectivamente, la norma reglamentaria, aun cuando es especial frente a la legal, no podrá subsistir frente a una norma de rango superior, que como reiteradamente lo afirma la doctrina<sup>14</sup>: para que la especialidad prime por sobre la jerarquía, en la solución de un conflicto normativo, siempre se debe estar en igualdad de rangos, lo que no ocurre en la especie.

## CONCLUSIONES

Como se observa de lo expuesto, la última Jurisprudencia Administrativa es la adecuada, pues efectúa previamente a resolver el fondo del asunto un análisis para determinar si existía un verdadero conflicto normativo. Así, resulta que ambas disposiciones, aunque con fórmulas o proposiciones normativas y rangos jerárquicos diferentes, son plenamente compatibles entre sí, pues no entran en contradicciones en los comportamientos ordenados, sino que uno u otro son lógicamente similares, ya que en ambos casos los afectados por un acto administrativo podrán ejercer instancias de impugnación.

---

<sup>12</sup> Los conflictos normativos de segundo grado se dan cuando existen dos o más principios de solución de antinomias posibles de aplicar. A saber, HENRÍQUEZ (2009) pp. 16-18.

<sup>13</sup> CGR. *Dictamen n° 42.639* (2007). Subrayado agregado por el suscrito.

<sup>14</sup> En este sentido se puede ver: CORDERO (2009), HENRÍQUEZ (2009), entre otros.

Agregando, que se aprecia inclusive más garantista, en términos de respeto al debido proceso, las normas reglamentarias que la legal.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

AUSÍN, Txetxu (2005): *Entre la Lógica y el Derecho, Paradojas y conflictos normativos* (México D.F., Editorial Plaza y Valdés S.A., primera edición) 140 pp.

CORDERO, Eduardo (2009): “Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis* (vol. 15 n° 2): pp. 11 – 49.

HENRÍQUEZ, Miriam (2009): *Las Fuentes Formales del Derecho* (Santiago, Editorial Legal Publishing Chile) 114 pp.

\_\_\_\_\_ (2012): “Comentario a la sentencia Rol No 1108-2011 de la Corte de Apelaciones de San Miguel”, *Estudios Constitucionales* (vol. 10 N° 1, 2012): pp. 469 - 478.

\_\_\_\_\_ (2013): “Los Jueces y la Resolución de Antinomias desde la Perspectiva de las Fuentes del Derecho Constitucional Chileno”, *Estudios Constitucionales* (vol. 11 n° 1) pp. 459 - 476.

SUÁREZ, Eloy (2004): *Introducción al Derecho* (Santa Fe, Editorial Centro de Publicaciones UNL, primera reimpresión) 314 pp.

## NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto n° 118 del Ministerio de Defensa Nacional, que aprueba el Reglamento de Sumarios Administrativos de Carabineros de Chile N° 15, *Diario Oficial*, 7 de abril de 1982, disponible en <[http://www.carabineros.cl/transparencia/transparencia2009/\\_15Reglamento.pdf](http://www.carabineros.cl/transparencia/transparencia2009/_15Reglamento.pdf)>, fecha consulta: 27 agosto 2013.

Decreto n° 900 del Ministerio del Interior, aprueba el Reglamento de Disciplina n°11 de Carabineros de Chile, *Diario Oficial*, 17 julio 1967, última modificación 19 marzo 2011, disponible en <<http://bcn.cl/1cbmi>>, fecha consulta: 27 agosto 2013.

Ley n° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, *Diario Oficial*, 29 mayo 2003, última modificación 20 agosto 2008, disponible en <<http://bcn.cl/mum>>, fecha consulta: 27 agosto 2013.

## JURISPRUDENCIA CITADA

Contraloría General de la República (2007): Dictamen n° 42.639, 21 septiembre 2007, disponible en <<http://www.contraloria.cl>>, fecha consulta: 27 agosto 2013.

\_\_\_\_\_, (2008): Dictamen n° 62.396, 31 diciembre 2008, disponible en <<http://www.contraloria.cl>>, fecha consulta: 27 agosto 2013.

\_\_\_\_\_, (2009): Dictamen n° 44.851, 18 agosto 2009, disponible en <<http://www.contraloria.cl>>, fecha consulta: 27 agosto 2013.

\_\_\_\_\_, (2010): Dictamen n° 40.242, 20 julio 2010, disponible en <<http://www.contraloria.cl>>, fecha consulta: 27 agosto 2013.

# SUPLEMENTO ALIMENTICIO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES: COMENTARIOS SOBRE EL CASO ADN\*

## *Food Supplement and Consumer's Rights Protection: Commentary on the ADN Case*

ERIKA MARLENE ISLER SOTO\*\*

Universidad Bernardo O'Higgins  
Santiago, Chile

**RESUMEN:** El presente documento contiene comentarios a la sentencia recaída en un caso sobre un producto defectuoso, cuya errónea rotulación generó la afectación de los derechos de los consumidores a la seguridad y a la salud. Se refiere primeramente a la posible aplicación de la Ley 19.496 a materias reguladas por normas especiales y su vinculación con el principio *non bis in idem*. Con posterioridad trata la calificación del producto como defectuoso y

---

\* Juez de Policía Local (en adelante JPL) de San Bernardo, *Sernac con Braun Medical S.A* (2010, rol n° 3422-4-2008), sentencia confirmada por Corte de Apelaciones de San Miguel (2010, rol n° 187-2010).

\*\* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile. Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile. Candidata a Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becaria Conicyt. Profesora de Derecho Civil, Universidad Bernardo O'Higgins; Profesora de Derecho del Consumidor, Universidad Gabriela Mistral. <kikaisler@gmial.com>.

**Artículo recibido el 15 de agosto de 2013 y aprobado el 14 de enero de 2014.**

la responsabilidad a que pudiera dar origen la conducta del proveedor. Finalmente se analiza el momento a partir del cual debe computarse el plazo de la prescripción extintiva en estas materias.

**PALABRAS CLAVE:** Consumidor - Responsabilidad por Productos - *Non bis in ídem* - Prescripción

**ABSTRACT:** This papers comments a sentence about product liability, whose misclassification affected the consumer's rights to security and health. It deals at first with the possible application of the Consumer Law to matters regulated by special rules, and its relation with the *non bis in idem* principle. After that, deals with the labelling of the product as 'defective', and the liability that could ascribed to the seller due to its conduct. Finally, it refers to the moment when prescription begins in these matters.

**KEY WORDS:** consumer - product liability - *Non bis in idem* - prescription

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

En el año 2007, el laboratorio Braun Medical S.A. fabricó y puso en circulación ciertas partidas del suplemento alimenticio ADN, cuya rotulación indicaba la presencia de una mayor cantidad de potasio –hasta 70 veces–, de la que en realidad contenía el producto. Se debe tener presente que se trata de un producto que no es de consumo masivo, sino que en general es ingerido por personas que tienen algún grado de discapacidad o condición especial.

La causa de la disconformidad entre el rotulado y la composición real del bien, se habría originado, tal como se acreditó en el proceso penal a que dio origen este caso, en que la empresa fabricaba el producto, en base a una mezcla de minerales que encargaba a otro proveedor denominado *Blumos*. En efecto, en esta ocasión, Braun Medical S.A. habría incurrido en un error al realizar la solicitud, oportunidad en la cual indicó que el compuesto “*requería potasio al 1% en circunstancias que debió indicarse al 100%*”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, *Fiscalía con Braun Medical S.A.* (2012, RIT 38-2011).

Una vez que el suplemento alimenticio ya había ingresado al mercado, fue ingerido –tal como se indicó– por consumidores que en su gran mayoría eran menores de edad o bien padecían de alguna discapacidad, de suerte que en determinados casos, este producto constituía su única alimentación. Así las cosas, la baja presencia de potasio provocó que quienes lo consumieron, presentaran una disminución importante de dicha sustancia en la sangre, configurándose un cuadro médico denominado como *hipokalemia*, producto de lo cual habrían fallecido seis menores y sufrido daños otras 59 personas.

En razón de lo anterior, es que en el año 2008, el Servicio Nacional del Consumidor interpuso una denuncia infraccional en contra del fabricante del producto, por vulneración de la Ley 19.496<sup>2</sup> y su normativa complementaria, la cual fue acogida en primera instancia por el Juzgado de Policía Local de San Bernardo, en una resolución que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de San Miguel con fecha 17 de mayo de 2010. Cabe señalar que esta conducta mereció además la condena penal –en otra sede– de dos de los cinco imputados por este mismo caso.<sup>3</sup>

## II. COMENTARIO JURÍDICO

La discusión sobre el caso que se comenta versó sobre las siguientes cuatro aristas jurídicas: ámbito de aplicación de la Ley n° 19.496; procedencia del principio *non bis in idem* en materia de sanciones contravencionales; hipótesis infraccionales involucradas; y la concurrencia de la prescripción extintiva de la acción.

### 1. Respecto del ámbito de aplicación de la Ley n° 19.496

Una primera cuestión sobre la cual versaron las argumentaciones de las partes, se refirió al ámbito de aplicación de la Ley n° 19.496.

Por una parte, la denunciada solicitó la declaración de inaplicabilidad del estatuto de protección de los derechos de los consumidores, toda vez que esta materia se encontraría ya regulada por la normativa sanitaria, en concreto el Reglamento sobre Alimentos, motivo por el cual resultaría improcedente

<sup>2</sup> En adelante LPC o simplemente la Ley.

<sup>3</sup> Tribunal oral en lo penal, San Bernardo, *Fiscalía con Braun Medical S.A.* (2012, RIT 38-2011).

la aplicación de la Ley n° 19.496, en virtud del principio de especialidad. Por tal razón, es que la autoridad llamada a fiscalizar la conducta de la denunciada, sería en realidad el Ministerio de Salud -a través de la Secretaría Regional Ministerial competente-, así como el Instituto de Salud Pública y no el Servicio Nacional del Consumidor, organismo que había interpuesto la denuncia que dio origen al litigio.

No obstante lo anterior, tanto el Tribunal de primera instancia como el de alzada, desestimaron la argumentación señalada, estableciendo la plena procedencia de la LPC a estas materias y decretando la condena correspondiente. En efecto, si bien la Corte concedió a la denunciada la vigencia de la normativa por ella invocada, estableció que ello no importaría en absoluto la inaplicabilidad de la Ley n° 19.496, por cuanto el primer estatuto, regularía únicamente el aspecto sanitario, omitiendo aquello que dice relación con la protección de los usuarios, materia que sí se encuentra normada por el segundo.

Por otra parte, si bien la LPC no se aplicaría por regla general a aquellos mercados regulados por leyes especiales, no es menos cierto que la misma disposición establece ciertas hipótesis en las cuales esta restricción no regiría.<sup>4</sup> En efecto, el artículo 2 bis, reitera el principio de especialidad establecido en los artículos 4 y 13 del Código Civil<sup>5</sup>, conforme al cual frente a un conflicto normativo, debe primar aquel régimen jurídico que tenga el carácter de particular.<sup>6</sup> No obstante -y tal como lo señaló el Tribunal-, es la misma

---

<sup>4</sup> Cfr. considerandos primero, segundo y tercero, sentencia de segunda instancia.

<sup>5</sup> Artículo 4 del Código Civil: *“Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código”*; artículo 13 del mismo Código: *“Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”*.

<sup>6</sup> Artículo 2 bis LPC: *“No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo: a) En las materias que estas últimas no prevean; b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales”*.

disposición la que establece tres casos de excepción, que de presentarse, la LPC vuelve a ser aplicable, a saber: las materias silenciadas por las normas especiales; aquellos supuestos en los cuales se encuentre comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento; y aquellos casos en los cuales –encontrándose afectado el interés individual de los consumidores– el estatuto especial no contenga un procedimiento indemnizatorio propio. Esto último es precisamente lo que ocurriría en el caso sometido a su juicio.

Cabe recordar asimismo, que nuestra jurisprudencia ya se había pronunciado en variadas ocasiones en este sentido. A modo de ejemplo, el Primer Juzgado de Policía Local de Maipú al conocer una denuncia interpuesta en contra de una empresa de electricidad, señaló que *“la Ley N° 19.496, reviste el carácter especial que la hace aplicable, en forma preminente, a la infracción denunciada. Lo anterior no obsta al artículo 2 bis de la citada ley, pues en su propia letra a) vuelve a reclamar para sí los asuntos que las normas especiales no provean, como sí ocurre con la protección de los derechos del consumidor. Amén de lo dispuesto en la letra c) del mismo artículo en cuanto reconoce derecho a indemnización conforme a la Ley N° 19.496”*<sup>7</sup>.

En otra ocasión, en un conflicto de similares características al que se comenta, el Segundo Juzgado de Policía Local de las Condes, argumentó que si bien el artículo 2 bis LPC excluye la competencia de la Ley a actividades reguladas por leyes especiales, no es menos cierto que la producción y comercialización de productos alimenticios *“debe dar cumplimiento a una serie de normas legales y administrativas, que no resultan excluyentes de las contenidas en la Ley n° 19.496, cuya finalidad es normar las relaciones entre los proveedores y los consumidores y establecer las infracciones en perjuicios del consumidor, como lo dispone el artículo 1 de dicha Ley, competencia que ha sido entregada a los Juzgados de Policía Local por expreso mandato del artículo 50 de la mentada Ley”*<sup>8</sup>.

De manera adicional, se debe tener presente que aún cuando existiese un conflicto normativo, debe primar la Ley n° 19.496, por cuanto la regulación sanitaria que se invoca, se encuentra contenida en un reglamento, el cual cede frente a una disposición con rango legal como lo es la LPC. Así lo ha señalado también nuestra jurisprudencia, precisamente en un caso sobre publicidad engañosa de un producto alimenticio: *“las normas contenidas en la*

<sup>7</sup> 1° JPL de Maipú, *Sernac con Chilectra S.A.* (2008, n° rol 5275-2005).

<sup>8</sup> 2° JPL de Las Condes, *Sernac con Falabella SACI* (2008, n° rol 29.517-10-2007).

*Ley 19.496 (...), tienen rango de Ley y son superiores a un Decreto Supremo, en la especie el Decreto Supremo N° 298 del Ministerio de Agricultura”.*<sup>9</sup>

A mayor abundamiento, es preciso recalcar que el ámbito de aplicación de la LPC se determina por la concurrencia de una relación de consumo, entendida como aquel vínculo jurídico existente entre un proveedor y un consumidor<sup>10</sup>, de tal manera que cada vez que ella se presente, la Ley n° 19.496 será susceptible de ser aplicada, sin perjuicio de las excepciones establecidas por el legislador. Lo anterior, se desprende del mismo artículo 1 LPC cuando establece que dicho cuerpo legal “*tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores*”.

## **2. Respetto de la aplicación del principio non bis in ídem**

La segunda defensa de la denunciada, radicó en sostener que una eventual condena dictada en sede de protección de los derechos de los consumidores, importaría una clara vulneración del principio *non bis in ídem*.

Braun Medical S.A. fundamentó dicha aseveración, en que la misma conducta había sido ya sancionada por la autoridad sanitaria, en diversos sumarios administrativos que se encontraban ejecutoriados, y conforme a los cuales no sólo le habían sido aplicadas multas, sino que también se habían decretado a su respecto otras medidas, tales como la retención, desnaturalización y destrucción del producto. Así las cosas, y en atención a la misma naturaleza punible (infracional) tanto de la responsabilidad derivada de la Ley n° 19.496, como de la normativa sanitaria, es que no se la podría

---

<sup>9</sup> 1° JPL Pudahuel, *Sernac con Cecinas San Jorge S.A.* (2003, n° rol 9.712-3-2003), confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2005, n° rol 904-2004). Se ha fallado que frente a un conflicto normativo, incluso habiendo igual jerarquía normativa, debe prevalecer la LPC: “*las normas de la Ley 19.496 (...), prevalecen sobre toda otra de igual rango, atendida su especificidad y especialidad, consagrado, por lo demás, positivamente en su artículo 1° y en el 2° transitorio*”, 1° JPL de Las Condes en *Sernac con Universal Agencia de Turismo Ltda.* (2007, n° rol 60.776-8), confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago (2008, n° rol 4898-2007).

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ (1998) p. 109. Este autor considera además que la principal fuente de la relación de consumo es el contrato mixto. No obstante, cabe destacar que la doctrina nacional discute el criterio que debe utilizarse para establecer el ámbito de aplicación de la Ley 19.496, existiendo al respecto en general dos posibles respuestas: la celebración de un contrato mixto o de doble carácter y la concurrencia de una relación de consumo. Al respecto se puede revisar además: JARA (1999 y 2006), MOMBORG (2004).

sancionar nuevamente en razón de unos mismos hechos. Específicamente, en el caso que se comenta, involucraría su faceta *ex post*, esto es, impidiendo la imposición de una sanción cuando ya se le hubiere decretado otra con anterioridad.<sup>11</sup>

No obstante, tanto el Tribunal de primera como de segunda instancia, rechazaron la defensa de la denunciada, por cuanto en su concepto no se habrían configurado los presupuestos de procedencia del principio invocado.

En efecto, la exigencia señalada, consiste en la prohibición de castigar dos veces una misma conducta<sup>12</sup>, tal como señalan BUSTOS y HORMAZÁBAL: “[el] *non bis in idem* establece que un hecho o circunstancia que ha sido sancionado o bien ha servido de base para una agravación de la pena no puede ser utilizado para una nueva sanción o agravación”.<sup>13</sup>

En un sentido similar, explican DEL RÍO y ROJAS: “El significado de este principio *non bis in idem* o inadmisibilidad de la persecución penal múltiple, consiste en que no se puede someter a juicio a un imputado más de una vez por el mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva”.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> OSSA (2009) p. 285: “la estructura jurídica de la prohibición del *bis in idem* tiene doble enfoque y un solo fin. (...) De una parte, impide que una persona sea penada dos veces por un mismo hecho y de la otra, precave que un mismo hecho pueda ser objeto de dos procesos distintos”.

En este mismo sentido, señalan GARBERÍ y BUITRÓN (2001) p. 178, “que este principio, cuenta con una manifestación *ex post* y otra *ex ante*. Conforme a la primera de ellas, se impide “la imposición de una nueva sanción cuando se haya impuesto una sanción, penal o administrativa, con anterioridad al momento en que se esté desarrollando un procedimiento sancionador donde se enjuicien unos mismos hechos, cuya comisión se impute a un mismo sujeto y donde exista una identidad de fundamento punitivo. Pero, como de todas es sabido, también existe una manifestación ‘*ex ante*’ del principio *non bis in idem* o, si se prefiere, en el ‘*interin*’, mediante la cual se elimina la posibilidad de que un mismo hecho antijurídico pueda ser simultáneamente enjuiciado por los órganos penales y por los órganos de la Administración sancionadora”.

<sup>12</sup> OSSA (2009) p. 283: “Es una garantía que se concreta a prohibir la duplicidad del juzgamiento y, por ende, la doble sanción por un mismo hecho. Esa es la dualidad prohibitiva. Ese es el *duplo indebito*”.

<sup>13</sup> BUSTOS y HORMAZÁBAL (1997) pp. 67 y 68.

<sup>14</sup> DEL RÍO y ROJAS (1999) p. 113.

Esta regla, que es herencia del Derecho Penal<sup>15</sup>, ha sido incorporada actualmente en el derecho administrativo sancionador<sup>16</sup>, destacando la legislación española, la cual además lo consagra a propósito de la responsabilidad infraccional derivada de la normativa de protección a los consumidores<sup>17</sup>.

Ahora bien, para que efectivamente sea vulnerada, deben concurrir tres presupuestos copulativos, que se traducen en la configuración de una triple identidad: de sujeto (*eadem personae*), hecho (*eadem res*) y fundamento (*eadem causa petendi*)<sup>18</sup>.

Si bien está claro que en el caso en comento, existiría identidad de sujeto y de hecho, no ocurre lo mismo respecto del fundamento o causa (*Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*). Así las cosas, no habrá transgresión del principio *non bis in idem*, “cuando se sancione doblemente a un mismo sujeto por unos mismos hechos siempre que el fundamento de la imposición de cada una de las sanciones sea diferenciado”<sup>19</sup>. Ahora bien, al momento de determinar el contenido de esta exigencia, se han utilizado distintos criterios, entre ellos la naturaleza de la responsabilidad y el bien jurídico protegido.

---

<sup>15</sup> En materia penal, se encuentra consagrado en el artículo 1 inc. 2º del Código Procesal Penal: “La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

<sup>16</sup> Sobre la aplicación del principio *non bis in idem*, cuando concurre responsabilidad administrativa y penal: GÓMEZ-BENÍTEZ (2002) pp. 564-566; QUINTERO (2010) pp. 64-65.

<sup>17</sup> Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, España, artículo 46: “Principios generales. Las Administraciones públicas competentes, en el uso de su potestad sancionadora, sancionarán las conductas tipificadas como infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir. La instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos, y en su caso la eficacia de los actos administrativos de imposición de sanción. Las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar la salud y seguridad de las personas se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncie sobre las mismas. En ningún caso se producirá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes”.

<sup>18</sup> OSSA (2009) p. 284.

<sup>19</sup> GARBERÍ y BUITRÓN (2001) p. 182.

Conforme al primero de ellos, la identidad de fundamento dice relación con la naturaleza de la responsabilidad<sup>20</sup>, de tal manera que si ellas son diversas, no habrá lesión al *non bis in idem*<sup>21</sup>. En la materia que se comenta, la mayoría de la doctrina nacional estima que la responsabilidad infraccional derivada de la LPC presenta una naturaleza administrativa<sup>22</sup>, por lo que podría considerarse que es análoga a la que surge de un procedimiento administrativo. Ambas tendrían por tanto, una naturaleza jurídica similar a la penal (punitiva), diferenciándose de esta última, únicamente en su aspecto cuantitativo, esto es, por su menor peligrosidad<sup>23</sup>.

No obstante lo anterior, y tal como entre nosotros lo ha sostenido POLITOFF, debe examinarse igualmente el procedimiento aplicable y el órgano llamado a imponer la sanción<sup>24</sup>, de suerte que si ellos no coinciden, no habrá vulneración al principio invocado<sup>25</sup>. Esta ha sido la tesis adoptada por el Tribunal de Primera Instancia, confirmado por el de alzada, al rechazar la defensa de la denunciada, por considerar que mientras la multa contravencional derivada de la LPC es impuesta por un órgano jurisdiccional, la sanción derivada de un sumario, proviene de la Administración del Estado.

La jurisprudencia nacional ya se había pronunciado en este mismo sentido. A modo de ejemplo, el Segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes, estimó que *“las facultades de la autoridad sanitaria (...) son de orden*

<sup>20</sup> Cfr. OSSA (2009) p. 296.

<sup>21</sup> GARBERÍ y BUITRÓN (2001) p. 185.

<sup>22</sup> Cfr. GUERRERO (2008) p. 448, CONTARDO (2011) p. 93, BARRIENTOS (2011a) p. 269. Cabe señalar sin embargo, que de acuerdo a GUERRERO BECAR, las contravenciones a la LPC se clasifican en administrativas, civiles y mixtas, lo que tendrá relevancia en la determinación de los efectos de cada una de ellas, por su parte, para BARRIENTOS (2011b) p. 79, de un mismo hecho puede emanar responsabilidad civil e infraccional, pero se rigen por normas y principios diversos.

<sup>23</sup> ROXIN (1997) p. 72: *“la sanción de una conducta como contravención se presenta como posibilidad adecuada cuando una infracción de la ley hace precisa ciertamente una reacción estatal, pero por su menor peligrosidad social ya no una pena criminal”*. En el mismo sentido GARRIDO (2010) p. 85.

<sup>24</sup> POLITOFF (2001) p. 30: *“El Derecho penal administrativo puede definirse como aquella parte del Derecho público –separada del Derecho penal– por la cual órganos de la autoridad pública imponen sanciones de carácter punitivo, sin intervención de un juez independiente (podría decirse con escasa o ninguna intervención del afectado)”*.

<sup>25</sup> OSSA (2009) p. 295: *“[el] postulado opera cuando el trébede se asienta en un proceso o procedimiento de índole similar: dos procesos penales. Dos procedimientos sancionatorios administrativos”*.

*administrativo y no obstan a las facultades de los órganos jurisdiccionales de conocer y juzgar los hechos sometidos a su conocimiento”.*<sup>26</sup>

A mayor abundamiento, se puede destacar que en el caso de la responsabilidad sanitaria, al efecto típico de la sanción administrativa –la multa<sup>27</sup>–, se unirían otras medidas tales como la clausura del establecimiento, la cancelación del permiso para ejercer determinada actividad, la revocación de la personalidad jurídica, la suspensión de actividades u otras, etc.<sup>28</sup>

Un segundo criterio que se puede utilizar, a la hora de evaluar si concurre la identidad de fundamento, dice relación con los bienes jurídicos protegidos por las distintas normativas sancionadoras.<sup>29</sup> Al respecto cabe señalar que mientras el estatuto sanitario, tiene por objeto la protección del orden sanitario –hayan o no usuarios afectados–, la Ley n° 19.496 pretende tutelar al sujeto más débil de la relación de consumo.

Lo anterior es la causa de que las normas invocadas en uno y otro procedimiento hayan sido diferentes: mientras los sumarios administrativos habrían versado sobre las condiciones a las cuales deben sujetarse los proveedores en la producción, importación, elaboración, envase, almacenamiento, distribución y venta de alimentos para uso humano; la denuncia interpuesta por el Sernac, diría relación con la vulneración de las normas sobre información y publicidad contenidas en la Ley n° 19.496 (artículo 29 LPC). Tal ha sido la decisión de la Corte de Apelaciones de San Miguel, en este caso: *“la responsabilidad infraccional investigada en autos, en cuanto a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, corresponde a una materia distinta de aquella investigada en los sumarios sanitarios referidos por la denunciada (...), por lo que ambos procedimientos son perfectamente compatibles, no afectando de modo alguno el principio non bis in idem”.*

---

<sup>26</sup> 2° JPL de Las Condes, *Sernac con Falabella SACI* (2008, n° rol 29.517-10-2007). En materia bancaria, la jurisprudencia nacional ha optado por una solución similar: 3° JPL Santiago, *Sernac con Banco de Chile* (2006, n° rol 18.650-AMS-05).

<sup>27</sup> MAURACH y ZIPF (1994) p. 23: *“En la actualidad la diferenciación entre el ilícito administrativo y el ilícito penal está establecida por medio de una valoración vinculatoria realizada por el legislador; en los casos en que el legislador ha previsto la multa como sanción, se trata de una infracción administrativa; y en los que se amenaza con una pena, de un delito”.*

<sup>28</sup> Cfr. POLITOFF (2001) p. 31.

<sup>29</sup> GARBERÍ y BUITRÓN (2001) p. 185.

De acuerdo a las anteriores consideraciones, es que se puede sostener que de un mismo hecho puedan derivar diversas formas de responsabilidad<sup>30</sup>, las cuales pueden ser aplicadas de manera independiente, tal como ocurrió en este caso.<sup>31</sup>

### **3. Hipótesis infraccional involucrada: el deber de rotulación y los defectos de información**

La condena del proveedor, se fundamentó en el artículo 29 LPC, conforme al cual comete infracción a dicho cuerpo normativo, aquel que *“estando obligado a rotular los bienes o servicios que produzca, expendo o preste, no lo hiciera, o faltare a la verdad en la rotulación, la ocultare o alterar”*.

Si bien la norma antedicha establece una sanción aplicable a aquellos sujetos que infrinjan su deber de rotulación, lo cierto es que la LPC, en general no consagra específicamente obligaciones en tal sentido, por lo que su fuente directa debe buscarse en otros cuerpos normativos.<sup>32</sup> Esta decisión legislativa, reafirma la aplicabilidad de la Ley n° 19.496 a materias reguladas en otros estatutos, por cuanto de no ser así, habría de considerarse que el legislador dictó una norma vacía de contenido, lo cual no resulta sostenible.

Tal es lo que ocurre en este caso, en el que el deber de rotulación se encuentra consagrado en el Reglamento Sanitario de Alimentos (Decreto n° 977 de 1997), constituyendo además Información Básica Comercial, de acuerdo al concepto de esta última nos da la LPC, esto es, aquellos *“datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica”*.<sup>33</sup>

Al respecto, cabe destacar el sistema peruano, el cual señala expresamente que el proveedor será responsable de la idoneidad y calidad de los productos ofrecidos, lo que se determinará entre otros factores, por el contenido indicado en el envase.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Cfr. considerando 24, sentencia de primera instancia.

<sup>31</sup> En el mismo sentido, 3° JPL de Maipú, *Sernac con Cencosud Supermercados S.A.* (2007, n° rol 1004-05). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2008, n° rol 1724-08).

<sup>32</sup> Cfr. AIMONE (1998) p. 121.

<sup>33</sup> Artículo 1 n° 3 LPC.

<sup>34</sup> Artículo 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Perú: *“El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al*

Se trata por otra parte, de una manifestación del derecho del consumidor a una información veraz y oportuna (artículo 3 letra b LPC), el cual tiene aparejado una obligación correlativa. En este sentido, explican MORELLO y STIGLITZ: *“[en] correlación con este esencial derecho del consumidor, pesa por lo tanto, sobre el empresario, el deber de informar clara, veraz y suficientemente al público, sobre todo aspecto relevante del producto o servicio ofrecido”*.<sup>35</sup>

Esta carga, tiene además como fundamento la buena fe<sup>36</sup>, así como la satisfacción de otros derechos de los consumidores, entre ellos la libre elección del bien o servicio (artículo 3 letra a LPC) y la seguridad en el consumo (artículo 3 letra d LPC). A mayor abundamiento, en este caso, tal como señala DE LA MAZA, el antecedente que se ordena poner en conocimiento del consumidor, no tiene por objeto persuadir al consumidor a la celebración de un contrato de consumo, sino que mejorar su conocimiento sobre las características del bien<sup>37</sup>, lo cual presenta especial importancia, al encontrarse comprometida la salud de las personas.

De esta manera, la omisión o inexactitud en el mensaje contenido en el rótulo, hace devenir al bien de que se trate, en defectuoso, por adolecer de un vicio de información, el cual sería extrínseco al producto (*per se* no era defectuoso)<sup>38</sup>, particularmente cuando versa sobre aquellas materias que la legislación italiana ha calificado como contenido esencial de la obligación de información<sup>39</sup>. Así las cosas, esta circunstancia transforma al suplemento alimenticio en un bien inseguro, entendido por la legislación comunitaria europea, como aquel que *“no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho”*.<sup>40</sup>

---

*prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda”*.

<sup>35</sup> MORELLO et al. (1991) p. 35.

<sup>36</sup> CORBETTI (2005) p. 669.

<sup>37</sup> DE LA MAZA (2013) p. 37.

<sup>38</sup> HIDALGO y OLAYA (1997) p. 339.

<sup>39</sup> Artículo 5.2 del *Codice del Consumo*, Italia: *“Sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi costituiscono contenuto essenziale degli obblighi informativi”*.

<sup>40</sup> Artículo 6 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: *“1 . Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación”*.

Esto es lo que ha ocurrido precisamente en este caso, en el cual el defecto del producto, permitió que éste haya sido recomendado con total confianza por parte de los profesionales de la salud que atendían a los usuarios afectados, y que no sólo no cumplió las legítimas expectativas creadas a los adquirentes, sino que además perjudicó su seguridad personal.

Por último, cabe destacar que la conducta del proveedor, además lo hizo incurrir en culpa por omisión, la que se configura de acuerdo a BARROS, *“por el solo hecho de no haberse ejecutado un acto ordenado por la ley”*.<sup>41</sup> Al respecto explica: *“la legislación establece deberes positivos de conducta con fines protectores de terceros, en materias tan diversas como las urbanísticas, ambientales, de salubridad pública y de información en los mercados. En cada caso, la omisión da lugar a una culpa infraccional que puede generar responsabilidad por los daños causados por la omisión según las reglas generales antes analizadas”*.<sup>42</sup>

#### **4. La prescripción extintiva o liberatoria de la responsabilidad del proveedor**

La redacción del artículo 26 LPC, disposición que consagra la prescripción liberatoria, es bastante confusa, estableciendo un plazo extintivo de seis meses el cual debe contarse *“desde que se haya incurrido en la infracción respectiva”*, sin indicar cuándo se produciría tal momento. Lo anterior ha sido criticado por BARCIA, quien estima que los absurdos interpretativos a que da lugar esta norma pudieron haberse evitado, al haberse presentado ya esta discusión con anterioridad en nuestro derecho, a propósito la responsabilidad civil extracontractual.<sup>43</sup>

Esta situación, permitió que Braun Medical S.A. solicitara el rechazo de la denuncia por haber transcurrido con creces el término señalado, el cual debía contarse desde que los consumidores afectados comenzaron a presentar síntomas consecuencia de la *hipokalemia*.

No obstante lo anterior, el Juzgado de Policía Local de San Bernardo, rechazó la argumentación antedicha, señalando que el plazo sólo podía comenzar a correr desde que se toma cabal conocimiento de la deficiencia del bien, esto es, desde que la Secretaría Ministerial de Salud prohibió el

<sup>41</sup> BARROS (2007) p. 127.

<sup>42</sup> *Ídem.*, p. 128.

<sup>43</sup> BARCIA (2012) p. 141.

funcionamiento de la línea de productos en cuestión, y no desde que se evidencian los malestares.

Desde este punto de vista, la expresión “la infracción respectiva”, exigiría la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad infraccional, incluyendo la determinación, tanto del sujeto pasivo como del activo<sup>44</sup>, razón por la cual, el plazo de prescripción sólo comenzará a correr cuando este último tome conocimiento de la acción. Cabe señalar además que en materia de responsabilidad por productos esta ha sido la regla recogida en general por el Derecho Comparado, pudiendo citarse como ejemplos, la legislación italiana y brasileña<sup>45</sup>.

Esta interpretación, de acuerdo a BARCIA, tiene la ventaja de encontrarse conteste con las diferencias existentes entre la prescripción extintiva y la caducidad<sup>46</sup>. En este sentido, señala este autor que para que opere la prescripción –a diferencia de la decadencia del plazo–, la acción o pretensión debe haber nacido en manos del sujeto activo, por lo que la “infracción respectiva” sólo se producirá cuando éste pueda entablarla o ejercerla<sup>47</sup>.

La jurisprudencia nacional, también se ha pronunciado en este sentido<sup>48</sup>. A modo de ejemplo, el Segundo Juzgado de Policía Local de Las Condes, al conocer un caso sobre intoxicación alimentaria, señaló que el término sólo pudo principiar cuando la autoridad competente –Seremi de Salud Metropolitana– emitió el informe que confirmaba la presencia de *Salmonella Enteritidis* en el producto, por cuanto sólo en tal momento quedó determinado

---

<sup>44</sup> *Ídem.*, p. 140.

<sup>45</sup> Artículo 125 del *Codice del Consumo*, Italia: “*Prescrizione. 1. Il diritto al risarcimento si prescrive in tre anni dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell’identità del responsabile. 2. Nel caso di aggravamento del danno, la prescrizione non comincia a decorrere prima del giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza di un danno di gravità sufficiente a giustificare l’esercizio di un’azione giudiziaria*”; Artículo 27 del *Código de proteção e defesa do consumidor*, Brasil: “*Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria*”.

<sup>46</sup> BARCIA (2012) p. 140.

<sup>47</sup> *Ídem.*, p. 143.

<sup>48</sup> 2º JPL de Maipú, *Silva Arévalo con Corporación Educacional Universidad del Mar* (2009, nº rol 3.809-2008). Sentencia confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago (2009, nº rol 8.424-2009), se declara inadmisibles recursos de queja, Corte Suprema (2009, nº rol 5.858-2009).

el vínculo causal necesario y con él, los presupuestos de la infracción. En efecto, de haberse determinado el buen estado de los productos no habría concurrido ilícito alguno<sup>49</sup>.

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso *Sernac con Buses Expreso Norte*, al resolver que el plazo de prescripción debe contarse desde que la autoridad competente –el Sernac– ha tomado conocimiento de la infracción, tal como ocurre con el recurso de protección. En este sentido señaló que “[es] obvio que el SERNAC no puede estar informado día a día de las infracciones a la Ley de los Consumidores, imposibilidad material y jurídica que consiguientemente no puede dejar sin sanción a quien infrinja los derechos fundamentales de las personas, lo que precisamente se encarga de fortalecer lo que dispone precisamente el N° 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República”<sup>50</sup>.

La misma Corte reiteró esta conclusión, en el caso *Sernac con Inversiones Irribarra Propiedades*, al revocar la sentencia de primera instancia y condenar a la denunciada –una empresa de corretaje– por vender una vivienda que estaba sujeta a expropiación. En este caso, el Tribunal estimó que “la acción civil de indemnización de perjuicios no se encuentra prescrita porque el plazo debe contarse desde que el demandante tomó conocimiento de los hechos denunciados”<sup>51</sup> y no desde la entrega del bien, como había considerado el Tribunal de primera instancia<sup>52</sup>.

Finalmente cabe señalar que la redacción actual del artículo 58 bis LPC reafirma esta tesis, por cuanto obliga a los organismos que tengan facultades fiscalizadoras, a remitir copia de las resoluciones sancionatorias que dicten, al Servicio Nacional del Consumidor<sup>53</sup>. Esta exigencia, de acuerdo a la historia fidedigna de la Ley n° 20.555, tiene por objeto permitir que el Sernac pueda iniciar acciones judiciales, cuando, habiendo una condena administrativa

<sup>49</sup> 2° JPL de Las Condes, *Sernac con Falabella SACI* (2008, n° rol 29.517-10-2007).

<sup>50</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, *Sernac con Buses Expreso Norte* (2010, n° rol 2093-2010), que confirma sentencia de 1° JPL Estación Central (2010, n° rol 2296-2009), se rechaza recurso de queja en este punto, Corte Suprema (2011, n° rol 7678-2010).

<sup>51</sup> 1° JPL de Ñuñoa, *Sernac con Inversiones Irribarra Propiedades* (2007, n° rol 3.998-CM-2006). Sentencia revocada por Corte de Apelaciones de Santiago (2008, n° rol 587-2008).

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> Artículo 58 bis inc. 2° LPC: “Asimismo, los organismos fiscalizadores que tengan facultades sancionatorias respecto de sectores regulados por leyes especiales, según lo dispuesto en el artículo 2° bis de esta ley, deberán remitir al Servicio Nacional del Consumidor copia de las resoluciones que impongan sanciones”.

previa, se vulneren igualmente los derechos de los consumidores<sup>54</sup>. Se puede advertir, que lo anterior tendría justificación únicamente en la medida que la prescripción comenzara a correr desde que la Institucionalidad toma conocimiento de la condena, puesto que en caso contrario, se correría el riesgo de que al recibir éste la notificación, la acción pudiera encontrarse ya prescrita.

## CONCLUSIONES

1. La regulación de ciertas actividades por parte de una ley especial, no excluye la aplicación de la Ley n° 19.496, en la medida de que se configure una relación de consumo, y que se presente alguno de los casos excepcionales contemplados en el artículo 2 bis LPC, a saber; cuando la normativa especial silencie ciertas materias; cuando se encuentre comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores; y cuando, encontrándose comprometido el interés individual de los consumidores, el estatuto particular no contenga un procedimiento indemnizatorio propio.
2. La condena infraccional impuesta por un órgano jurisdiccional en sede de protección de los derechos de los consumidores, no importa una vulneración del principio *non bis in idem*, cuando existiere una sanción administrativa previa.
3. El incumplimiento del deber de rotulación por parte del proveedor, además de constituir una vulneración a la Ley n° 19.496, hace devenir al producto en defectuoso, por adolecer de un vicio de información.

---

<sup>54</sup> De acuerdo al mensaje del ejecutivo por el cual se propuso esta incorporación, se pretendía que únicamente rigiera esta exigencia, respecto de aquellas resoluciones que tengan origen en una denuncia realizada por el Servicio Nacional del Consumidor. No obstante, la disposición que la contenía fue objeto de una indicación del senador García, por la cual la obligación se ampliaba a todas “las resoluciones que dicten” los organismos fiscalizadores, para facilitar la labor judicial del Sernac. Si bien, la indicación fue aprobada por unanimidad, se la restringió a aquellas decisiones sancionatorias que digan relación con la Ley n° 19.496. *Cfr.* Historia de la Ley n° 20.555, Boletín de indicaciones formuladas en Segundo Trámite Constitucional, n° 7094-03, segundo Informe de la Comisión de Economía, sesión 64, Legislatura 359, Boletín n° 7094-03.

4. El plazo de la prescripción extintiva contemplado en el artículo 26 LPC sólo comienza a correr desde que el sujeto activo ha tomado conocimiento de los daños o de la infracción.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AIMONE GIBSON, Enrique (1998): *Derecho de Protección al Consumidor* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda.) 313 pp.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2011a): "Comentario de jurisprudencia. Derecho del Consumo", *Revista Chilena de Derecho Privado* (n° 17): pp. 265-275.
- \_\_\_\_\_ (2011b): "Algunas reflexiones sobre el desbordamiento de la responsabilidad infraccional en la Ley N° 19.496", *Revista Derecho de la Empresa* (n° 25): pp. 55-80.
- BARROS BOURIE, Enrique (2007): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1230 pp.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2012): "Estudio sobre la prescripción y caducidad en el Derecho del Consumo", *Revista Chilena de Derecho Privado* (n° 19): pp. 115-163.
- CORBETTI, Ariel (2005): "La protección del más débil", *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello* (Santiago, Editorial Lexis Nexis) Tomo I.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2011): "Prescripción de la acción indemnizatoria en la Ley de Protección al Consumidor: Tendencias jurisprudenciales", WAHL SILVA, Jorge Adolfo y CORRAL TALCIANI, Hernán Felipe (editores), *Cuadernos de Extensión Jurídica n° 21, Prescripción extintiva: estudios sobre su procedencia y funcionamiento en Derecho Público y Privado* (Santiago, Universidad de los Andes) 195 pp.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013): "Comentario al artículo 1 n° 4 LPC", BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coordinadora), *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 32-48.
- DEL RÍO FERRETI, Carlos y ROJAS RUBILAR, Francisco (1999): *De la reforma procesal penal* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur) 527 pp.

FERNÁNDEZ FREDES, FRANCISCO (1998): “Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones”, *Perspectivas en Política, Economía y Gestión* (vol. 1 n° 2).

GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ y BUITRÓN RAMÍREZ, GUADALUPE (2001): *El procedimiento administrativo sancionador* (4ª Edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) Tomo I.

GARRIDO MONTT, MARIO (2010): *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL (2002): “Delitos societarios”, Consejo General del Poder Judicial, *Derecho Penal Económico* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial) 622 pp.

GUERRERO BECAR, JOSÉ LUIS (2008): “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual”, GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (editor), *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 433-435.

HIDALGO MOYA, JUAN RAMÓN y OLAYA ADÁN, MANUEL (1997): *Derecho del Producto Industrial: calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante* (Barcelona, Editorial Bosch) 644 pp.

JARA AMIGO, RONY (1999): “Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones”, CORRAL, HERNÁN (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica n° 3, Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la Ley n° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, (Santiago, Universidad de los Andes): pp. 47-74.

\_\_\_\_\_, (2006): “Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: aplicación de la ley 19.496 y las modificaciones de la ley 19.95”, *Cuadernos de Extensión Jurídica n° 12 La protección de los derechos de los consumidores en Chile: aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004* (Santiago, Universidad de los Andes) 198 pp.

MAURACH, REINHART y ZIPF, HEINZ (1994): *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires, Editorial Astrea) Tomo I.

MOMBERG URIBE, Rodrigo (2004): "Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores", *Revista de Derecho (Valdivia, Universidad Austral de Chile)* (vol. 1): pp. 41-62.

MORELLO, Augusto, STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel (1991): "Información al consumidor y contenido del contrato", STIGLITZ, Gabriel, *Derecho del Consumidor: doctrina, jurisprudencia, legislación* (Rosario, Santa Fé, Editorial Juris) pp. 33-39.

OSSA ARBELÁEZ, Jaime (2009): *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática* (2ª Edición, Bogotá, Editorial Legis) 803 pp.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (2001): *Derecho Penal* (2ª Edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis) Tomo I.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2010): *Parte General del Derecho Penal* (Navarra, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters) 853 pp.

ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General* (Madrid, Editorial Civitas) Tomo I.

## **NORMAS JURÍDICAS CITADAS**

*Codice del Consumo* (Italia), Decreto Legislativo n° 206, 6 septiembre 2005.

Código Civil (Chile) 1857 y sus posteriores modificaciones. *Diario Oficial*, 30 mayo 2000.

Código de Protección y Defensa del Consumidor (Perú), Ley 29.571, 1 septiembre 2010.

*Codigo de proteção e defesa do consumidor* (Brasil). Ley n° 8078, 11 septiembre 1990.

Código Procesal Penal 2000 y sus posteriores modificaciones. Última versión 27 diciembre 2013, disponible en <<http://bcn.cl/1i18v>>, fecha consulta: 7 enero 2014.

Directiva 85/374/CEE (Comunidades Europeas) del Consejo, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, 25 julio 1985.

Ley n° 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial*, 7 marzo 1997.

Ley n° 20.555, modifica ley n° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al servicio nacional del consumidor. *Diario Oficial*, 5 diciembre 2011.

Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (España), Real Decreto Legislativo 1/2007, 16 noviembre 2007.

Reglamento Sanitario de Alimentos (Chile), Decreto n° 977, *Diario Oficial*, 13 mayo 1997.

## JURISPRUDENCIA CITADA

1° Juzgado de Policía Local de Estación Central, *Sernac con Buses Expreso Norte* (2010): 27 enero 2010, rol n° 2296-2009.

1° Juzgado de Policía Local de Las Condes, *Sernac con Universal Agencia de Turismo Ltda.* (2007): 4 julio 2007, rol n° 60.776-8.

1° Juzgado de Policía Local de Maipú, *Sernac con Chilectra S.A* (2008): 27 mayo 2008, rol n° 5275-2005.

1° Juzgado de Policía Local de Ñuñoa, *Sernac con Inversiones Iribarra Propiedades* (2007): 27 junio 2007, rol n° 3.998-CM-2006.

1° Juzgado de Policía Local de Pudahuel, *Sernac con Cecinas San Jorge S.A.* (2003): 19 diciembre 2003, rol n° 9.712-3-2003.

2° Juzgado de Policía Local de Las Condes, *Sernac con Falabella SACI* (2008): 4 septiembre 2008, rol n° 29.517-10-2007.

2° Juzgado de Policía Local de Maipú, *Silva Arévalo con Corporación Educacional Universidad del Mar* (2009): 27 abril 2009, rol n° 3.809-2008.

3° Juzgado de Policía Local de Maipú, *Sernac con Cencosud Supermercados S.A.* (2007): 31 diciembre 2007, rol n° 1004-05.

3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Banco de Chile* (2006): 13 marzo 2006, rol n° 18.650-AMS-05.

Juzgado de Policía Local de San Bernardo, *Sernac con Braun Medical S.A* (2010): 18 enero 2010, rol n° 3422-4-2008.

Corte de Apelaciones de San Miguel, *Sernac con Braun Medical S.A* (2010): 17 mayo 2010, rol n° 187-2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, *Sernac con Cecinas San Jorge S.A* (2005): 13 de julio 2005, rol n° 904-2004.

\_\_\_\_\_, *Sernac con Cencosud Supermercados S.A.* (2008): 18 junio 2008, rol n° 1724-08.

\_\_\_\_\_, *Sernac con Inversiones Irribarra Propiedades* (2008): 5 mayo 2008, rol n° 587-2008.

\_\_\_\_\_, *Sernac con Universal Agencia de Turismo Ltda*, (2008): 2 junio 2008, rol n° 4898-2007.

\_\_\_\_\_, *Silva Arévalo con Corporación Educacional Universidad del Mar* (2009): 14 agosto 2009, rol n° 8.424-2009.

\_\_\_\_\_, *Sernac con Buses Expreso Norte* (2010): 07 octubre 2010, rol n° 2093-2010.

Corte Suprema, *Silva Arévalo con Corporación Educacional Universidad del Mar* (2009): 1 septiembre 2009, rol n° 5.858-2009.

\_\_\_\_\_, *Sernac con Buses Expreso Norte* (2011): 26 enero 2011, rol n° 7678-2010.

Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, *Fiscalía con Braun Medical S.A.* (2012): 1 julio 2012, RIT n° 38-2011.



# RECENSIONES



RECENSIÓN DE “EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS EN EL ÁMBITO LABORAL CHILENO Y LA TUTELA JURÍDICA DE SU EFICACIA HORIZONTAL” (WALDO L. PARRA, SANTIAGO, LEGAL PUBLISHING, THOMSON REUTERS, 2013), 590 PP.

FRANCISCO WALKER ERRÁZURIZ\*  
Doctor en Derecho  
Universidad de París, Francia

El tema de los derechos fundamentales es, probablemente, uno de los más relevantes en el ámbito del derecho contemporáneo, y muy particularmente, en el ámbito del Derecho del Trabajo. Los derechos fundamentales, en el caso del Derecho Laboral, suelen dividirse en dos categorías: Derechos específicos, que son aquellos que inciden directamente en las materias vinculadas a las relaciones laborales; y aquellos inespecíficos o genéricos, propios de todo ser humano, y que deben respetarse y considerarse en todas las normas de derecho, revistiendo especial relevancia en el ámbito laboral.

La obra del Dr. Parra, corresponde a su tesis doctoral elaborada después de un extenso estudio, iniciado una vez que fue aceptada su propuesta de tesis, rindiendo con éxito su examen de candidatura, dentro del Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC), y siendo finalmente aprobada por unanimidad luego de ser defendida brillantemente por su autor. El trabajo del Dr. Parra se centra, fundamentalmente, en los derechos fundamentales inespecíficos, y es el resultado de un largo proceso de investigación, de varios años de duración, dirigido

---

\* *Recensión recibida el 30 de marzo de 2014 y aprobada el 14 de abril de 2014.*

por el suscrito, y en el cual se discutieron los distintos aspectos analizados en esta obra. El Dr. Parra consulto una amplísima biografía de juristas, tanto de la rama del derecho laboral, como constitucionalistas, filósofos del derecho, y otros autores de distintas especialidades.

El trabajo en análisis consta de una introducción y tres capítulos. El capítulo primero trata acerca del reconocimiento analítico de los derechos fundamentales inespecíficos. El segundo analiza el reconocimiento empírico de los derechos fundamentales inespecíficos basados en un modelo teórico jurídico. El tercero se refiere al efecto normativo de los derechos fundamentales inespecíficos. El objeto de esta minuciosa investigación jurídica es considerar la aplicación de los derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito laboral chileno. Cabe al respecto manifestar de acuerdo al autor, que los derechos fundamentales específicos son propios del ámbito laboral, en cambio los inespecíficos son aquellos de carácter general que impregnan la relación laboral entre empleador y trabajador. En otros términos, los derechos fundamentales inespecíficos dicen relación con la dignidad de las personas involucradas en el ámbito laboral. La diferencia está en que los derechos fundamentales específicos del trabajador se refieren a su trabajo, en cambio los derechos inespecíficos son aquellos que corresponden al ser humano como tal, pero que naturalmente deben ser respetados en el ámbito laboral. En cuanto a la naturaleza misma de los derechos fundamentales, y en particular los inespecíficos, cabe analizar si estos son anteriores o superiores al Estado (derechos naturales), o son consecuencia de la acción directa del Estado (derechos positivos). Por lo tanto, los derechos fundamentales inespecíficos tratados por el autor con esmero y precisión, siguiendo lo establecido en la Constitución Política chilena vigente, son para el derecho chileno los siguientes:

Libertad de pensamiento y conciencia, en donde el autor analizó, además, la libertad de expresión, la libertad de reunión y asociación, y la libertad de emitir opinión, de informar y ser informado. En particular, ello se refiere a que el trabajador, en su calidad de ser humano, y estando vinculado a una empresa, esto es, cuando es trabajador asalariado, posee libertades de expresión que son fundamentales en el ámbito laboral, y siempre deben considerárseles. En segundo lugar, el honor y la intimidad de las personas y su familia, en donde el autor analiza particularmente los derechos a la integridad física y psíquica de la persona; el respeto a la vida privada y pública, en donde se analiza el acoso sexual laboral. Asimismo, la manifestación libre de todas las creencias, en donde se analiza el ejercicio libre de los cultos; y finalmente, el principio de la no discriminación, en donde el autor profundizó en los derechos de las minorías sexuales.

Cabe destacar que estos no son los únicos derechos fundamentales no específicos existentes, pero el autor se refiere a ellos, puesto que corresponden al Derecho chileno, y que naturalmente se encuentran establecidos en la Constitución Política. Debe señalarse que en el caso chileno, los fallos de los tribunales de justicia, y los dictámenes de la Dirección del Trabajo han dispuesto que estos derechos deben respetarse ineludiblemente en el ámbito laboral. Asimismo, es menester tener presente en forma muy clara, que los derechos fundamentales inespecíficos deben considerarse tanto en materia de relaciones individuales como colectivas del trabajo. En la administración pública los derechos fundamentales inespecíficos del funcionario deben respetarse por la autoridad, de acuerdo a las normas vigentes.

La experiencia muestra que las relaciones laborales se dificultan cuando las partes no respetan estos derechos fundamentales inespecíficos. En la empresa, sea esta grande, mediana o pequeña, el empleador no puede exigir que el trabajador siga instrucciones que, en cierto modo, puedan significar un control del pensamiento y del accionar del trabajador. En el Derecho Chileno es muy relevante la consideración del respeto de estos derechos, tanto en el momento de contratar a un trabajador como cuando se pone fin a su contrato de trabajo. En el ordenamiento jurídico chileno, esta materia es particularmente relevante, y en tal sentido se considera injustificado el despido de un trabajador por el no respeto de sus derechos fundamentales inespecíficos. Sin embargo, la legislación chilena permite en un sentido relativamente amplio el despido y sin causa justificada, aun cuando, salvo casos excepcionales, no se acepta la reinserción del trabajador a la empresa. En cambio, si puede dar lugar a una indemnización por años de servicio, lo que claramente muestra la existencia de lo que en doctrina se llamado "estabilidad relativa en el empleo". En términos doctrinales, puede señalarse que el derecho laboral está muy ligado al sistema económico vigente en cada país. En el caso chileno, este tema ha sido muy discutido, muy particularmente en el momento actual. Por último, se debe manifestar que también deben respetarse por parte del trabajador y de las organizaciones que lo representan, los derechos fundamentales del empleador.

Estas materias se encuentran muy bien desarrolladas en el libro del Dr. Parra, que, por lo tanto, es de gran utilidad tanto para académicos, como abogados, estudiantes universitarios, y en general a todos aquellos que de una manera u otra estén vinculados al ámbito laboral.

Finalmente, debe señalarse que el libro de la calidad de la del Dr. Parra, contribuye ampliamente a prestigiar los recientes programas de Doctorado de Derecho, en Chile. En efecto, hoy en día, una de los grandes vacíos de las Facultades de Derecho chilenas ha sido es la escasa presencia de estudios

doctorales de relevancia, lo que en el caso del Derecho Laboral significa que son muy pocos los doctores en Derecho, y en particular con estudios en Chile. La obra del Dr. Parra aporta, notablemente, a llenar ese vacío.

# INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

## I. ALCANCE Y POLÍTICA EDITORIAL

1. *Ars Boni et Aequi* tiene el cometido de contribuir al desarrollo de la Ciencia Jurídica a través de la publicación de investigaciones originales e inéditas circunscritas a las diversas ramas del Derecho, que invite a todos los operadores jurídicos a 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 al envío de colaboraciones para cubrir las tres secciones permanentes de la Revista (estudios, comentarios de jurisprudencia y recensiones) a todos los investigadores y estudiosos del Derecho, nacionales y extranjeros, a fin de evaluar sus trabajos y, de ser aprobados, posibilitar 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 de doble anonimato, que implica la revisión y la evaluación de la colaboración por un académico nacional o extranjero, externo a la entidad o institución editora de 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 y completamente legibles, letra Times New Roman, tamaño 12, con un interlineado a espacio y medio, y con un espacio 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. Luego, un resumen de no menos de 100 ni más de 150 palabras y de tres a cinco palabras clave en español e inglés.
3. 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.
4. En cuanto a las divisiones del texto y su enumeración se recomienda utilizar un máximo de cuatro niveles, enumerados con números romanos, arábigos, letra mayúscula y letra minúscula, seguidos de punto final o paréntesis, del modo que se ejemplifica a continuación:

**I. TÍTULO DEL APARTADO** (Primer nivel) (letra negrita, mayúscula, con número romano seguido de punto)

**1. Título de subapartado** (segundo nivel) (letra negrita y cursiva, minúscula salvo la primera letra, con número arábigo seguido de punto)

A) *TITULO DE SUBAPARTADO* (tercer nivel) (letra con efecto versalitas y cursiva, minúscula salvo la primera letra, con letra mayúscula seguida de cierre de paréntesis)

a) *Título de subapartado* (cuarto nivel) (letra cursiva, minúscula salvo la primera letra, con letra minúscula seguida de cierre de paréntesis)

5. No se enumerarán los apartados correspondientes a la introducción, conclusiones, listado bibliográfico, jurisprudencial y de normas. Sólo deben indicarse con el mismo formato que los títulos de los apartados, pero sin números o letras.
6. No se usará letra negrita, salvo para los títulos de conformidad a lo explicado precedentemente. Tampoco se usará el subrayado, sólo se usará

cursiva para destacar una palabra u oración del trabajo o de sus citas. De la misma forma, se recomienda cursiva en los títulos de obras y revistas, para los títulos de fuentes, para la transcripción de texto de fuentes (por ejemplo, artículos de un código o ley o párrafos de una sentencia y 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 a la Directora Responsable doña Nathalie Walker Silva, vía electrónica a la casilla [arsboni@ubo.cl](mailto:arsboni@ubo.cl), con copia a [nathalie.walker@ubo.cl](mailto:nathalie.walker@ubo.cl).
2. En hoja separada, debe incluirse una biografía corta de cada uno de los autores de no más de 50 palabras, incluyendo grados académicos, ocupaciones y cargos actuales, publicaciones principales, correo electrónico, dirección postal y teléfono.
3. 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.
4. 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 n°75 de 1999 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 24 de febrero de 1999 y Resolución n° 92 de 2003 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 13 de marzo de 2003, respectivamente.
5. **Referencias bibliográficas:** 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 ordena alfabéticamente por su primer

elemento, que es el apellido del autor, junto a su 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. En esta lista, la referencia de los libros contendrá una indicación del número total de páginas; y la referencia a los artículos de revista y de capítulo de libros hará indicación de los números de página de inicio y final. Con uso de sangría francesa. Los títulos de libros y de publicaciones periódicas en lengua extranjera se indican en el idioma original. Ejemplos:

a) *Referencia de libro*

BENADAVA, Santiago (1989): *Derecho Internacional Público* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 377 pp.

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ número de edición (excepto la primera) / (lugar de publicación, editorial)/ paginación (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

b) *Referencia de traducción*

AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (Traducc. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial) 434 pp.

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ número de edición (excepto la primera) / (Traducc. nombre del traductor, lugar de publicación, editorial)/ paginación (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

c) *Referencia de capítulo de libro*

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", LLANOS MANSILLA, Hugo y Picand ALBÓNICO, Eduardo (coordinadores académicos), *I Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 145 - 184.

Elementos: Autor(es) del capítulo o artículo/ (año de publicación): / "título del capítulo o artículo" / nombre del autor(es) o del 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) / (lugar de publicación, editorial) / paginación.

d) *Referencia de artículo de revista*

VAN DE WYNGARD, Jorge (2010): "La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros: un análisis constitucional", *Ars Boni et Aequi* (n° 6): pp. 27 - 79.

Elementos: Autor(es) del artículo/(fecha): / "título del artículo" / título de la Revista (en cursiva) / (volumen (cuando la Revista lo incluye) o número): / paginación.

e) *Referencia de documentos en formato electrónico*

BASSIOUNI, M. Cherif (2005): "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea", AA.VV.: *18 Ensayos Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 67 p., disponible en: <[http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni\\_JurisdiccionUniversal.pdf](http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf)>, fecha de consulta: 22 mayo 2007.

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).

6. **Referencias de normas:** Luego del listado de referencias bibliográficas, se debe incluir uno de 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. En el caso de una ley, se indicará el número de la ley y la denominación oficial si la tiene/el título de la publicación en que aparece oficialmente/ la fecha de la publicación en que aparece oficialmente/ la fecha de publicación (día, mes y año). Ejemplo:

Ley n° 20.431, establece normas que incentivan la calidad de atención al contribuyente por parte del servicio de impuestos internos. *Diario Oficial*, 30 abril 2010.

7. **Referencias de sentencias:** 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*. Las sentencias se ordenarán por tribunal con un criterio alfabético y cronológico. Si existieran diversas sentencias en el mismo tribunal y año se ordenarán alfabéticamente por el nombre de las partes. Se usará sangría francesa. La referencia hará indicación del tribunal / nombre de las partes en cursiva (si se trata de sentencia civil), nombre del procesado (si se trata de sentencia penal), nombre del caso (si se trata de sentencia internacional), nombre por el que se conoce el requerimiento (si se trata de sentencia de Tribunal Constitucional) / el año de la sentencia (entre paréntesis y redonda) seguido de dos puntos (:)/ fecha (día, mes y año) / n° rol, de serie, de expediente u otro equivalente /fuente de localización. Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrihan y otros* (2009): 13 abril 2009, rol n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Lotus* (1927): 7 septiembre 1927, serie A n° 10. Disponible en <[http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07\\_lotus.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm)>, fecha consulta: 26 marzo 2012.

Corte Suprema, *Contra Contreras Sepúlveda y otros (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez)* (2004): 17 noviembre 2004, rol n° 517-2004. Disponible en *Ius et Praxis* (vol. 10 n° 2): pp. 337 – 375.

Tribunal Constitucional, *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): 4 agosto 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/)>, fecha consulta: 15 diciembre 2012.

8. **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 y, sólo excepcionalmente, se admitirán textos de desarrollo.

### a) Referencia abreviada de obras

En las referencias abreviadas de libros, artículos de revista y demás formatos se señalará en la nota al pie: sólo el primer 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). 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.

Si una obra tiene tres, cuatro más autores, se citan todos los autores en la lista de referencias final. En las notas al pie de página se escribe solamente el apellido del primer autor seguido de *et al.*, año de publicación y página respectiva: ALESSANDRI *et al.* (1990) p. 20.

En el caso que se citen dos o más obras de diferentes autores en una misma referencia, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación, separados por una coma: GARCÍA (2007) p. 84, NOGUEIRA (2007) p. 145, CEA (2006) p. 135.

### b) Referencia abreviada de normas jurídicas

Se deberán indicar en cada caso el número de la ley y su año. Los lectores podrán verificar los datos completos de la ley señalada en el listado de normas citadas, al final del trabajo. Ejemplo:

Ley n° 20.431, de 2010.

### c) Referencias abreviadas de jurisprudencia

Las citas al pie de página de jurisprudencia deberán indicar el nombre del tribunal, los apellidos de las partes, nombre del caso o norma revisada (en el caso de sentencias de tribunales constitucionales) (en cursiva), el año de la sentencia y su n° de rol, serie, expediente o su equivalente (entre paréntesis), página, párrafo o considerando, según corresponda. De este modo, los lectores podrán verificar los datos completos de la sentencia en el listado de jurisprudencia citada al final del trabajo. Ejemplo:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrigan y otros* (2009, rol n° 2447-2008) considerando 3°.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Lotus* (1927, serie A n° 10) p. 14.

Tribunal Constitucional, *Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (2000, rol n° 309).

### **9. Presentación de gráficos, tablas, figuras o imágenes:**

#### *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, irán organizadas en columnas y filas. Se cita en el texto por el número de la tabla, esto es, utilizando el número específico de la tabla. Ejemplo: Como se muestra en la Tabla n° 1.

#### *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 ARTÍCULOS**

1. El Comité Editorial se reserva el derecho de rechazar los artículos antes de enviarlos a arbitraje en el caso que no se ajusten a los lineamientos de la Revista.
2. 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.

3. 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.
4. Recibida la versión ajustada, se revisa si han sido salvadas por el autor las observaciones hechas a su trabajo. 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.
5. Aprobado el artículo, el Comité de Redacción lo revisa 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.
6. Dos meses antes del lanzamiento de cada número, se prepara el cierre del proceso de edición correspondiente, ordenando la aparición de los originales aprobados en cada una de las cuatros secciones de la Revista, conforme a la rama del Derecho a la que se pueden adscribir, según el siguiente criterio de prelación: Derecho Internacional, Derecho Político, Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Laboral, Filosofía del Derecho, Historia del Derecho, Enseñanza del Derecho.
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 students of law, 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. The admission of the article will be followed by a double-blind system of review, in which a national or foreign scholar, external to the institution or magazine editor, appointed by the Director responsible proposition Editorial Board of the Journal, 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. Then, it will contains an abstract of no less than 100 or more than 150 words and three to five keywords, in English and Spanish.
3. The titles and subtitles for the main divisions of the article should be clear and concise properly related the contents thereof without underlined whatsoever.
4. As for the divisions of the text and its listing is recommended up to four levels, numbered with Roman numerals, Arabic numerals, uppercase and lowercase, followed by endpoint or parentheses, as exemplified below:
  - I. **SECTION TITLE** (first level) (bold, uppercase, with Roman number followed by dot).
    1. ***Subsection title*** (second level) (bold and italics, lowercase except the first letter, with Arabic numeral followed by dot).
      - A) *SUBSECTION TITLE* (third level) (VERSALES and italics, lowercase except the first letter, with capital letter followed by closing parenthesis).
        - a) *Title of subsection* (fourth level) (italics, lowercase except the first letter, with lower case letters followed by closing parenthesis).
5. No listing the sections relating to the introduction, conclusions, bibliographical list, judicial rules and norms, should only be provided with the same format as the titles of the chapters, but no numbers or letters.
6. You do not use bold, except for titles as explained above. Neither use underlining. Italics will be used only to highlight a word or sentence from work or notes. Similarly, it is recommended italics in titles of books and periodicals, for titles of sources, to transcribe text sources (eg, articles of a code or law or paragraphs of a sentence and 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 to the Director-in-Chief, Mrs Nathalie Walker Silva, by email to address [arsboni@ubo.cl](mailto:arsboni@ubo.cl), with copy to [nathalie.walker@ubo.cl](mailto:nathalie.walker@ubo.cl).
2. On a separate page should include a short biography of each one of its authors of no more than 50 words, considering academic degrees, jobs, current positions, major publications, email and postal addresses and telephone.
3. Also must be attach 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 report if such work is published as part of a textbook or greater.
4. 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.
5. **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., as well as the year of publication. The last names of the author are written in **VERSALES** and name in round. In no case can be said 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. Examples:

a) *Book reference*

ADAMS, Randolph G. (1958): *Political Ideas of the American Revolution* (3<sup>rd</sup> edition, New York, Barnes Noble Inc.) 216 p.

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first) / (place of publication, publisher) / page (if For works with more than one volume, indicate the number of pages to mention them).

b) *Translation reference*

AKEHURST, Michael (1972): *Introduction to International* (Traducc. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial) 434 pp.

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first) / (Traducc. translator name, place of publication, publisher) / page (if it works for more than one volume, indicate the number of pages to mention them).

c) *Books chapters reference*

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 (coordinators), *I Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 145 – 184.

Elements: Author (s) of the chapter or article / (year of publication): / "title of chapter or article" / 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) / page.

d) *Periodical's articles reference*

WALDRON, Jeremy (2005): "Foreign Law and the modern *Jus Gentium*", *Harvard Law Review* (vol. 119 n° 1): pp. 129 – 147.

Elements: Author (s) Item / (date) / "Item Title" / title of the journal (in italics) / (volume (when the magazine is included) or number): / paging.

e) *Electronic documents reference*

BASSIOUNI, M. Cherif (2005): "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea", AA.VV.: *18 Ensayos Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 67 p., available at <[http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni\\_JurisdiccionUniversal.pdf](http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf)>, accessed: May 22, 2007.

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).

6. **Statutory materials references:** After the list of bibliographic references, must be included one of all legal or regulatory references, entitled *Statutory materials cited*. This list is limited to the rules effectively quoted or referred in the work. The must be sorted alphabetically, from lowest to highest number, if applicable. In the case of a law, state the number of the law and if any official name / title of the publication in which it appears officially / date of the publication in which it appears officially / publication date (day, month and year). Examples:

Declaration of Independence of the United States of America (4 July 1776)  
U.S.C.A. *Constitution* (first volume, pp. 1 – 5).

Law n° 20.431 establishes quality standards that encourage taxpayer assistance from the Internal Revenue Service. *Official Journal*, April 30, 2010.

Statute of the Permanent Court of International Justice. League of Nations, 16 December 1920, available at <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/40421d5e4.html>>, accessed: March 26, 2012.

7. *Case References:* After the legal reference list, must be included one of all sentences actually quoted or referred to in the work, entitled *Case law cited*. The sentences were ordered by the court with alphabetical and chronological approach. If there are several statements in the same court and shall be ordered alphabetically according to the name of the parties. The reference shall mention: The court / name of the parts in italics (if it is a civil judgment), name of the accused (in the case of criminal judgment),

case name (if it is an international judgment), the name by which requirement is known (if it is Constitutional Court judgment) / year of the judgment (round brackets) followed by a colon (:)/ date (day, month and year) / n° role, serie n° or equivalent / source location. Examples:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrihan y otros* (2009): April 13, 2009, role n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

Corte Suprema, *Contra Contreras Sepúlveda (Caso Miguel Angel Sandoval Rodríguez)* (2004): November 17, 2004, role n° 517-2004. Available in *Ius et Praxis* (Vol. 10 n° 2): p. 337 – 375.

Internacional Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276* (1970) (1971): June 21, 1971, advisory opinion, available at <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=a7&case=53&code=nam&p3=4>>, accessed: March, 26 2012.

Permanent Court of International Justice, *Lotus case* (1927): September 7, 1927, Series A n° 10. Available at <[http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07\\_lotus.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm)>, accessed: March 26, 2012.

8. **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, and, only exceptionally, the inclusion of text will be permitted.

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 VERSALES), year (in brackets) 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). 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.

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: ALESSANDRI *et al.* (1990) p. 20.

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: GARCÍA (2007) p. 84, NOGUEIRA (2007) p. 145, CEA (2006) p. 135.

#### *b) Brief Statutory Materials References*

It shall indicate in each case the number of the law and your year. Readers can check the full details of the law mentioned in the list above rules, after work. Example: Law n° 20.431 of 2010.

#### *c) Brief case references*

The footnotes of jurisprudence shall indicate the name of the court, the name of the parties, the name case or revised norm (constitutional court decisions) (in italics), the year of the sentence and its role n°, series, file or its equivalent (in parentheses), page, paragraph, or considering. Thus, readers can check the full details of the judgment in the list of *Case cited* at the end of the work. Example: Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Radrigan y otros (2009, role n° 2447-2008) pár. 3°. Permanent Court of International Justice, Lotus case (1927, Series A n° 10) p. 14.

### **9. Presentation of graphs, tables, figures and images:**

#### *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. In the text the tables are cited by its number, that is, using the specified number of the table. Example: As shown in Table n° 1.

#### *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 ARTICLES REVIEW AND APPROVAL**

1. Before sending the articles to arbitration, the Editorial Board reserves the right to reject articles if they are not adjusts to the guidelines of the Journal.
2. 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; the classification of the work as a study, essay, report, or case law review.
3. The arbitration result will be communicated to the author, who will have to adjust his/her work to the observations or recommendations made by the arbitrators.
4. The new version of the article received is checked if there have been saved by the author the observations done to his/her work. After this review, new recommendations can be realized to the author. It provides a maximum of up to two corrections work. If in the third review article does not fully comply with the observations, this means it will be rejected by the Editorial Board.
5. The approved article is formal checked by Draft Committee (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.
6. Two months before the release of each issue, ends the corresponding editing process, and proceed to the publication of the original approved in each of the four sections of the Review in accordance with the branch of the Law or Science of the Law to which it is possible to assign the article, according to the following criterion of marshalling: International Law, Constitutional Law, Criminal Law, Procedural Law, Labour Law, Civil Law, Commercial Law, Legal Philosophy, Legal History, Legal Education.
7. The first day of June and December, accepted papers are published in the first and second half, 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).